

Revue

de planification fiscale et financière

- La résidence des particuliers au Canada :
critères jurisprudentiels
Marie-Pierre Allard 7
- L'exercice de la médecine en société par actions
au Québec – Un tour d'horizon civil et fiscal
Valérie Ménard 63
- Sociétés en situation d'insolvabilité – Aspects
fiscaux à prendre en considération
Eric Gélinas 129
- Conséquences fiscales d'un vice caché
dans un immeuble
Karine Gaouette Précourt 173

Revue

de planification fiscale
et financière

Cette publication doit être citée : (2012), vol. 32, n° 1
*Revue de planification fiscale
et financière*

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

Veuillez adresser toute correspondance à :

APFF

1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660

Montréal (Québec) H3B 4N4

Téléphone : (514) 866-2733 – (sans frais) 1 877 866-2733

Télécopieur : (514) 866-0113 – (sans frais) 1 877 866-0113

Courriel : apff@apff.org – Site Internet : www.apff.org

© 2012, Association de planification fiscale et financière

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

ISSN 1924-9837

Dépôt légal, 2^e trimestre 2012

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

COMITÉ DE LA REVUE

PRÉSIDENTE :

Chantal Jacquier, avocate, LL. M.

COORDONNATRICE :

Diane Gagnon, avocate

Directrice de l'édition – APFF

MEMBRES :

Marie-Pierre Allard, avocate,
M. Fisc.

Université de Sherbrooke

France Bordeleau, CGA, M. Fisc.

Banque Nationale Groupe Financier

Kathleen Comeau, M. Fisc.

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

Yves-André Grondin, avocat,
M. Fisc., CPA

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

Michel Ostiguy, avocat, M. Fisc.

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

Dave Santerre, CA, LL.M. fisc.

PwC

Julie Hélène Tremblay, avocate,
M. Fisc.

Dufour Charbonneau Brunet & Associés inc.

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

Comptables agréés

HEC Montréal

MEMBRE D'OFFICE :

Maurice Mongrain, avocat

Président-directeur général – APFF

POLITIQUE ÉDITORIALE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SOMMAIRE DE LA REVUE

Vol. 32, n° 1 • 2012

- **La résidence des particuliers au Canada :
critères jurisprudentiels**
Marie-Pierre Allard 7

 - **L'exercice de la médecine en société par actions
au Québec – Un tour d'horizon civil et fiscal**
Valérie Ménard 63

 - **Sociétés en situation d'insolvabilité – Aspects
fiscaux à prendre en considération**
Eric Gélinas 129

 - **Conséquences fiscales d'un vice caché
dans un immeuble**
Karine Gaouette Précourt 173
-

LA RÉSIDENCE DES PARTICULIERS AU CANADA : CRITÈRES JURISPRUDENTIELS



Marie-Pierre Allard

Avocate, M. Fisc., professeure agrégée
Chaire de recherche en fiscalité et en
finances publiques
Université de Sherbrooke

PRÉCIS

Le concept de résidence, pierre d'assise de l'assujettissement à l'impôt au Canada, est une question de fait dont les critères sont établis par la jurisprudence, depuis l'arrêt *Thomson c. MRN* en 1946. Dans cet article, l'auteure aborde la question de la résidence des particuliers à la lumière de la politique fiscale qui sous-tend le choix de celle-ci comme critère d'assujettissement à l'impôt. Elle présente une analyse complète de la jurisprudence sur la résidence de fait des particuliers depuis 1989 et identifie les critères appliqués par les tribunaux, en faisant ressortir ceux qui sont vraiment déterminants quant au résultat. L'auteure soulève certaines questions particulières : les critères sont-ils appliqués différemment par les tribunaux, selon que le contribuable est d'origine canadienne ou qu'il est né à l'étranger? Comment le critère de la présence du conjoint comme lien de résidence a-t-il évolué depuis l'époque de l'arrêt *Thomson*? L'article conclut en répondant notamment aux questions suivantes : les critères appliqués par les tribunaux pour déterminer la résidence d'un particulier sont-ils

conciliables avec la politique fiscale? Le législateur devrait-il apporter des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin de préciser la notion de résidence?

ABSTRACT

The concept of residence, the touchstone of liability for tax in Canada, is a question of fact and the deciding criteria have been established by the case law since *Thomson v. MNR* in 1946. In this article, the author discusses the issue of residence of individuals in the light of fiscal policy underlying the choice of the residence as the basis of liability for tax. The author presents a comprehensive analysis of the case law on the de facto residence of individuals since 1989 and identifies the criteria applied by the courts, highlighting those that are the most relevant. The author raises some specific questions: are the criteria applied differently by the courts, depending on whether the taxpayer is of Canadian origin or whether he was born abroad? Also, how has the presence of the spouse as a link of residence evolved since the era of *Thomson*? The article concludes by responding to the following questions: are the criteria applied by the courts to determine the residence of an individual consistent with underlying fiscal policy? Second, should the legislature make changes to the *Income Tax Act* to clarify the concept of residence?

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	11
1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.....	13
1.1. POLITIQUE FISCALE SOUTENANT LE CRITÈRE DE RÉSIDENCE.....	13
1.2. DÉFINITION JURISPRUDENTIELLE DE LA RÉSIDENCE.....	15
1.2.1. L'arrêt <i>Thomson</i>	15
1.2.2. La résidence habituelle	19
1.2.3. Définitions dans la jurisprudence récente.....	21
2. CRITÈRES DE DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE	24
2.1. DURÉE DE L'ABSENCE.....	24
2.2. INTENTION DU CONTRIBUABLE	26
2.3. VISITES AU CANADA.....	29
2.4. LIENS AVEC LE CANADA.....	31
2.4.1. Le logement.....	32
2.4.2. Le conjoint.....	34
2.4.3. Les enfants à charge	35
2.4.4. Les liens secondaires	37
2.5. LIENS AVEC L'AUTRE ÉTAT	40
3. QUESTIONS PARTICULIÈRES	43
3.1. APPLICATION DIFFÉRENTE DES CRITÈRES SELON L'ORIGINE DU CONTRIBUABLE.....	43
3.2. ÉVOLUTION DU CRITÈRE DE LA PRÉSENCE DU CONJOINT.....	51
CONCLUSION	56
ANNEXE 1.....	60
ANNEXE 2.....	61

INTRODUCTION*

Le concept de résidence, pierre d'assise de l'assujettissement à l'impôt au Canada, n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹. Il faut donc s'en remettre à la jurisprudence pour interpréter ce terme. L'arrêt de principe sur cette question, *Thomson c. MRN*², a établi la définition de la résidence et est encore aujourd'hui régulièrement cité par les tribunaux. La résidence d'un particulier est une question de fait qui dépend des circonstances particulières de chaque cas, ce qui explique que cette question ait été l'objet d'une abondante jurisprudence. Il y a toutefois relativement peu de doctrine sur cette question, particulièrement au cours des dernières années³.

Le présent article vise à effectuer une revue complète de la jurisprudence récente sur cette question. Il présente une analyse de tous les jugements rendus depuis 1989 dans lesquels l'une des questions en litige portait sur la résidence de fait d'un particulier, au sens du droit canadien. Par ailleurs, ni la question de la résidence réputée⁴ ni celle de l'application des

* L'auteure tient à remercier de son soutien financier la Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke ainsi que son titulaire, M. Gilles Larin, Ph. D. Elle remercie également M^e Carmina Chan et M. Jonathan Lafrance qui ont travaillé à la recherche jurisprudentielle.

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

² [1946] S.C.R. 209, 2 D.T.C. 812 (C.S.C.) (« *Thomson* »).

³ Voir l'excellent article de Brian G. HANSEN, « Individual residence », dans *1977 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1978, pp. 682-708. Voir également : Paul LEFEBVRE, « Le pouvoir d'imposition du Canada : la résidence et l'arrêt Thomson 60 ans plus tard », (2006), vol. 54, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 781-801; Wilfrid LEFEBVRE, « Pot-pourri international : Partie B – Résidence – Les individus », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 49:25-35; François AUGER, « Étude sur la dissociation de la législation fiscale fédérale par rapport au droit civil du Québec – Résidence », dans *L'Harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Recueil d'études en fiscalité, Association de planification fiscale et financière et ministère de la Justice, 2002, 5:1-35; Craig M. McDOUGALL, Sandra E. JACK et D. Blair NIXON, « Income Fundamentals in a Global Economy : Old Rules and the New Reality », dans *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 27:1-52; Edwin G. KROFT, « Jurisdiction to Tax : An Update », dans *Corporate Management Tax Conference 1993*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 1:1-41; Brian P. CASEY, « Residence of Individuals », (1991), vol. 13, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 627-657.

⁴ Par. 250(1) L.I.R.

conventions fiscales n'y sont abordées. L'objectif est d'analyser de quelle façon les tribunaux appliquent les différents critères afin de déterminer la résidence des particuliers au Canada. Quels éléments de fait sont retenus et quel poids leur est accordé, en fonction des circonstances? Peut-on dégager certaines tendances?

Dans la première partie, l'article aborde la question de la politique fiscale qui sous-tend le choix de la résidence comme critère d'assujettissement à l'impôt, puis il fait état des différentes définitions du concept de résidence proposées par la jurisprudence.

La deuxième partie présente une analyse de la jurisprudence récente et identifie les critères utilisés, en faisant ressortir ceux qui influent vraiment sur le résultat, à savoir si le particulier est résident ou non. Cette analyse aborde plusieurs questions, notamment : l'impact de la durée de l'absence sur la perte de la résidence, l'importance de l'intention du contribuable dans la détermination de sa résidence, le poids accordé aux liens créés par le particulier avec l'autre pays dont il prétend être résident, et la réticence des tribunaux à reconnaître la double résidence.

La troisième partie de l'article aborde certaines questions particulières soulevées par l'analyse de la jurisprudence récente. Le contexte dans lequel les questions de résidence doivent être tranchées aujourd'hui n'est plus du tout le même qu'à l'époque de l'arrêt *Thomson*, compte tenu notamment de l'augmentation massive de l'immigration et de l'évolution des relations amoureuses et familiales. D'une part, les critères sont-ils appliqués différemment par les tribunaux, selon que le contribuable est d'origine canadienne ou qu'il est né à l'étranger? Et d'autre part, comment le critère de la présence du conjoint comme lien de résidence a-t-il évolué dans le temps?

Enfin, nous répondons aux questions suivantes : les critères appliqués par les tribunaux pour déterminer la résidence d'un particulier sont-ils cohérents avec la politique fiscale? Le législateur devrait-il apporter des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'y introduire des critères de détermination de la résidence de fait, ou afin de définir de nouvelles situations de résidence réputée? Ou encore, les tribunaux devraient-ils tenir compte davantage de la politique fiscale sous-jacente dans la détermination de la résidence?

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX

1.1. POLITIQUE FISCALE SOUTENANT LE CRITÈRE DE RÉSIDENCE

De prime abord, il est intéressant de se pencher sur la politique fiscale qui motive le choix du lieu de résidence comme critère d'assujettissement à l'impôt. Les États peuvent asseoir leur autorité morale pour assujettir les particuliers à l'impôt sur leurs revenus de sources mondiales sur trois bases possibles, soit la citoyenneté, le domicile ou la résidence :

« First, it might be deemed that certain individuals owe political allegiance to a country and can therefore justifiably be taxed on their worldwide income. If political allegiance were the principle underlying taxation, the appropriate legal concept to implement this principle would appear to be citizenship. Second, individuals who regard a country as their home nation might be thought to be appropriately taxed by that country. The concept of domicile might be used to identify these individuals. Third, the moral basis for taxation might be regarded as primarily some notion of economic allegiance; that is to say, individuals who personally benefit from the provision of the goods and services provided by a particular country's government might be justifiably taxed in order to support the provision of those goods and services. If this latter principle is accepted as the appropriate basis for asserting taxing jurisdiction then the legal concept of residence would appear to be the most relevant⁵. » (Notre soulignement)

Le critère de la résidence fut adopté à l'origine, en 1917, dans la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* : « 4(1). There shall be assessed, levied and paid, upon the income during the preceding year of every person residing or ordinarily resident in Canada or carrying on any business in Canada, the following taxes : [...]»⁶.

⁵ Kim BROOKS, « Residence of Individuals (Canada) », dans *Residence of Individuals Under Tax Treaties and EC Law*, Guglielmo MAISTO, dir., IBFD publications, 2010, p. 3.

⁶ *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, L.C. 1917, ch. 28, par. 4(1). Étrangement, la version française de cette disposition se lisait ainsi : « Les impôts suivants doivent être répartis, prélevés et payés sur le revenu durant l'année précédente de toute personne ayant son domicile ou son domicile habituel au Canada ou conduisant toutes affaires quelconques au Canada : [...] ». Sachant qu'à l'époque, les lois étaient rédigées d'abord en anglais et ensuite traduites en français, il est raisonnable de conclure qu'il s'agit d'une simple erreur de traduction et non d'une ambiguïté dans le critère choisi par le législateur. Aucune décision judiciaire n'a relevé cette incohérence entre les deux versions linguistiques. Bien que la disposition en question ait été modifiée plusieurs fois au cours des années subséquentes, ce n'est que lors de la révision générale des lois fédérales en 1927 que le terme « domicile » fut remplacé par « résidence » dans la version française : « Il est imposé, prélevé et perçu sur le revenu, (à suivre...) »

Le Parlement adopta ainsi le critère de la résidence sans aucun débat sur cette question⁷. Il s'est sans doute inspiré de la législation britannique de l'époque, qui faisait référence aux notions de *residence* et *ordinary residence*⁸, comme le mentionnait le professeur Douglass Sherbaniuk :

« The reasons for the selection by Parliament of residence rather than, say, domicile or citizenship as a basis for taxation are elusive. It is probably close to the mark to say that, in this instance, Parliament chose to follow British precedent and adopt the same general scheme for the exercise of income tax jurisdiction as was found in the United Kingdom income tax law⁹. »

C'est d'ailleurs pourquoi les premières décisions canadiennes sur la notion de résidence étaient fondées essentiellement sur les principes établis par la jurisprudence britannique¹⁰.

Dans son rapport publié en 1966, la Commission royale d'enquête sur la fiscalité avait recommandé que la résidence soit conservée comme principale

(...suite)

durant l'année précédente, de toute personne a) ayant sa résidence ou sa résidence ordinaire au Canada durant l'année; [...]. » S.R.C. 1927, ch. 97, art. 9.

⁷ K. BROOKS, précité, note 5.

⁸ *Income Tax Acts*, (1853) 16 & 17 Vict., ch. 34, Schedule D, sec. 2 :

« Duty is payable for and in respect of the annual profits or gains arising or accruing to any person residing in the United Kingdom from any profession, trade, employment, or vocation, whether the same shall be respectively carried on in the United Kingdom or elsewhere. »

(1841) 5 & 6 Vict., ch. 35, Schedule D, sec. 39 :

« Any subject of Her Majesty whose ordinary residence shall have been in Great Britain, and who shall have departed from Great Britain and gone into any parts beyond the seas, for the purpose only of occasional residence, at the time of the execution of this Act, shall be deemed, notwithstanding such temporary absence, a person chargeable to the duties granted by this Act as a person actually residing in Great Britain. »

⁹ Douglas J. SHERBANIUK, « Liability for Tax – Residence, Domicile or Citizenship? », dans *1963 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1964, pp. 315-325, à la page 316.

¹⁰ Par exemple, la Cour de l'Échiquier, dans l'affaire *Thomson c. MRN*, (1945) 2 D.T.C. 684, cite notamment : *In Re Young*, (1875) 1 T.C. 57; *Cooper v. Caldwell*, (1904) 5 T.C. 101; *Reid v. Commissioners of Inland Revenue*, (1926) 10 T.C. 673; *Levene v. Commissioners of Inland Revenue*, (1928) 13 T.C. 486; *Lysaght v. Commissioners of Inland Revenue*, (1928) 13 T.C. 511.

base d'assujettissement à l'impôt, au motif suivant : « [...] surtout parce que la résidence semble comporter, plus que la citoyenneté, l'idée d'une association étroite entre le contribuable et l'utilisation des services fournis par la juridiction concernée¹¹. » Cette recommandation fut acceptée par le législateur qui introduisit dans la nouvelle *Loi de l'impôt sur le revenu*¹², en 1972, les paragraphes 2(1) et 250(3), tels qu'ils existent encore aujourd'hui.

En 2010, la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Fundy Settlement c. Canada*¹³, s'est exprimée ainsi à ce sujet :

« Comme de nombreux pays, le Canada a fait du lieu de résidence le principal fondement de son régime d'imposition. Comme l'explique le professeur Vern Krishna (*The Fundamentals of Canadian Income Tax* (10^e éd., Toronto, Carswell, 2009), à la page 85), le Canada en a décidé ainsi au vu du principe voulant que ceux qui bénéficient des avantages juridiques, politiques et économiques que leur assure un lien avec le Canada devraient supporter une part correspondante des coûts de cette association¹⁴. »

En somme, c'est le fait de bénéficier des biens et services fournis directement ou indirectement par un État qui justifie l'assujettissement des résidents de cet État à l'impôt sur leurs revenus de sources mondiales.

1.2. DÉFINITION JURISPRUDENTIELLE DE LA RÉSIDENCE

1.2.1. L'arrêt Thomson

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne donne pas de définition du terme « résident ». Le paragraphe 250(3) L.I.R. prévoit ce qui suit : « (3) Dans la présente loi, la mention d'une personne résidant au Canada vise aussi une personne qui, au moment considéré, résidait habituellement au Canada. »

Cette définition n'est pas exhaustive, vu l'utilisation des mots « vise aussi », et de toute façon n'est pas très utile puisqu'elle emploie le mot

¹¹ COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LA FISCALITÉ, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, t. 4, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966, p. 624.

¹² L.C. 1970-71-72, ch. 63.

¹³ 2010 CAF 309.

¹⁴ *Id.*, par. 52.

« résidait » qui est précisément la notion à définir. Le concept de résidence est donc essentiellement défini par la jurisprudence.

C'est dans l'arrêt *Thomson*¹⁵ que la Cour suprême du Canada a établi la définition et les principes de détermination de la résidence. Dans cette cause, un riche rentier avait quitté le Canada pour des raisons d'évitement fiscal en 1923. Il prétendait avoir établi sa résidence aux Bermudes, bien qu'il n'y ait presque jamais mis les pieds. En fait, il vivait la majeure partie de l'année en Caroline du Nord, son activité principale consistant à jouer au golf. En 1934, il s'était fait construire une maison au Nouveau-Brunswick, dans la même ville qu'il avait quittée 11 ans plus tôt. Il passait environ quatre à cinq mois par année dans cette maison, accompagné de sa femme. Des domestiques y demeuraient toute l'année pour en assurer l'entretien. Il fut décidé par la Cour suprême que M. Thomson était un résident du Canada en 1940, malgré ses prétentions.

Dans un passage maintes fois repris par la jurisprudence, le juge Estey exprime ainsi ce qu'est un « résident habituel » :

« [TRADUCTION] D'après le dictionnaire et d'après l'interprétation que les tribunaux donnent de ces termes, un individu est "résident habituel" du lieu où, dans sa vie de tous les jours, il habite d'une manière régulière, normale ou habituelle. On "séjourne" à un endroit que l'on visite ou dans un lieu où l'on demeure exceptionnellement, occasionnellement ou par intermittence. Dans le premier cas, c'est le caractère permanent qui prédomine, et dans le second, le caractère temporaire¹⁶. »

Le juge Rand a également écrit un passage important sur cette question :

« [TRADUCTION] L'expression "résidence habituelle" a un sens restrictif et, alors qu'à première vue elle implique une prépondérance dans le temps, les décisions rendues en vertu de la Loi anglaise ont rejeté ce point de vue. On a jugé qu'il s'agit de résidence au cours du mode habituel de vie de la personne en question, par opposition à une résidence spéciale, occasionnelle ou fortuite. Pour appliquer le critère de la résidence habituelle, il faut donc examiner le mode général de vie.

Aux fins de la législation de l'impôt sur le revenu, il est nécessaire de considérer que chaque personne a, en tout temps, une résidence. Il n'est pas nécessaire à cet effet qu'elle ait une maison ni un endroit particulier où elle

¹⁵ *Thomson*, précité, note 2.

¹⁶ *Id.*, 813. Traduction tirée de l'affaire *Fisher c. La Reine*, 95 D.T.C. 840, [1994] A.C.I. n° 839 (C.C.I.) (Quicklaw), par. 26 (« *Fisher* »).

demeure, ni même un abri. Elle peut dormir en plein air. Ce qui importe seul, c'est de déterminer dans l'espace les limites dans lesquelles elle passe sa vie ou auxquelles se rattache ce mode de vie ordonné ou coutumier. La meilleure façon d'apprécier la résidence habituelle est d'en examiner l'antithèse, la résidence occasionnelle, temporaire ou extraordinaire. Cette dernière semble nettement être non pas seulement temporaire et exceptionnelle quant à ses circonstances, mais s'accompagne également d'une notion de provisoire et de retour.

Mais dans les différentes situations de prétendues "résidences permanentes", "résidences temporaires", "résidences habituelles", "résidences principales" et ainsi de suite, les adjectifs n'influent pas sur le fait qu'il y a dans tous les cas résidence; cette qualité dépend essentiellement du point jusqu'auquel une personne s'établit en pensée et en fait, ou conserve ou centralise son mode de vie habituel avec son cortège de relations sociales, d'intérêts et de convenances, au lieu en question. Il se peut qu'elle soit limitée en durée dès le début ou qu'elle soit indéterminée, ou bien, dans la mesure envisagée, illimitée. Sur le plan inférieur, les expressions comportant le terme résidence doivent être distinguées, comme elles le sont je crois dans le langage ordinaire, du concept de "séjour" ou de "visite"¹⁷. » (Notre soulignement)

Enfin, citons cet extrait de l'opinion du juge Kerwin :

« [TRADUCTION] Il n'existe dans la Loi aucune définition du terme "résident" ni de l'expression "résidant habituellement", mais on doit leur donner le sens que leur attribue l'usage courant. Lorsqu'on examine une loi fiscale, il est juste de déclarer, je pense, comme l'indique le Standard Dictionary, que les termes "reside" [résider] et "residence" [résidence] sont plus ou moins solennels et ne doivent pas s'employer sans distinction à la place de "vivre", "maison" ou "logis". Le Shorter Oxford English Dictionary indique que le sens de "reside" [résider] est "habiter en permanence ou pendant un temps considérable, avoir son habitation fixe ou habituelle, vivre, dans un lieu ou en un endroit déterminé". Selon ce même dictionnaire, "ordinarily" [habituellement] signifie : "1. En conformité des règles; de façon habituelle. 2. Dans la plupart des cas, couramment, ordinairement. 3. Dans la mesure habituelle. 4. Comme il est normal ou habituel." D'un autre côté, le sens du terme "sojourn" [séjourner] est donné comme étant "faire un séjour temporaire en un endroit; rester ou résider pendant un certain temps"¹⁸. »

On peut résumer les principes découlant de l'arrêt *Thomson* en 10 énoncés :

- 1) la détermination de la résidence est une question de fait, qui doit être déterminée compte tenu des circonstances particulières de chaque cas;

¹⁷ *Id.*, 815-816. Traduction tirée de l'affaire *Fisher*, précité, note 16, par. 27.

¹⁸ *Id.*, 817-818. Traduction tirée de l'affaire *Fisher*, précité, note 16, par. 28.

- 2) les termes « résident » et « résident habituel » doivent être interprétés selon leur sens ordinaire dans le langage courant;
- 3) résider habituellement signifie « habiter d'une manière régulière, normale ou habituelle »;
- 4) un contribuable a nécessairement une résidence quelque part;
- 5) un contribuable peut être résident de deux pays en même temps;
- 6) il n'est pas nécessaire d'avoir une habitation fixe dans un pays pour en être résident;
- 7) la simple présence physique dans un pays n'est pas suffisante, il faut que la présence ait un caractère habituel, par opposition à exceptionnel ou temporaire;
- 8) la présence physique constante dans un pays n'est pas nécessaire, puisqu'on peut être absent temporairement d'un pays tout en y résidant habituellement;
- 9) la résidence habituelle n'est pas nécessairement la résidence principale, ni l'endroit où le contribuable passe le plus de temps;
- 10) l'intention d'être résident n'est pas nécessaire, la résidence peut résulter d'une présence involontaire ou obligatoire dans un pays.

Enfin, le résumé de l'arrêt *Thomson* publié dans le Recueil des arrêts de la Cour suprême, tel qu'il est cité dans l'affaire *Perlman c. La Reine*, fait une excellente synthèse des principes applicables :

« [TRADUCTION] Conformément au critère consacré par la jurisprudence *Thomson c. Ministre du Revenu national*, la question de savoir si une personne réside ou réside habituellement en un lieu est une question de fait. Parmi les faits dont il faut tenir compte, il y a le statut initial et continu de la personne et son mode de vie général. La présence physique continue et ininterrompue n'est manifestement pas nécessaire et l'absence d'une personne pendant une grande partie d'une période d'imposition précise n'empêche pas celle-ci d'être une résidente, encore moins d'être une résidente habituelle. Lorsque la personne est absente, la question de savoir si son absence constitue une interruption de sa résidence habituelle dépend de la nature et de l'objet de son absence – s'il s'agit d'un abandon de sa résidence ou s'il s'agit d'une absence dictée par une situation extraordinaire, exceptionnelle, temporaire ou s'accompagnant d'une notion de caractère provisoire et de retour. L'entreposage d'effets personnels, le fait de conserver les arrangements bancaires, la présence d'une demeure dans

laquelle la personne est libre de retourner malgré l'absence d'intérêt propriétaire et l'existence de liens familiaux sont tous des éléments importants qui indiquent un maintien de résidence. Enfin, le comportement de la personne dans son ensemble relativement à son absence, y compris son comportement à son retour, peut être pris en considération pour décider si l'absence de la personne a entraîné la perte de sa qualité de résidente¹⁹. »

1.2.2. La résidence habituelle

Une question qui a été soulevée par la jurisprudence et la doctrine est celle de savoir si la notion de « résidence » est différente de celle de « résidence habituelle ». Les juges de la Cour suprême ne sont pas très clairs sur cette question dans l'arrêt *Thomson*. Le juge Rand soutient dans l'extrait cité ci-dessus que « résidence habituelle » a un sens restrictif, mais sa définition du terme « résidence » tient compte du « mode de vie habituel ». En somme, il reconnaît lui-même ceci : « [TRADUCTION] Si l'on donne tout son sens au terme "résident" [...], l'expression "résidait ordinairement" devient superflue²⁰. » Quant au juge Kellock, il estime qu'il n'est pas nécessaire de distinguer « résident » de « résident habituel » dans le cas présent, et que même si l'expression « résident habituel » était jugée superflue, cela n'aurait pas de conséquences²¹. Enfin, le juge Taschereau, dissident, croit au contraire que « résident habituel » élargit le sens de « résident » :

« [TRADUCTION] Le contexte indique en outre que l'expression "résidait ordinairement" a un sens plus large que le terme "résident", et que cette expression englobe une réalité plus vaste que ce terme ne couvre pas. Le législateur avait pour but d'imposer non seulement les résidents du Canada, ceux qui y maintiennent en permanence leur foyer, mais aussi ceux qui vivent au Canada la plupart du temps, même s'ils en sont temporairement absents à l'occasion. Les membres du premier groupe sont des "résidents", alors que ceux du deuxième sont des "résidents ordinaires"²². »

Paradoxalement, le juge Rand soutient que l'expression « résident habituel » a un sens restrictif, mais il considère que M. Thomson est un résident habituel du Canada, alors que le juge Taschereau estime que cette expression élargit le sens du mot « résident », mais il conclut que

¹⁹ *Perlman c. La Reine*, 2010 CCI 658, par. 21 (« *Perlman* »).

²⁰ *Thomson*, précité, note 2, 816. Traduction tirée de l'affaire *Midyette c. Canada*, 85 D.T.C. 5565, [1985] A.C.F. n° 951 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Midyette* »).

²¹ *Id.*, 819-820.

²² *Id.*, 822. Traduction tirée de l'affaire *Midyette*, précité, note 20.

M. Thomson n'est pas résident. Le concept restrictif de « résident habituel » du juge Rand semble plus large que le concept élargi du juge Taschereau.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation du concept de « résident habituel » adoptée généralement semble avoir été inspirée de l'opinion du juge Taschereau, ce concept étant appliqué plus particulièrement aux résidents canadiens qui quittent le Canada pour une période plus ou moins longue et y reviennent²³. C'est ce concept qui permettrait de conclure qu'un particulier conserve le statut de résident, malgré son absence physique²⁴. Ainsi, bien que l'article 2 L.I.R. prévoit que le statut de résident doit être déterminé pour chaque année d'imposition, la notion de résident habituel permet au tribunal d'examiner le mode de vie du contribuable sur plusieurs années²⁵.

Cette notion de résident habituel fut appliquée dans un tel cas d'absence temporaire par la division de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *Reeder c. La Reine*²⁶. Un résident canadien était allé travailler en France pour un contrat dont la durée exacte n'était pas déterminée à l'avance. Il était prévu qu'il travaillerait au Canada pour le même employeur à son retour. Son absence dura huit mois, au cours desquels son épouse l'accompagnait en France, il n'avait aucune habitation disponible au Canada et ses meubles étaient entreposés au Canada. La Cour fédérale a conclu que M. Reeder était demeuré un résident habituel du Canada pendant son absence, puisque celle-ci était par nature temporaire. Le juge Mahoney a énuméré les éléments qui peuvent servir à déterminer la question de fait de la résidence :

²³ Cette interprétation est d'ailleurs plus conforme au sens de l'expression *ordinary residence* dans la loi britannique, d'où elle tire son origine : voir ci-dessus, note 8.

²⁴ B. P. CASEY, précité, note 3, p. 635.

²⁵ *Id.* Voir également B. G. HANSEN, précité, note 3, 693, 697-698; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R3, « Détermination du statut de résident d'un particulier », 21 décembre 2001, par. 10. Certains jugements plus récents se questionnent sur l'existence d'une différence entre la notion de « résident de fait » au sens de la jurisprudence, et la notion de « résident habituel » du paragraphe 250(3) L.I.R., mais sans vraiment répondre à cette question théorique : *Laurin c. La Reine*, 2006 CCI 634; conf. par 2008 CAF 58 (« *Laurin* »); *Collins c. La Reine*, 2004 CCI 166 (« *Collins* »); *Sobolev c. La Reine*, 2002 D.T.C. 1217, 2001 CanLII 859 (C.C.I.).

²⁶ 75 D.T.C. 5160, [1975] A.C.F. n° 400 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Reeder* »).

« Ces éléments sont notamment :

- a. le genre de vie passé ou présent;
- b. la régularité et la durée des séjours dans le ressort de la juridiction de la résidence;
- c. les liens dans le ressort de cette juridiction;
- d. les liens en d'autres lieux;
- e. le caractère permanent ou autre des séjours à l'étranger.

La question des liens dans le ressort de la juridiction de résidence et en d'autres lieux englobe toute la gamme des rapports et des engagements d'une personne: biens et placements, emploi, famille, affaires, liens culturels et mondains en sont des exemples. Tous les éléments ne seront pas retenus dans chaque cas. Ils doivent être considérés à la lumière du postulat que chacun doit avoir une résidence fiscale et qu'un individu peut avoir simultanément plus d'une résidence du point de vue fiscal²⁷. »

1.2.3. Définitions dans la jurisprudence récente

Si la très grande majorité des décisions plus récentes citent les définitions de « résidence » énoncées dans l'arrêt *Thomson* et dans l'affaire *Reeder*, certains juges paraphrasent celles-ci à leur manière ou reformulent leur propre définition.

Dans l'affaire *Filipek c. La Reine*²⁸, le juge Miller de la Cour canadienne de l'impôt a résumé de façon succincte les principes applicables :

« De nombreuses décisions judiciaires ont été rendues sur le sens de l'expression "résidait habituellement" (voir par exemple *Thomson v. Minister of National Revenue*, *Her Majesty the Queen v. Reeder*, et *Reed v. The Minister of National Revenue*). Que nous disent ces décisions?

- (i) Chaque personne a une résidence.
- (ii) Une personne peut avoir simultanément plus d'une résidence du point de vue de la fiscalité.

²⁷ *Id.*, par. 14.

²⁸ 2008 CCI 351 (« *Filipek* »).

(iii) La résidence est établie par la détermination dans l'espace des limites dans lesquelles une personne passe son temps ou du lieu où, dans sa vie de tous les jours, elle vit de manière régulière, normale ou habituelle.

(iv) Les facteurs à prendre en compte pour déterminer la résidence sont les liens avec le Canada à l'égard des biens, des placements, de l'emploi, de la famille, des affaires, de la vie culturelle, de la vie sociale – une liste non exhaustive²⁹. »

Ce passage résume assez fidèlement les principes établis par la jurisprudence depuis l'arrêt *Thomson*. Dans l'affaire *Lee c. MRN*³⁰, le juge énumère une liste de facteurs intéressante, qui reprend les facteurs établis dans l'affaire *Reeder* et y en ajoute d'autres.

Dans l'affaire *Fisher*, le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a formulé un critère quelque peu différent. Dans cette affaire, il s'agissait d'un citoyen canadien qui était parti vivre au Japon pendant plusieurs années, devenant non résident du Canada. Il avait par la suite recréé des liens au Canada : achat de plusieurs propriétés, location d'un appartement, liens familiaux avec ses parents, visites fréquentes. Le juge Bowman a conclu qu'il était redevenu résident du Canada. Après avoir longuement cité l'arrêt *Thomson* et d'autres décisions classiques sur la résidence, il écrit ce qui suit :

« Notwithstanding these considerations, I think that the conclusion that is more consonant with the tests of ordinary residency enunciated in other cases is that by 1987 Canada had become again his place of ordinary residence. His family ties were here. He had in 1987 and at least in part of 1988 an apartment here. He owned substantial property in Canada. Canada was the country to which he returned with frequency and regularity. It was a country whose language he spoke and of which he was a citizen by birth. He had a right to come to Canada whenever he chose. That can be said of no other country. One is reminded of the passage in Robert Frost's poem, "The Death of the Hired Man":

"Home is the place where, when you have to go there, They have to take you in."

This observation would apply to Canada³¹. »

²⁹ *Id.*, par. 2.

³⁰ 90 D.T.C. 1014 (C.C.I.) (« *Lee* »). La liste de facteurs est reprise par le même juge dans l'affaire *Huh c. La Reine*, 2000 D.T.C. 2422, 2000 CanLII 229 (C.C.I.) (« *Huh* »).

³¹ *Fisher*, précité, note 16, 845. La citation apparaissait plus exacte en version originale anglaise, la notion de *home* étant difficile à traduire. Toutefois, voici la traduction française, [1994] A.C.I. n° 839, par. 40 :

D'autres décisions ont par la suite repris la notion de *home* et l'ont appliquée à des contribuables qui avaient toujours résidé au Canada avant de partir quelques années à l'étranger, pour conclure que ces contribuables étaient résidents du Canada³². Par contre, les décisions qui ont appliqué cette notion à des personnes nées à l'étranger et n'ayant jamais résidé au Canada auparavant ont conclu qu'elles n'étaient pas devenues résidentes canadiennes³³.

Dans l'affaire *Shih*, un contribuable originaire de Taïwan avait obtenu la résidence permanente³⁴ au Canada, avait acheté une maison à Regina où son épouse et ses enfants habitaient, mais lui-même travaillait et vivait la plupart du temps à Taïwan. Le juge Mogan de la Cour canadienne de l'impôt commente ainsi la citation du juge Bowman dans l'affaire *Fisher* :

« L'intimée a soutenu qu'après le mois d'août 1991, Regina était l'endroit où un étranger pouvait dire de l'appelant "c'est là où toujours asile vous sera donné". Cette citation était particulièrement appropriée pour l'affaire *Fisher* parce que, dans ce cas, le contribuable est né au Canada, il a grandi au Canada et des années plus tard, il a tenté de prétendre qu'il n'était pas résident du Canada alors qu'il y faisait de fréquentes visites, mais n'avait pas d'autre résidence reconnue à l'étranger. Je ne contesterais pas la vérité concise de Robert Frost, mais la situation est différente dans les présents appels puisque l'appelant n'a

(...suite)

« Malgré ces considérations, j'estime que la conclusion la plus conforme aux critères de résidence habituelle énoncés dans d'autres tribunaux est qu'en 1987, le Canada était redevenu le lieu habituel de résidence de l'appelant. C'est au Canada que l'appelant avait des liens familiaux. Il a eu un appartement ici en 1987 et pendant au moins une partie de 1988. Il possédait d'importants biens immeubles ici. Le Canada est le pays où il revenait fréquemment et régulièrement. C'est un pays dont il parle la langue [*sic*] et dont il est citoyen de par sa naissance. Il avait le droit d'y venir à sa guise, ce qui n'était le cas dans aucun autre pays. Cela fait penser au passage suivant du poème de Robert Frost intitulé "The Death of the Hired Man" (La mort de l'ouvrier journalier) :

[TRADUCTION] "Votre patrie, c'est là où toujours asile vous sera donné."

Cette observation vaut pour le Canada. »

³² *Snow c. La Reine*, 2004 CCI 381, par. 21 (« *Snow* »); *Mullen c. La Reine*, 2008 CCI 294, par. 19 (« *Mullen* »).

³³ *Gupta c. La Reine*, 99 D.T.C. 224, [1998] A.C.I. n° 1016 (C.C.I.) (Quicklaw), par. 31 (« *Gupta* »); *Mahmood c. La Reine*, 2009 CCI 89, par. 46 (« *Mahmood* »); *Shih c. La Reine*, 2000 D.T.C. 2072, 2000 CanLII 399 (C.C.I.) (Quicklaw), par. 25 (« *Shih* »).

³⁴ Dans le présent texte, « résidence permanente » s'entend au sens de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

jamais eu de lien permanent avec le Canada, mais a vécu toute sa vie dans un seul autre pays, Taïwan³⁵. »

Avec égards pour l'opinion contraire, nous sommes d'avis que le critère du *home* ne devrait pas être appliqué à la détermination de la résidence des particuliers. En effet, ce terme semble indiquer un rapport avec un lieu beaucoup plus étroit que celui de la résidence, qui équivaldrait presque à celui du domicile. Il est trompeur puisque, dans quasiment tous les cas, les Canadiens d'origine seraient considérés comme résidents canadiens en vertu de ce critère, et les personnes d'origine étrangère seraient presque toujours considérées comme non résidentes. Il faut rappeler la politique fiscale sous-jacente : c'est le fait de bénéficier des biens et services fournis par l'État qui justifie l'assujettissement des résidents à l'impôt. Si l'assujettissement était basé sur le fait de voir son pays comme sa patrie (*home nation*), c'est plutôt le domicile qui aurait été retenu comme critère d'assujettissement³⁶.

2. CRITÈRES DE DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE

Abordons maintenant les questions centrales soulevées par cet article : quels sont les critères appliqués par les tribunaux dans la jurisprudence récente pour déterminer la résidence d'un particulier, et quel poids les tribunaux accordent-ils à chacun de ces critères?

Parmi les critères traditionnels, identifiés notamment dans l'affaire *Reeder*, nous examinerons tour à tour les critères suivants : la durée de l'absence du Canada, pour les personnes qui quittent le Canada; l'intention du contribuable; les visites du contribuable au Canada; les liens du contribuable avec le Canada; les liens du contribuable avec l'autre État dont il prétend être résident.

Un tableau synthèse de l'ensemble des critères analysés, pour chacune des 47 décisions retenues depuis 1989, est reproduit en annexe de cet article. Le lecteur pourra y repérer rapidement toutes les décisions en fonction des critères appliqués dans chacune.

2.1. DURÉE DE L'ABSENCE

Pour les particuliers qui quittent le Canada, la durée de l'absence était autrefois considérée comme un critère important. Par exemple, dans l'affaire

³⁵ *Shih*, précité, note 33, par. 25.

³⁶ K. BROOKS, précité, note 5.

*Beament c. MRN*³⁷, une absence de six ans fut considérée par la Cour suprême du Canada comme un des critères déterminants pour conclure que le contribuable était devenu non résident. L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a déjà eu une politique selon laquelle le contribuable qui quittait pour une période de deux ans ou plus était présumé non résident³⁸.

Toutefois, l'analyse de la jurisprudence depuis 1989 révèle que ce critère est beaucoup moins important de nos jours. Bien que, de façon générale, les particuliers absents pour des périodes plus courtes soient plus fréquemment considérés comme résidents, cela semble plutôt dû aux liens conservés avec le Canada pendant une absence temporaire. En effet, il n'est pas rare de voir des cas de contribuables devenus non résidents malgré une période d'absence assez courte³⁹, de même que des cas de particuliers demeurés résidents pendant une absence beaucoup plus longue⁴⁰. Néanmoins, dans quelques cas, le juge a souligné la courte durée de l'absence⁴¹ ou au contraire sa longue durée⁴² pour appuyer sa conclusion.

Il semble que le facteur clé ne soit pas la durée de l'absence, mais bien la nature temporaire ou permanente de celle-ci. L'intention de revenir au Canada, présente dès le départ, semble déterminante à cet égard. Ainsi, dans l'affaire *Perlman*, le contribuable avait quitté le Canada afin de poursuivre ses études supérieures en Israël, en vue de devenir rabbin. Bien que ces études à l'étranger aient duré 16 ans, le juge a néanmoins conclu que le contribuable avait toujours conservé le statut de résident canadien, donnant

³⁷ [1952] 2 S.C.R. 486 (« *Beament* »).

³⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R2, « Détermination du lieu de résidence d'un particulier », 25 février 1983, n° 5 (annulé le 21 décembre 2001).

³⁹ *Peel c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2888 (C.C.I.) (« *Peel* ») : 1 an; *Smith c. Canada*, [2000] 4 C.T.C. 2631, [2000] A.C.I. n° 668 (C.C.I.) (Quicklaw) (« *Smith (2000)* ») : 4 ans; *Harris-Eze c. La Reine*, 2002 D.T.C. 1620, [2002] A.C.I. n° 40 (C.C.I.) (Quicklaw) (« *Harris-Eze* ») : 3 ans; *Nicholson c. La Reine*, 2003 CCI 862 (« *Nicholson* ») : 1 an et 8 mois.

⁴⁰ *Wassick c. MRN*, 95 D.T.C. 19, [1994] A.C.I. n° 494 (C.C.I.) (Quicklaw) (« *Wassick* ») : 5 ans; *Huh*, précité, note 30 : 7 ans; *Collins*, précité, note 25 : 5 ans; *Mullen*, précité, note 32 : 8 ans; *Filipek*, précité, note 28 : 5 ans; *Perlman*, précité, note 19 : 16 ans.

⁴¹ *McFadyen c. La Reine*, 2000 D.T.C. 2473, 2000 CanLII 480 (C.C.I.); appel accueilli en partie sur d'autres motifs, 2002 CAF 496 (« *McFadyen* ») : 3 ans.

⁴² *Boston c. La Reine*, 98 D.T.C. 1124, [1997] A.C.I. n° 1025 (C.C.I.) (Quicklaw) (« *Boston* ») : 7 ans.

raison au contribuable qui réclamait la prestation fiscale canadienne pour enfants :

« La Couronne n'a pas cité de décision dont l'issue dépend concrètement, même en partie, de la période de temps qu'une personne a passé à l'étranger, si cette personne est résidente canadienne à l'origine et qu'elle a toujours eu l'intention de retourner au Canada, laquelle intention est prouvée par l'existence d'une résidence à sa disposition au Canada et par la possibilité d'avoir un emploi qui l'attend au Canada; je n'en ai pas trouvé non plus.

[...] La Cour n'a pas le pouvoir d'établir une présomption ou un critère de démarcation nette en fonction de la période d'absence du Canada de l'intéressé. La période pendant laquelle l'intéressé habite à l'étranger ne demeure qu'un fait dont la Cour doit tenir compte, avec tous les autres faits, lorsqu'elle statue sur les questions formulées dans la jurisprudence. Aucune période, longue ou courte, ne pourra par elle-même être décisive, et l'importance et le poids de ce facteur temps peut aussi changer d'une affaire à l'autre en fonction de l'ensemble des circonstances⁴³. »

À l'inverse, si la preuve démontre que le contribuable avait l'intention de quitter définitivement le Canada, et qu'il a coupé tous ses liens avec le Canada dans la mesure du possible, il pourra être considéré comme non résident dès son départ, même si ultérieurement ses projets sont modifiés et qu'il décide de revenir au Canada dans un délai très court⁴⁴.

2.2. INTENTION DU CONTRIBUABLE

Comme il vient d'en être question, l'intention du contribuable de rompre tous ses liens de résidence avec le Canada est un critère important de détermination de la résidence, pour les résidents canadiens qui quittent le Canada. Ce critère se confond avec celui de la nature temporaire ou permanente du séjour à l'étranger : le séjour est de nature temporaire si l'intention du contribuable est de revenir au Canada à la fin de son séjour, et vice versa.

Ainsi, l'intention de revenir au Canada est presque toujours fatale à une prétention de non-résidence⁴⁵ (sauf si cette intention n'était qu'un « espoir »

⁴³ *Perlman*, précité, note 19, par. 28-29.

⁴⁴ *Peel*, précité, note 39; *Nicholson*, précité, note 39.

⁴⁵ *Reeder*, précité, note 26; *Ferguson c. La Reine*, 89 D.T.C. 634 (C.C.I.) (« *Ferguson* »); *Smith c. MRN*, 91 D.T.C. 515, [1991] A.C.I. n° 210 (C.C.I.) (*Quicklaw*) (« *Smith (1991)* »); *Glow c. La Reine*, 92 D.T.C. 6467 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Glow* »); *Mazerolle c. Canada*, 94 D.T.C. 1381, [1994] A.C.I. n° 152 (C.C.I.) (à suivre...)

qui n'avait aucune certitude raisonnable de se concrétiser⁴⁶). Une bonne illustration de ce principe est l'affaire *Gaudreau*⁴⁷. Le contribuable avait quitté le Canada pendant une période de trois ans et demi, pour aller travailler en Égypte. Son épouse l'accompagnait, mais il avait conservé tous ses biens au Canada, notamment une maison qui demeurerait disponible, ses comptes de banque et une voiture, et son contrat avec son employeur lui garantissait un emploi au Canada à son retour. La juge Lamarre de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'absence n'était que temporaire, les faits démontrant que le contribuable avait toujours eu l'intention de revenir au Canada :

« En l'espèce, je reconnais que l'appelant, selon les éléments de preuve qui m'ont été présentés, n'est pas revenu fréquemment au Canada pendant qu'il travaillait en Égypte. Toutefois, il est clair d'après la preuve que lui et son épouse ont quitté le Canada sur une base temporaire seulement.

Il est clair à la lumière du contrat de travail que l'appelant a reçu une affectation en Égypte pour laquelle il a même touché une prime à l'expatriation pendant toute la durée de son contrat. Le contrat prévoyait le transport par avion entre le lieu d'origine de l'appelant et son lieu de travail. L'appelant a conservé tous ses biens au Canada et, avant de quitter le territoire canadien, a pris tous les arrangements nécessaires afin que quelqu'un s'occupe de ces biens. Lorsqu'il a accepté son affectation en Égypte, son but n'était pas de rompre ses liens avec le Canada, mais principalement de gagner sa vie. L'appelant a accepté de se rendre en Égypte en vertu d'un contrat et n'a pas rompu ses liens avec le Canada. Il n'a pas abandonné, en pensée et en fait, son mode de vie habituel au Canada. De fait, la maison de Timmins est restée en tout temps disponible comme lieu où il pouvait vivre habituellement. Pour reprendre les termes du juge Rand dans l'arrêt *Thomson*, l'appelant et son épouse ont conservé leur mode de vie habituel avec son cortège de relations sociales, d'intérêts et de convenances, au Canada. [...]

[...]

[...] Tout au long de son séjour en Égypte, les liens de l'appelant étaient tous avec le Canada, sauf pour les liens contractés durant son absence et qui devaient

(...suite)

(Quicklaw) (« Mazerolle »); Wassick, précité, note 40; *Guo c. La Reine*, 2003 CCI 23; conf. par 2004 CAF 390 (« Guo »); Collins, précité, note 25; *Gaudreau c. La Reine*, 2004 CCI 840; conf. par 2005 CAF 388 (« Gaudreau »); *Bujnowski c. La Reine*, 2005 CCI 90; conf. sur d'autres motifs par 2006 CAF 32 (« Bujnowski »); *Johnson c. La Reine*, 2007 CCI 288 (« Johnson »); *Minin c. La Reine*, 2008 CCI 429 (« Minin »).

⁴⁶ *Beament*, précité, note 37; *Harris-Eze*, précité, note 39.

⁴⁷ *Gaudreau*, précité, note 45.

permettre, à lui et à son épouse, de jouir en Égypte d'un mode de vie acceptable, auquel il s'attendait. De fait, les liens avec l'Égypte étaient temporaires et ont disparu à son retour au Canada. Comme l'a affirmé le juge Rip dans l'extrait cité plus haut de la décision *Snow*, l'absence temporaire d'une personne du Canada n'entraîne pas nécessairement la perte de la résidence canadienne lorsque des liens personnels et économiques étroits sont maintenus au Canada. Je conclus par conséquent que l'appelant résidait habituellement au Canada durant les années en cause⁴⁸. »

Par conséquent, l'intention de rompre les liens de résidence et de quitter le Canada de façon définitive est essentielle pour conclure que le contribuable est devenu non résident.

Cependant, encore faut-il que l'intention soit démontrée par des faits : l'intention prétendue n'est pas suffisante, elle doit s'appuyer sur la preuve, particulièrement si elle sert les intérêts du contribuable. Le contribuable qui prétend être devenu non résident ne peut se contenter d'alléguer qu'il n'avait pas l'intention de revenir au Canada, ou qu'il a fait des efforts pour rester à l'étranger; la preuve doit démontrer qu'il a coupé tous ses liens avec le Canada, dans la mesure du possible⁴⁹.

Toutefois, l'inverse n'est pas vrai : il n'est nullement nécessaire que le contribuable ait l'intention de demeurer résident canadien, ou de le devenir, pour conclure qu'il est résident⁵⁰. La résidence peut très bien être involontaire ou découler d'une obligation. Par exemple, dans l'affaire *Hauser*, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que le contribuable était résident du Canada en raison notamment de ses visites fréquentes, même si ces visites étaient motivées par l'emploi du contribuable au Canada, et malgré les prétentions de ce dernier selon lesquelles il ne « traînait » pas au Canada lorsque son travail ne l'y obligeait pas. Le juge s'exprime ainsi :

« M. Hauser passait plus de un tiers de l'année au Canada, au cours de chaque année en cause. Air Canada exigeait à M. Hauser d'être au Canada pour prendre la commande d'avions; il devait se présenter au travail à l'aéroport Pearson et dans d'autres aéroports du Canada. La plupart de ses vols commençaient et se terminaient à l'aéroport Pearson. Sa formation s'est déroulée en grande partie à l'aéroport Pearson. L'aéroport Pearson faisait partie de la routine de sa vie. La

⁴⁸ *Id.*, par. 31-34.

⁴⁹ *Glow*, précité, note 45; *McFadyen*, précité, note 41; *Snow*, précité, note 32; *Mullen*, précité, note 32; *Johnson*, précité, note 45.

⁵⁰ *Lee*, précité, note 30; *McFadyen*, précité, note 41; *Snow*, précité, note 32; *Hauser c. La Reine*, 2005 CCI 492; conf. par 2006 CAF 216 (« *Hauser* »); *Mullen*, précité, note 32.

présence de M. Hauser au Canada au cours des années en appel n'était pas de circonstance, occasionnelle, de passage, intermittente ou transitoire. Il se trouvait au Canada principalement parce qu'il était obligé de s'y trouver, pour gagner sa vie.

[...]

M. Hauser a employé le terme "traîné" et "traîner" pour expliquer le fait que sa présence au Canada, au cours de la plus grande partie des années en appel, n'avait pas été volontaire mais exigée par son emploi. Le fait que l'emploi d'un particulier oblige ce particulier à se trouver au Canada n'entraîne pas le fait que ce contribuable ne réside pas au Canada. En effet, la plupart du temps, le contraire est vrai. Beaucoup de multinationales envoient leurs citoyens vivre et travailler au Canada : ces derniers peuvent ou non vivre ici, mais ils doivent y résider pendant qu'ils travaillent ici. Ils ne "traînent" pas ici pendant qu'ils sont employés ici. De la même manière, le simple fait que M. Hauser estime qu'il ne traînait pas au Canada au cours de la plus grande partie des années en appel, ne le protège pas de la possibilité d'avoir résidé au Canada⁵¹.» (Notre soulignement)

2.3. VISITES AU CANADA

La fréquence, la régularité, la durée et la raison des visites au Canada, pendant l'absence ou avant l'arrivée du contribuable au Canada, sont des facteurs qui influent sur le statut de résident.

En analysant la jurisprudence depuis 1989, on constate que dans presque tous les cas où le contribuable a effectué des visites fréquentes et régulières au Canada, ou y a passé beaucoup de temps, le tribunal a conclu qu'il était résident canadien⁵². Dans tous les cas où la cour a conclu que le contribuable était non résident, les visites étaient non existantes ou occasionnelles⁵³, à

⁵¹ *Hauser*, précité, note 50, par. 58-60.

⁵² *Ferguson*, précité, note 45; *Lee*, précité, note 30; *Smith (1991)*, précité, note 45; *Fisher*, précité, note 16; *Mazerolle*, précité, note 45; *Dorosh c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2568 (C.C.I.) (« *Dorosh* »); *Wassick*, précité, note 40; *Huh*, précité, note 30; *Guo*, précité, note 45; *Allchin c. La Reine*, 2003 CCI 476; inf. pour d'autres motifs par 2004 CAF 206 (« *Allchin* »); *Collins*, précité, note 25; *Bujnowski*, précité, note 45; *Hauser*, précité, note 50; *Mulja c. La Reine*, 2005 CCI 60 (« *Mulja* »); *Barton c. La Reine*, 2007 CCI 222 (« *Barton* »); *Filipek*, précité, note 28; *Minin*, précité, note 45; *Denisov c. La Reine*, 2010 CCI 101 (« *Denisov* »).

⁵³ *Peel*, précité, note 39; *Boston*, précité, note 42; *Endres c. La Reine*, 98 D.T.C. 1101, [1997] A.C.I. n° 1049 (C.C.I.) (*Quicklaw*) (« *Endres* »); *Shih*, précité, note 33; *Smith (2000)*, précité, note 39; *Kadrie c. La Reine*, 2001 D.T.C. 967, 2001 CanLII 897 (C.C.I.) (« *Kadrie* »); *Harris-Eze*, précité, note 39; *Nicholson*, précité, note 39; (à suivre...)

deux exceptions près⁵⁴. Bien entendu, il ne s'agit pas du seul critère applicable dans ces décisions, les visites fréquentes étant souvent associées à la présence d'autres liens importants, comme la propriété d'une maison, mais la fréquence des visites est tout de même un lien très significatif.

Dans l'affaire *Filipek c. La Reine*, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que le contribuable était résident canadien, malgré l'absence d'une maison, d'un conjoint ou d'enfants à charge au Canada, en se fondant principalement sur la fréquence et la durée de ses visites au Canada. M. Filipek travaillait à titre de pilote d'avion pour Air Canada, basé à Vancouver. Il soutenait que lorsqu'il était dans la région de Vancouver pour son travail, il dormait dans un terrain de camping situé à Point Roberts, aux États-Unis. En réalité, bien qu'il fût séparé de sa conjointe, il demeurait chez ses beaux-parents dont la maison était à distance de marche du terrain de camping, du côté canadien de la frontière. Le juge Campbell conclut ainsi :

« Je conclus selon la prépondérance que le temps qu'il passait dans la région de Vancouver était passé principalement à Vancouver, et peu à Point Roberts. Je conclus que sa vie de tous les jours, en tant que pilote d'Air Canada travaillant à partir de Vancouver, était en fait centralisée à Vancouver. Ses affaires bancaires, le temps passé dans la région, sa relation continue avec sa belle-famille, ses engagements financiers envers eux et envers sa propre famille, associés à son témoignage contradictoire et vague quant à ce qu'il faisait vraiment pendant qu'il passait bien au-delà de 100 jours par année à Vancouver m'amènent à conclure que sa vie de tous les jours était principalement à Vancouver. Je reconnais qu'il n'a pas sa propre maison ou une résidence physique au Canada et, bien que cela soit troublant, ce n'est pas fatal quant à une conclusion selon laquelle il peut encore être un résident du Canada. S'il est nécessaire d'avoir un tel espace physique, je peux sans difficulté conclure qu'il avait facilement accès à la maison de sa belle-famille, et en fait qu'il se fiait effectivement à cet accès. »

Si les visites fréquentes ou régulières sont presque automatiquement indicatrices de résidence, l'inverse n'est pas aussi vrai : le fait que les visites soient rares ou occasionnelles n'empêche pas du tout les tribunaux de conclure que le contribuable est résident canadien, en présence d'autres liens

(...suite)

Revah c. La Reine, 2004 CCI 312 (« Revah »); *Laurin*, précité, note 25; *Shao c. La Reine*, 2006 CCI 78 (« Shao »); *Zhan c. La Reine*, 2006 CCI 312 (« Zhan »); *Nedelcu c. La Reine*, 2008 CCI 417; conf. par 2010 CAF 156 (« Nedelcu »); *Song c. La Reine*, 2008 CarswellNat 5843; conf. par 2009 CAF 278, demande d'autorisation de pourvoi en Cour suprême du Canada rejetée, [2009] S.C.C.A. n° 492 (« Song »); *Hamel c. La Reine*, 2011 CCI 357; *Manotas c. La Reine*, 2011 CCI 408 (« Manotas »).

⁵⁴ *Yoon c. La Reine*, 2005 CCI 366 (« Yoon »); *Mahmood*, précité, note 33.

significatifs de résidence⁵⁵. Une seule décision semble avoir considéré la rareté des visites au Canada comme un facteur décisif pour conclure à la non-résidence du contribuable, malgré le fait que celui-ci possédait une maison au Canada et que sa conjointe y vivait⁵⁶.

La raison des visites peut également influencer sur le poids de ce facteur dans l'analyse des circonstances. Par exemple, dans l'affaire *Mahmood c. La Reine*⁵⁷, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que le contribuable était non résident malgré des visites fréquentes au Canada, car ces visites étaient effectuées purement à des fins d'affaires et avaient donc un poids peu significatif. Dans d'autres décisions, on a conclu que les visites au Canada dans le but de voir ses enfants mineurs, pour un contribuable divorcé, n'étaient pas considérées comme un lien de résidence⁵⁸. Le contribuable doit couper les liens dans la mesure du possible, mais comme l'écrit le professeur Hansen : « I do not regard stopping visiting one's son as being possible⁵⁹ ».

2.4. LIENS AVEC LE CANADA

Les liens créés ou conservés avec le Canada sont le critère principal de détermination de la résidence. La durée de l'absence, l'intention du contribuable et les visites au Canada sont des facteurs dont les tribunaux tiennent compte, mais ceux-ci accordent une importance primordiale aux liens de résidence du contribuable avec le Canada. Ces liens sont généralement classés en deux catégories⁶⁰ : les liens importants, c'est-à-dire le logement, le conjoint et les enfants à charge, et les liens secondaires, tels que les biens personnels, les liens sociaux, les liens économiques et les liens administratifs.

L'analyse de la jurisprudence depuis 1989 démontre effectivement que les liens dits « importants » ont beaucoup de poids, alors que les liens

⁵⁵ *Glow*, précité, note 45; *McFadyen*, précité, note 41; *Snow*, précité, note 32; *Gaudreau*, précité, note 45; *Johnson*, précité, note 45; *Mullen*, précité, note 32; *Bensouilah c. La Reine*, 2009 CCI 440 (« *Bensouilah* »); *Perlman*, précité, note 19.

⁵⁶ *Boston*, précité, note 42.

⁵⁷ *Mahmood*, précité, note 33.

⁵⁸ *Erikson c. La Reine*, [1975] C.T.C. 624, [1975] A.C.F. n° 1000 (C.F. 1^{re} inst.) (Quicklaw) (« *Erikson* »); *Smith (2000)*, précité, note 39; *Nicholson*, précité, note 39.

⁵⁹ B. G. HANSEN, précité, note 3, 697.

⁶⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R3, précité, note 25.

secondaires en ont très peu. Les liens secondaires, à eux seuls, ne sont jamais suffisants pour mener à une conclusion de résidence en l'absence d'au moins un lien important.

2.4.1. Le logement

Le fait d'avoir un logement à sa disposition, généralement une maison dont le contribuable ou son conjoint est propriétaire, est un indicateur extrêmement fort de résidence. Dans l'ensemble des jugements rendus depuis 1989, la corrélation est presque parfaite : dans la quasi-totalité des cas où on a conclu que le contribuable était résident canadien, il possédait une maison ou un appartement au Canada, disponible pour son occupation⁶¹.

Dans les cas où le contribuable a été considéré comme non résident, 7 contribuables sur 20 possédaient une maison ou un appartement disponible au Canada⁶². Sur ces sept cas, cinq concernent des contribuables d'origine étrangère : il en sera traité à la section 3.1. du présent article. Dans les deux autres cas, les affaires *Endres* et *Kadrie*, la conclusion de non-résidence se fondait sur d'autres motifs. Dans l'affaire *Endres*, les contribuables, un couple marié, avaient quitté le Canada définitivement avec leurs enfants pour établir leur mode de vie habituel en Caroline du Nord, bien qu'ils aient conservé au Nouveau-Brunswick un appartement aménagé au-dessus d'une grange que la famille occupait lors des vacances d'été. Dans l'affaire *Kadrie*, le contribuable originaire du Canada vivait avec sa famille depuis plusieurs années au Koweït, lorsque la guerre du Golfe a éclaté en 1990. Sa femme, d'origine jordanienne, a dû se réfugier au Canada avec les enfants, pendant que le contribuable est retourné au Koweït. Après la fin de la guerre, il a tenté de rapatrier sa famille au Koweït mais sa femme n'était plus autorisée à y retourner, en raison des lois locales. Malgré la présence de son épouse, des enfants et d'une maison disponible au Canada, la Cour canadienne de l'impôt a jugé que le contribuable n'avait pas rétabli sa résidence au Canada.

Il est intéressant de comparer deux affaires, *McFadyen*⁶³ et *Nicholson*⁶⁴, dont les faits sont similaires. Dans l'affaire *McFadyen*, le contribuable avait

⁶¹ Il n'y a que deux exceptions : *Collins*, précité, note 25 (maison louée à un tiers); *Filipek*, précité, note 28 (accès à la maison de ses beaux-parents).

⁶² *Endres*, précité, note 53; *Boston*, précité, note 42; *Gupta*, précité, note 33; *Mahmood*, précité, note 33; *Shih*, précité, note 33; *Kadrie*, précité, note 53; *Yoon*, précité, note 54.

⁶³ *McFadyen*, précité, note 41.

⁶⁴ *Nicholson*, précité, note 39.

quitté le Canada pour accompagner son épouse qui avait un contrat de travail de trois ans au Japon. M. McFadyen n'avait pas l'intention de revenir au Canada et il a tenté de trouver du travail au Japon afin d'y demeurer, mais ses tentatives ont échoué et il a dû revenir au Canada. Il avait conservé des liens avec le Canada pendant son absence : deux maisons louées à des tiers, dont l'une qu'il a occupée à son retour avec un préavis de deux mois, des meubles, des biens personnels, un régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR »), des comptes bancaires, une carte de crédit, un coffre bancaire, un permis de conduire et une carte de membre d'une association professionnelle. La Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'il avait conservé son statut de résident pendant ses trois ans d'absence, en raison des liens conservés avec le Canada. Le juge a souligné que « [l]e fait que l'appelant était propriétaire de deux maisons et qu'il pouvait à son retour emménager dans l'une moyennant un préavis de deux mois est un facteur important⁶⁵ ».

Dans l'affaire *Nicholson*, le contribuable était séparé de son épouse et ses deux enfants vivaient avec celle-ci au Canada, dans la maison dont M. Nicholson était copropriétaire. Celui-ci avait quitté le Canada pour aller travailler au Royaume-Uni. Son contrat était d'une durée de trois ans mais il n'envisageait pas de revenir au Canada, il pensait plutôt aller aux États-Unis par la suite. Sa nouvelle conjointe vivait la plupart du temps avec lui au Royaume-Uni. À la suite de la vente de l'entreprise de son employeur, il a dû revenir au Canada malgré lui, après un peu moins de deux ans au Royaume-Uni. Pendant son absence, il avait conservé certains liens au Canada, en plus de la copropriété de la résidence familiale : ses cotisations au Régime de pensions du Canada, un régime de soins de santé, un permis de conduire, un compte bancaire, une partie de son salaire déposé dans un compte au Canada, un REÉR et sa part des meubles dans le foyer conjugal. La Cour canadienne de l'impôt a conclu que M. Nicholson était non résident pendant la période de son absence. Il avait établi sa « vie ordinaire » au Royaume-Uni, et le fait qu'il avait des liens familiaux au Canada n'avait aucune incidence sur son statut de résidence.

Ainsi, dans l'affaire *Nicholson*, les liens familiaux avec les enfants à charge et les liens secondaires n'ont pas été considérés comme suffisants pour conserver le statut de résident canadien. En l'absence d'un conjoint ou d'un logement disponible au Canada, et en présence de la preuve de l'intention de ne pas revenir au Canada, on a conclu qu'il était non résident. Il semble que la seule différence significative avec l'affaire *McFadyen* était la possession d'un logement disponible au Canada.

⁶⁵ *McFadyen*, précité, note 41, par. 105.

Dans l'affaire *McFadyen*, il semble clair que, n'eût été la possession des deux résidences, et en particulier le fait que l'une était disponible sur un préavis de deux mois, le juge n'aurait pu parvenir à la conclusion que le contribuable était résident canadien. En effet, aucun autre lien important ne liait M. McFadyen au Canada, sa conjointe et son enfant vivant avec lui au Japon, et la preuve démontrait son intention de ne pas revenir au Canada. Le juge insiste également sur la courte durée de l'absence de trois ans, en la comparant à celle de six ans dans le cas de l'arrêt *Beament*, mais si l'on compare avec l'affaire *Nicholson* dans laquelle le contribuable a été absent moins de deux ans, et si l'on tient compte de l'ensemble de la jurisprudence qui ne considère pas la durée de l'absence comme un critère déterminant, il semble que le critère décisif était véritablement la possession d'un logement disponible.

Compte tenu de l'analyse de la jurisprudence, il est clair que la possession d'un logement disponible en tout temps ou sur un court préavis, est le critère **le plus important** dans la détermination de la résidence au Canada. La possession d'une maison entraîne presque systématiquement la conclusion que le contribuable est résident⁶⁶.

2.4.2. Le conjoint

Il sera question ci-dessous à la section 3.2. de l'évolution du critère de la présence du conjoint dans la jurisprudence. Il peut être mentionné ici que dans la jurisprudence récente, ce critère est loin d'être un lien de résidence aussi important que la possession d'un logement disponible. En effet, à l'analyse des décisions rendues depuis 1989, il ressort que parmi les contribuables considérés comme non résidents, 5 sur 20 (25 %) avaient un conjoint au Canada⁶⁷, alors que parmi ceux qui étaient résidents, 12 sur 27 (44 %) avaient un conjoint au Canada⁶⁸. D'ailleurs, parmi les 12 résidents qui avaient un conjoint au Canada, la totalité possédait également une maison au Canada : il est donc difficile de dire si la présence du conjoint était le facteur décisif, ou si la possession de la maison aurait été suffisante.

⁶⁶ Sous réserve des commentaires qui sont faits ci-dessous à la section 3.1.

⁶⁷ *Boston*, précité, note 42; *Shih*, précité, note 33; *Kadrie*, précité, note 53; *Yoon*, précité, note 54; *Song*, précité, note 53.

⁶⁸ *Ferguson*, précité, note 45; *Lee*, précité, note 30; *Smith (1991)*, précité, note 45; *Lightburn c. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2634, [1994] A.C.I. n° 175 (C.C.I.) (Quicklaw) (« *Lightburn* »); *Dorosh*, précité, note 52; *Wassick*, précité, note 40; *Allchin*, précité, note 52; *Guo*, précité, note 45; *Bujnowski*, précité, note 45; *Mulja*, précité, note 52; *Barton*, précité, note 52; *Bensouilah*, précité, note 55.

Le fait que parmi les 27 résidents, 13 possédaient une maison disponible au Canada mais n'avaient pas de conjoint au Canada indique que le lien du logement est beaucoup plus fort que celui du conjoint.

Le fait d'avoir un conjoint qui demeure au Canada augmente les probabilités d'être considéré comme résident canadien, mais le fait que le conjoint accompagne le contribuable à l'étranger ne semble pas influencer sur le statut de résidence, s'il conserve la possession d'une maison au Canada.

2.4.3. Les enfants à charge

Les enfants à charge sont traditionnellement considérés comme un lien de résidence important. Bien qu'il soit difficile de distinguer l'effet de ce lien de celui de la présence du conjoint, la corrélation entre la résidence des enfants et celle du contribuable est plus forte que pour le conjoint.

Lorsque le contribuable habitait à l'étranger sans son conjoint et que les enfants à charge vivaient avec le conjoint au Canada⁶⁹, dans la presque totalité des cas le contribuable a été considéré comme résident canadien⁷⁰. Dans plusieurs décisions, le contribuable soutenait vivre et résider habituellement à l'étranger pour son travail, alors que ses enfants vivaient avec l'autre parent au Canada et que le contribuable les visitait régulièrement : la cour a conclu que le contribuable résidait habituellement au Canada⁷¹.

À l'inverse, si le conjoint accompagne le contribuable à l'étranger et s'il y a des enfants à charge, ils suivent forcément leurs parents⁷²; dans la grande majorité de ces cas (8 sur 11), le contribuable a été déclaré non résident. Dans les trois cas où le contribuable a été considéré comme résident, c'est le

⁶⁹ *Smith (1991)*, précité, note 45; *Dorosh*, précité, note 52; *Shih*, précité, note 33; *Kadrie*, précité, note 53; *Guo*, précité, note 45; *Allchin*, précité, note 52; *Mulja*, précité, note 52; *Barton*, précité, note 52; *Bensouilah*, précité, note 55.

⁷⁰ Les deux seules exceptions sont : *Shih*, précité, note 33 et *Kadrie*, précité, note 53.

⁷¹ *Guo*, précité, note 45; *Allchin*, précité, note 52; *Mulja*, précité, note 52; *Barton*, précité, note 52; *Bensouilah*, précité, note 55.

⁷² *Peel*, précité, note 39; *Endres*, précité, note 53; *Gupta*, précité, note 33; *McFadyen*, précité, note 41; *Smith (2000)*, précité, note 39; *Harris-Eze*, précité, note 39; *Collins*, précité, note 25; *Nedelcu*, précité, note 53; *Mahmood*, précité, note 33; *Perlman*, précité, note 19; *Manotas*, précité, note 53.

critère du logement disponible au Canada⁷³ ou l'intention de revenir au Canada⁷⁴ qui ont fait pencher la balance.

Dans les rares cas où la contribuable vivait à l'étranger sans son conjoint, mais avec ses enfants, la contribuable a été considérée comme non résidente⁷⁵.

Toutefois, lorsque les parents sont séparés ou divorcés, les enfants à charge ne sont plus considérés comme un lien de résidence⁷⁶. Au contraire, les visites du contribuable au Canada pour voir ses enfants sont considérées comme une « obligation » qui n'entraîne pas une conclusion de résidence. Dans l'affaire *Erikson*, le contribuable était divorcé; il passait la majeure partie de l'année aux États-Unis où il était professeur d'université, et venait au Canada pendant le trimestre d'été pour voir ses enfants qui y résidaient avec leur mère. Le juge s'exprime ainsi :

« Je suis toutefois convaincu, compte tenu de la prépondérance des probabilités, que le demandeur n'a jamais été, au cours des années en cause, un "résident" au Canada. Il y venait surtout pour trouver [*sic*] avec son plus jeune fils. Il est vrai qu'il a conservé des intérêts commerciaux dans ce pays et qu'il a pris une part active à ses activités commerciales pendant qu'il se trouvait à Edmonton. Mais à mon avis, le temps passé dans notre pays n'entraîne pas véritablement dans un mode de vie ordonné, habituel ou général. Le demandeur avait, à mon avis effectivement rompu les liens qu'il avait avec sa résidence au Canada, avec une réserve. Ses enfants résidaient encore dans notre pays, à la garde de leur mère. C'était là l'aimant qui l'attirait et le faisait revenir pendant les vacances scolaires⁷⁷. »

Dans l'affaire *Nicholson*, dont il a été question ci-dessus à la section 2.4.1., la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la présence des enfants au Canada avec leur mère, alors que le contribuable était séparé, n'était pas un lien de résidence suffisant, combiné aux autres liens secondaires, pour

⁷³ *McFadyen*, précité, note 41.

⁷⁴ *Perlman*, précité, note 19; *Collins*, précité, note 25.

⁷⁵ *Yoon*, précité, note 54; *Song*, précité, note 53.

⁷⁶ *Erikson*, précité, note 58; *Mazerolle*, précité, note 45; *Smith (2000)*, précité, note 39; *Nicholson*, précité, note 39; *Minin*, précité, note 45. Le contribuable a été considéré comme résident dans deux de ces cinq cas : les affaires *Minin* et *Mazerolle*; dans ces deux mêmes cas, il avait également la possession d'une maison disponible au Canada.

⁷⁷ *Erikson*, précité, note 58, par. 27.

conclure que le contribuable était résident canadien. Le juge s'est exprimé ainsi :

« Le fait qu'il avait des liens familiaux au Canada, à mon avis, n'a aucune incidence sur sa véritable intention de résider habituellement à l'extérieur du Canada et sur le fait qu'il résidait effectivement à l'extérieur du Canada. Il n'est pas inhabituel, de nos jours, de voir des familles dont les membres habitent dans différents pays en raison d'occasions d'emploi⁷⁸. »

2.4.4. Les liens secondaires

Les liens secondaires sont considérés par les tribunaux afin d'établir le portrait global du mode de vie habituel d'un particulier. Ils concernent les biens personnels, les liens sociaux, les liens économiques et les liens administratifs⁷⁹. L'analyse de la jurisprudence depuis 1989 démontre que les résidents sont plus susceptibles de détenir de tels biens que les non-résidents, mais il est très difficile de déterminer s'il s'agit d'un effet ou d'une cause : les décisions des tribunaux sont-elles influencées par la présence de tels biens au Canada, ou s'agit-il simplement d'une conséquence inévitable, car les contribuables qui sont considérés comme résidents en raison de leurs liens importants ont généralement aussi des liens secondaires?

Parmi les biens personnels, on compte la propriété d'une maison qui est louée à un tiers et n'est pas disponible pour le contribuable. Cette catégorie inclut également les véhicules, les meubles et accessoires de maison, les vêtements, les équipements de sport, etc. Certains juges ont déjà souligné la présence de ces biens au Canada comme des indices du caractère temporaire de la présence du contribuable à l'étranger, et de son intention de retourner au Canada⁸⁰.

Les liens sociaux incluent notamment la participation à des clubs sociaux, des associations récréatives, des organismes religieux, ainsi que les liens avec la famille élargie, par exemple les parents, frères et sœurs et les enfants adultes du contribuable. Dans l'affaire *Fisher*, le juge a notamment souligné la force des liens du contribuable avec ses parents⁸¹. Dans l'affaire

⁷⁸ *Nicholson*, précité, note 39, par. 22.

⁷⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R3, précité, note 25. Le présent article ne classe pas les liens secondaires exactement de la même façon que le bulletin d'interprétation.

⁸⁰ *McFadyen*, précité, note 41, par. 104; *Collins*, précité, note 25.

⁸¹ *Fisher*, précité, note 16.

Perlman, dans laquelle le contribuable était parti étudier en Israël pour devenir rabbin, la Cour a insisté sur ses liens spirituels et religieux étroits avec sa synagogue de Toronto⁸².

Quant aux liens économiques, ils visent, entre autres, un emploi au Canada ou pour un employeur canadien, les comptes bancaires, les REÉR et autres régimes de retraite, les placements, les immeubles à logements, les cartes de crédit, et la participation active à une entreprise. Ces liens sont particulièrement trompeurs : bien que la jurisprudence les mentionne souvent à titre de liens secondaires, ils se retrouvent presque aussi souvent chez les contribuables non résidents que chez les résidents ! En particulier les comptes bancaires, les cartes de crédit et les REÉR, que les non-résidents conservent très fréquemment après leur départ. En outre, il y a quelque chose d'illogique à considérer les investissements au Canada comme des liens de résidence, même secondaires, puisque, d'une part, la loi prévoit expressément que les non-résidents peuvent exploiter une entreprise ou détenir des biens au Canada et que, d'autre part, les contribuables qui quittent le Canada sont ainsi incités à retirer leurs investissements, ce qui va clairement à l'encontre d'une saine politique fiscale. Les tribunaux ont dit à plusieurs reprises que les liens d'affaires et les investissements au Canada ne sont pas suffisants pour établir le statut de résident⁸³.

Enfin, les liens administratifs incluent notamment le statut de résident permanent⁸⁴, la couverture d'un régime provincial d'assurance maladie, un permis de conduire, l'immatriculation d'un véhicule, la participation à un syndicat ou à une association professionnelle, et un passeport canadien⁸⁵. Bien que le maintien de la couverture d'assurance maladie indique généralement une absence temporaire, il n'en va pas de même de certains de ces liens. Par exemple, un permis de conduire d'une province canadienne peut très bien être utilisé pour conduire partout dans le monde, de même que le fait d'être membre d'une association professionnelle au Canada permet souvent d'exercer sa profession à l'étranger. Mais il est encore plus surprenant de considérer le passeport canadien comme un lien de résidence : comment un contribuable né au Canada peut-il se défaire de son passeport

⁸² *Perlman*, précité, note 19.

⁸³ *Griffiths c. La Reine*, [1978] C.T.C. 372 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Griffiths* »); *Erikson*, précité, note 58; *Gupta*, précité, note 33; *Kadrie*, précité, note 53.

⁸⁴ Voir note 34.

⁸⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R3, précité, note 25.

canadien, puisqu'il doit nécessairement avoir un passeport pour voyager? En effet, il ne pourra obtenir un passeport d'un autre pays qu'après être devenu citoyen de celui-ci, ce qui exige généralement plusieurs années de résidence. Le passeport n'a rien à voir avec la résidence, mais plutôt avec la citoyenneté.

L'analyse de la jurisprudence depuis 1989 ne permet pas de conclure que les liens secondaires ont une quelconque influence sur la détermination du statut de résident par les tribunaux. À l'exception de certains liens (meubles, véhicules, vêtements, assurance maladie), les résidents ne sont pas plus fréquemment détenteurs de tels liens que les non-résidents. Ce ne sont jamais ces liens secondaires qui sont déterminants dans la conclusion que le contribuable est résident. En effet, la quasi-totalité des résidents détiennent au moins un lien important au Canada, c'est-à-dire un logement disponible.

Dans les deux seuls cas où les contribuables ont été considérés comme résidents alors qu'ils n'avaient ni logement disponible ni conjoint au Canada, l'un concernait un couple qui avait quitté le Canada pour travailler aux États-Unis, mais avec l'intention de revenir au Canada⁸⁶. Ils avaient conservé leur maison en la louant sur une base annuelle, et ils cherchaient activement un emploi au Canada. Ils n'avaient aucun logement permanent aux États-Unis, ils ne faisaient que louer des appartements au mois. Il appert qu'il s'agit d'un cas très particulier, qui n'a pas été tranché sur la base des liens secondaires, bien que le juge les mentionne, mais sur le caractère temporaire de l'absence. L'autre cas⁸⁷ concernait un pilote d'Air Canada qui prétendait résider aux îles Turques-et-Caïques et faire du camping dans la région de Vancouver, mais du côté américain de la frontière, lorsqu'il devait être de service. Le juge a conclu qu'il était résident canadien, principalement en raison de son manque total de crédibilité.

Dans le cas des non-résidents, la grande majorité ne détient aucun lien important, et ceux qui en détiennent sont presque toujours des contribuables d'origine étrangère (il en sera question ci-après). En somme, les liens secondaires ne semblent avoir en pratique aucune influence sur le résultat. On pourrait soutenir que l'ARC, les avocats, les contribuables et les tribunaux gaspillent énormément de temps et d'argent à faire la preuve de ces liens secondaires, alors que dans la quasi-totalité des cas, cela est tout à fait inutile.

⁸⁶ *Collins*, précité, note 25.

⁸⁷ *Filipek*, précité, note 28.

2.5. LIENS AVEC L'AUTRE ÉTAT

Conformément au principe établi dans l'arrêt *Thomson*, un contribuable doit résider quelque part, il ne peut prétendre qu'il ne réside nulle part. Pour cette raison, les tribunaux examinent souvent la question de savoir si le contribuable a établi des liens de résidence avec un autre État, ce qui est une condition préalable pour conclure qu'il est devenu non résident du Canada. Toutefois, si le juge conclut que le contribuable est effectivement devenu résident d'un autre État (au sens de la jurisprudence canadienne et non au sens du droit interne de cet autre pays, ce qui est paradoxal), son analyse ne doit pas s'arrêter là : un contribuable peut être résident de deux États à la fois, et donc le juge doit ensuite déterminer si le contribuable a cessé d'être résident canadien.

Néanmoins, même si en principe, on peut être résident de deux pays à la fois, les tribunaux sont en général réticents à conclure à l'existence d'une double résidence. Très souvent, en pratique, la conclusion sur la résidence canadienne dépend beaucoup du degré auquel le contribuable a établi ou conservé des liens dans l'autre pays dont il prétend être résident. En fait, lorsque le juge conclut que la vie habituelle, normale et ordinaire du contribuable se déroule dans un autre pays, il conclura généralement que le contribuable ne réside pas au Canada⁸⁸; à l'inverse, s'il conclut que le contribuable n'a pas suffisamment de liens de résidence dans l'autre pays, le contribuable sera considéré comme résident canadien⁸⁹. Dans l'affaire *Shih*, le juge Mogan a exprimé ainsi la réticence des tribunaux à conclure qu'un contribuable a deux résidences :

« Bien qu'une personne puisse à un certain moment avoir deux résidences ou plus d'un point de vue fiscal, la plupart des personnes n'auront qu'une seule résidence et, si elle est dans le pays A, il devra exister des circonstances particulières pour qu'une personne ait en même temps une résidence dans un pays B⁹⁰. »

⁸⁸ *Pearson c. MRN*, 93 D.T.C. 1182, [1993] A.C.I. n° 620 (C.C.I.) (Quicklaw); *Boston*, précité, note 42; *Endres*, précité, note 53; *Gupta*, précité, note 33; *Shih*, précité, note 33; *Smith (2000)*, précité, note 39; *Kadrie*, précité, note 53; *Harris-Eze*, précité, note 39; *Nicholson*, précité, note 39; *Revah*, précité, note 53; *Yoon*, précité, note 54; *Shao*, précité, note 53; *Nedelcu*, précité, note 53; *Song*, précité, note 53; *Mahmood*, précité, note 33; *Manotas*, précité, note 53.

⁸⁹ *Ferguson*, précité, note 45; *Glow*, précité, note 45; *Lightburn*, précité, note 68; *Huh*, précité, note 30; *Guo*, précité, note 45; *Collins*, précité, note 25; *Snow*, précité, note 32; *Gaudreau*, précité, note 45; *Mulja*, précité, note 52; *Johnson*, précité, note 45.

⁹⁰ *Shih*, précité, note 33, par. 16.

Dans cette affaire, la Cour a conclu que le contribuable résidait à Taïwan dans le cours normal et habituel de sa vie, et que malgré la présence de sa conjointe et de ses enfants et la propriété d'une maison au Canada, il n'était pas résident canadien.

Dans l'affaire *Boston*⁹¹, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que le contribuable était non résident malgré la présence de son épouse au Canada et la possession d'une maison. Le fait que le contribuable ait établi son mode de vie habituel en Malaisie depuis sept ans, y créant des liens de résidence très importants, combiné à la rareté des visites au Canada, semble avoir pesé davantage que les liens conservés au Canada.

Depuis 1989, le seul cas où un tribunal a conclu qu'il y avait double résidence est l'affaire *Mazerolle*⁹². Le contribuable résidait et travaillait aux États-Unis dans une ville contiguë à la frontière canadienne, et son épouse dont il était séparé vivait avec leurs enfants dans la ville jumelle du côté canadien. Une rivière séparait à cet endroit le Canada et les États-Unis, et il était de coutume pour les résidents des deux villes de traverser le pont de façon régulière. Le contribuable avait maintenu plusieurs liens au Canada, de sorte que le juge a conclu qu'il avait la double résidence.

Dans une autre cause, la Cour a conclu que le contribuable avait établi sa résidence dans un autre pays et avait cessé d'être résident canadien, mais qu'il avait par la suite recréé des liens avec le Canada suffisamment pour être considéré comme résident⁹³.

Une décision semble révélatrice à cet égard. Dans l'affaire *Mullen*⁹⁴, le contribuable avait quitté le Canada pour aller travailler en Chine pendant une période de quatre ans. Après avoir perdu son emploi, en 1998, il était revenu au Canada pendant environ un an, puis il était reparti en 1999 pour tenter de trouver du travail en Chine, sans succès. Il avait alors décidé de prendre sa retraite et avait acheté un condominium en Thaïlande, où il avait vécu jusqu'à son retour au Canada, en janvier 2002. Pendant toutes ces années, son épouse demeurait avec lui (sauf durant une courte période en 1999),

⁹¹ *Boston*, précité, note 42.

⁹² *Mazerolle*, précité, note 45. Il n'est pas fait mention ici des situations où la double résidence est admise par les parties et où la cour doit trancher la question en vertu d'une convention fiscale.

⁹³ *Fisher*, précité, note 16.

⁹⁴ *Mullen*, précité, note 32.

mais il avait conservé au Canada une maison disponible, qui était considérée comme un « bien familial ». Il avait également conservé des cartes de crédit, un compte de banque, un permis de conduire et l'assurance maladie provinciale. Le ministre ne contestait pas que le contribuable était non résident pour la période de 1994 à 1998 où il travaillait en Chine, mais il prétendait qu'il était redevenu résident depuis 1998.

La Cour canadienne de l'impôt a conclu que M. Mullen était effectivement résident pendant la période en litige, en se fondant principalement sur la possession de la maison, disponible en tout temps pour le contribuable, et qui constituait son « foyer ». Cependant, on peut se questionner sur la différence dans la nature et la qualité des liens avec le Canada, pendant la période où il travaillait en Chine, et pendant la période où il vivait en Thaïlande : il semble que les liens maintenus avec le Canada étaient exactement les mêmes, la seule différence étant que après 1998, il ne travaillait plus à l'étranger. Le juge souligne ainsi que « [l']appelant n'avait pas d'emploi à l'étranger ayant pour effet d'atténuer les liens qu'il pouvait avoir avec le Canada⁹⁵ ». Est-ce à dire qu'il est plus facile pour un travailleur expatrié que pour un retraité de devenir non résident? Il est difficile de comprendre ce raisonnement, mais on peut penser que les liens qu'il avait établis en Chine alors qu'il travaillait étaient plus solides que ceux qu'il avait établis en Thaïlande, alors qu'il était à la retraite. Le fondement de la décision est l'analyse des liens avec l'autre pays : le juge en vient à la conclusion que les liens avec le Canada étaient **plus** forts que les liens avec la Thaïlande, et que par conséquent le contribuable était résident canadien.

En somme, les tribunaux sont très peu enclins à conclure à l'existence d'une double résidence, et ils cherchent généralement à identifier avec lequel des deux pays le contribuable a les liens les **plus** étroits – ce qui se rapproche du critère du « centre des intérêts vitaux » de la plupart des conventions fiscales⁹⁶. Dans la presque totalité des cas, lorsque la preuve démontre que le contribuable est habituellement résident d'un autre pays, le tribunal conclut qu'il n'est pas résident du Canada, et vice versa.

⁹⁵ *Id.*, par. 18.

⁹⁶ Voir, par exemple, *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, 26 septembre 1980, (telle que modifiée par les Protocoles subséquents), art. IV, par. 2 a).

3. QUESTIONS PARTICULIÈRES

3.1. APPLICATION DIFFÉRENTE DES CRITÈRES SELON L'ORIGINE DU CONTRIBUABLE

En principe, les critères de détermination de la résidence devraient être les mêmes et s'appliquer de la même façon aux contribuables originaires du Canada et à ceux d'origine étrangère. En effet, la politique fiscale est la même pour tous : puisqu'ils bénéficient des mêmes biens et services fournis par l'État, ce dernier peut légitimement imposer tous les résidents sur leurs revenus de sources mondiales, indépendamment de leur origine.

L'analyse des jugements rendus depuis 1989 démontre que les personnes d'origine étrangère⁹⁷ sont deux fois plus fréquemment considérées comme non résidentes que les personnes d'origine canadienne : 67 % contre 28 %⁹⁸. Il serait donc facile de croire, à première vue, que les tribunaux sont plus enclins à conclure que les contribuables d'origine étrangère sont non résidents.

Toutefois, une partie de cette différence pourrait s'expliquer par le fait que la question qui se pose en général dans le cas des Canadiens d'origine est celle de savoir si le contribuable a cessé d'être résident, à la suite de son départ⁹⁹; pour les personnes d'origine étrangère, dans un peu moins de la moitié des cas, elles arrivent au Canada et il faut déterminer si elles sont devenues résidentes¹⁰⁰, alors que, dans les autres cas, elles sont arrivées au Canada antérieurement et sont devenues résidentes, mais quelques années

⁹⁷ Dans cet article, l'expression « personne d'origine étrangère » vise une personne née à l'extérieur du Canada, indépendamment du nombre d'années pendant lesquelles elle a vécu au Canada.

⁹⁸ Parmi les 47 décisions analysées, sur 18 contribuables d'origine étrangère, 12 ont été déclarés non résidents (67 %); sur 29 contribuables d'origine canadienne, 8 ont été considérés comme non résidents (28 %).

⁹⁹ Dans de rares cas, des contribuables d'origine canadienne partent à l'étranger, deviennent non résidents, mais quelques années plus tard recréent des liens au Canada et il s'agit de savoir s'ils sont redevenus résidents : *Fisher*, précité, note 16 et *Kadrie*, précité, note 53.

¹⁰⁰ *Lee*, précité, note 30; *Gupta*, précité, note 33; *Shih*, précité, note 33; *Yoon*, précité, note 54; *Shao*, précité, note 53; *Zhan*, précité, note 53; *Song*, précité, note 53; *Mahmood*, précité, note 33.

plus tard elles repartent (souvent dans leur pays d'origine) et il s'agit de savoir si elles sont redevenues non résidentes¹⁰¹.

En examinant uniquement ces derniers cas, ceux des contribuables d'origine étrangère qui se sont installés au Canada et repartent quelques années plus tard, ils sont considérés comme non résidents dans 5 cas sur 10¹⁰². Mais ce nombre est trompeur : dans trois de ces cinq cas, le contribuable n'avait conservé presque aucun lien au Canada, mais c'est lui qui prétendait détenir toujours le statut de résident canadien pour pouvoir réclamer la prestation fiscale canadienne pour enfants¹⁰³. Il serait donc possible de soutenir que dans les cas de départ du Canada, les personnes d'origine étrangère sont traitées de façon similaire à celles d'origine canadienne.

Par ailleurs, dans la jurisprudence étudiée, parmi les 20 contribuables non résidents, seulement 7 possédaient une maison au Canada¹⁰⁴. Le tableau suivant indique leur origine, s'il s'agissait d'une arrivée (étaient-ils devenus résidents) ou d'un départ (avaient-ils cessé d'être résidents), et les autres liens importants qu'ils avaient au Canada.

¹⁰¹ *Boston*, précité, note 42; *Smith (2000)*, précité, note 39; *Huh*, précité, note 30; *Harris-Eze*, précité, note 39; *Guo*, précité, note 45; *Mulja*, précité, note 52; *Nedelcu*, précité, note 53; *Bensouilah*, précité, note 55; *Denisov*, précité, note 52; *Manotas*, précité, note 53.

¹⁰² *Boston*, précité, note 42; *Smith (2000)*, précité, note 39; *Harris-Eze*, précité, note 39; *Nedelcu*, précité, note 53; *Manotas*, précité, note 53.

¹⁰³ *Smith (2000)*, précité, note 39; *Nedelcu*, précité, note 53; *Manotas*, précité, note 53.

¹⁰⁴ *Boston*, précité, note 42; *Gupta*, précité, note 33; *Endres*, précité, note 53; *Shih*, précité, note 33; *Kadrie*, précité, note 53; *Yoon*, précité, note 54; *Mahmood*, précité, note 33.

Non-résidents qui possédaient une maison disponible au Canada

Décision	Origine	Arrivée/départ	Conjoint au Canada	Enfants au Canada
<i>Gupta</i>	étrangère	arrivée		
<i>Shih</i>	étrangère	arrivée	✓	✓
<i>Yoon</i>	étrangère	arrivée	✓	
<i>Mahmood</i>	étrangère	arrivée		
<i>Boston</i>	étrangère	départ	✓	
<i>Kadrie</i>	canadienne	arrivée	✓	✓
<i>Endres</i>	canadienne	départ		

Ce tableau démontre que, dans cinq cas, il s'agissait d'une personne d'origine étrangère, mais également que, dans cinq cas, il s'agissait d'une arrivée. En outre, seulement quatre contribuables ont été considérés comme non résidents malgré la présence de deux ou trois liens importants (maison, conjoint, enfant à charge) : sur ces quatre contribuables, trois sont d'origine étrangère, et trois concernent une arrivée. Il n'est donc pas possible de déterminer si c'est l'origine de la personne, ou plutôt le fait qu'elle arrive au Canada (par opposition à un départ), qui influence la conclusion de non-résidence.

Au-delà de la simple analyse statistique¹⁰⁵, les motifs des tribunaux révèlent qu'il est beaucoup plus difficile de prouver qu'un contribuable a cessé d'être résident que de démontrer qu'il ne l'est pas encore devenu¹⁰⁶. Étant donné que les personnes d'origine étrangère sont plus souvent dans

¹⁰⁵ Il faut souligner que l'échantillon n'est pas suffisant pour tirer des conclusions valables scientifiquement.

¹⁰⁶ On lit fréquemment l'affirmation « la résidence est plus difficile à perdre qu'à gagner ». Ce n'est pas nécessairement vrai, on devrait plutôt dire qu'elle est difficile à perdre **et** difficile à gagner.

une situation d'arrivée que les personnes d'origine canadienne, cela s'applique plus souvent à elles.

Dans l'affaire *Shih*, dont il a déjà été question, le contribuable était originaire de Taïwan. Il avait obtenu sa résidence permanente au Canada à titre d'immigrant investisseur, puis il avait acheté une maison à Regina où il avait installé son épouse et ses trois enfants. Il continuait à travailler à Taïwan et rendait visite à sa famille trois ou quatre fois par année, pour un total de 30 à 60 jours par an. Il possédait un véhicule immatriculé au Canada, un compte bancaire, un permis de conduire, et il était couvert par le régime d'assurance maladie. Ses enfants allaient à l'école au Canada et son épouse y résidait, mais elle n'avait aucun revenu, étant dépendante financièrement de son mari. M. Shih avait tenté de démarrer une entreprise au Canada pour se conformer aux conditions de sa résidence permanente, mais il avait abandonné cette entreprise dès que la condition avait été annulée.

M. Shih a continué à vivre à Taïwan, occupant le même emploi de pharmacien depuis 20 ans. Il prenait soin de ses parents âgés, les visitait fréquemment et supportait leurs dépenses courantes, comme le voulait la tradition. Il faisait partie d'un club de tennis, d'une église et d'une association professionnelle; il était propriétaire de sa maison et son employeur lui fournissait une voiture de fonction.

Le juge Mogan, après avoir conclu que M. Shih était résident de Taïwan, ajoute qu'il pouvait néanmoins être résident canadien en même temps. Toutefois, il conclut que M. Shih n'était pas résident du Canada, pour les motifs suivants :

« Ayant conclu que l'appelant était résident de Taïwan au cours des années en cause dans les appels, je dois maintenant examiner la question de savoir s'il était également résident du Canada au cours de ces années. Je serais prêt à conclure, le cas échéant, que sa conjointe et ses trois fils résidaient à Regina à partir du 11 août 1991. En effet, pour les besoins de la présente décision, je suppose qu'ils résidaient bien à Regina. Si la famille de l'appelant est limitée à lui-même, sa conjointe et leurs trois fils, alors je conclurais que la maison familiale se trouvait à Regina à partir du mois d'août 1991. Si j'examine l'emploi à plein temps de l'appelant et le salaire en découlant qui était nécessaire pour subvenir aux besoins de l'appelant à Taïwan, à ceux de sa conjointe et de ses enfants au Canada et à ceux de ses parents âgés à Taïwan, alors je conclurais que l'appelant possédait une maison personnelle à Taipei (là où il mangeait, dormait, conservait ses vêtements et trouvait refuge contre la température) et une maison familiale à Regina. En dehors de la présence de sa conjointe et de ses enfants à Regina, l'appelant avait-il d'autres liens avec Regina qui feraient en sorte qu'il serait résident du Canada?

Au paragraphe 13 ci-dessus, il y a un extrait de la transcription dans laquelle l'appelant a expliqué que sa conjointe et lui ont amené leurs fils au Canada de sorte qu'ils puissent être éduqués à la manière occidentale (c.-à-d. nord-américaine). Il s'agit là d'une déclaration très crédible. L'appelant et sa conjointe agissaient dans ce qu'ils croyaient être l'intérêt fondamental de leurs fils. Ils réagissaient aux préoccupations universelles de tout parent responsable. J'ai trouvé que l'appelant était un témoin très crédible et je le crois quand il affirme que l'éducation de ses trois fils constituait la seule raison pour venir au Canada. Rien n'indique la présence d'une motivation ultérieure. [...]

L'éducation des trois fils était la raison d'être de l'arrivée de l'appelant et de sa conjointe à Regina en 1991. [...] L'appelant lui-même n'a pas modifié son mode de vie en ce qui concerne son emploi continu à Taiwan, conservant les liens professionnels avec l'ordre de pharmaciens, conservant ses liens sociaux avec son église et son club de tennis et trouvant un nouveau logement en 1991 (pièce A-2) où il pourrait manger, dormir, ranger ses vêtements et trouver refuge. Ces circonstances pourraient avoir changé après 1994 si les fils avaient décidé de demeurer au Canada après avoir terminé leurs études, mais pendant les années en cause dans les appels, rien n'indique que l'appelant avait d'autre lien avec Regina outre le fait que la maison de sa conjointe et de leurs trois fils se situait dans cette ville. Il n'avait pas d'emploi à Regina. Il n'était pas membre de clubs sociaux à Regina et rien n'indique qu'il y est venu dans un but autre que celui de visiter sa conjointe et ses enfants¹⁰⁷. » (Notre soulignement)

Selon le tribunal, la présence au Canada du conjoint, des enfants et d'une maison disponible pour le contribuable ainsi que les liens secondaires mentionnés n'étaient pas suffisants pour conclure qu'il était résident habituel du Canada. Tel qu'il a déjà été mentionné, après avoir conclu que le mode de vie habituel, normal et coutumier du contribuable se déroule dans un autre pays, les tribunaux ne concluent pour ainsi dire jamais à la double résidence. Mais si, en théorie, un contribuable peut avoir deux résidences, dans quelles circonstances cela peut-il se produire en pratique, sinon dans une situation comme celle-ci? Peut-on vraiment dire que le contribuable qui vient voir sa femme et ses enfants, dans sa propre maison, est en « visite » chez lui?

Même si l'objectif du contribuable était de faire bénéficier ses enfants d'une éducation occidentale, il s'agit là probablement de la motivation profonde de la très grande majorité des immigrants : offrir un avenir meilleur à leurs enfants. Mais en quoi cela exclut-il que l'immigrant soit un résident canadien? L'intention de devenir résident n'est jamais nécessaire, et la raison pour laquelle un particulier souhaite immigrer au Canada n'a pas d'importance.

¹⁰⁷ *Shih*, précité, note 33, par. 21-23.

Il est très difficile de voir en quoi les circonstances de cette affaire se distinguent de celles d'autres contribuables – d'origine canadienne ou étrangère – qui travaillent et vivent à l'étranger pour subvenir aux besoins de leur famille au Canada, et qui ont été considérés comme résidents canadiens¹⁰⁸. Dans l'affaire *Bensouilah*, par exemple, il s'agissait d'un immigrant saoudien qui s'était installé au Canada avec sa famille. Cinq ans plus tard, il a dû retourner en Arabie Saoudite pour trouver du travail, son épouse et ses enfants demeurant dans la maison familiale au Canada. Il a conservé également un compte en banque, une voiture, un passeport canadien et sa carte d'assurance maladie. Il avait un travail permanent en Arabie Saoudite, un passeport, un permis de conduire et une voiture, et il y vivait 11 mois par année. La Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'il avait conservé son statut de résident canadien :

« À mon sens, l'appelant n'a jamais rompu ses liens avec le Canada ni n'a jamais eu l'intention de le faire. Son retour en Arabie Saoudite se voulait principalement un moyen de gagner sa vie et de subvenir aux besoins de sa famille. Il n'y était que pour travailler. Il n'a donc pas abandonné, en pensée ou en fait, son mode de vie habituel au Canada. L'appelant résidait donc habituellement au Canada durant les années en litige¹⁰⁹. »

Il n'y a pas de différence significative en ce qui a trait aux liens conservés ou créés avec le Canada, entre les affaires *Shih* et *Bensouilah*. La seule différence dans les faits est que M. Shih n'avait jamais vécu au Canada, alors que M. Bensouilah y a vécu pendant cinq ans avant de retourner dans son pays d'origine. Mais cette différence justifie-t-elle une conclusion différente quant au statut de résident? Sur le plan de la politique fiscale, la réponse est non : les deux contribuables bénéficient de la même façon des biens et services fournis par l'État. Les enfants de M. Shih bénéficient du système d'éducation canadien gratuitement, son épouse et ses enfants utilisent le système de santé, les routes, les transports en commun, les infrastructures de sports et de loisirs, etc. M. Shih lui-même bénéficie de certains avantages du fait d'avoir le droit de résider au Canada, même s'il ne les utilise pas souvent, et il profite certainement du fait d'avoir une maison à sa disposition et de voir ses enfants recevoir l'éducation occidentale qu'il souhaitait.

¹⁰⁸ D'origine étrangère, mais ayant résidé au Canada avant de repartir : *Guo*, précité, note 45; *Mulja*, précité, note 52; *Bensouilah*, précité, note 55. D'origine canadienne : *Ferguson*, précité, note 45; *Wassick*, précité, note 40; *Allchin*, précité, note 52; *Barton*, précité, note 52.

¹⁰⁹ *Bensouilah*, précité, note 55, par. 19.

De plus, M. Shih avait autant sinon plus de liens avec le Canada que beaucoup de contribuables d'origine canadienne, qui ont été considérés comme résidents malgré leur départ à l'étranger : les affaires *McFadyen*¹¹⁰, *Fisher*¹¹¹, *Collins*¹¹² et *Mullen*¹¹³ sont des cas où les contribuables avaient conservé beaucoup moins de liens au Canada que M. Shih n'en avait. Sur le plan de la politique fiscale et de l'équité, il n'y a aucune raison de traiter ces contribuables de façon différente.

Au cours des dernières années, un autre cas similaire à l'affaire *Shih* est parvenu au même résultat : dans l'affaire *Yoon*, on a conclu que la contribuable qui était restée dans son pays d'origine pour travailler était non résidente, malgré la présence au Canada de son conjoint, d'une maison, d'une voiture et d'un compte bancaire, et des visites fréquentes au Canada¹¹⁴. Cette situation semble assez fréquente, comme il ressort de ces remarques d'un avocat réputé de Toronto :

« As readers are aware, Canada has benefited tremendously from immigration over the past number of years. In today's modern world, it is not uncommon for families to immigrate to Canada as landed immigrants and then have one spouse return to his or her original country, for business or employment reasons. In fact, the Hong Kong community in Canada refers to this type of individual as an "astronaut" because of the numerous times such individual would travel back and forth between Canada and Hong Kong to visit family in Canada. As noted above, Revenue Canada has normally taken the position that if there is a family home in Canada, and if the spouse and dependent children reside in Canada, both spouses are considered resident in Canada for tax purposes¹¹⁵. »

Il semble que la position de l'ARC soit conforme à la politique fiscale. Le fait qu'un contribuable puisse immigrer au Canada afin que sa famille profite des avantages qui en découlent, tout en continuant lui-même à être non résident et à ne payer aucun impôt au Canada, apparaît clairement contraire à l'équité et à la politique fiscale.

¹¹⁰ *McFadyen*, précité, note 41.

¹¹¹ *Fisher*, précité, note 16.

¹¹² *Collins*, précité, note 25.

¹¹³ *Mullen*, précité, note 32.

¹¹⁴ *Yoon*, précité, note 54.

¹¹⁵ Jules LEWY, « But Is a Home a Residence? », *Tax Topics*, n° 1470, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 11 mai 2000.

Bien entendu, dans certains cas où le contribuable immigré au Canada, puis qu'il repart vivre à l'étranger en ne conservant aucun lien au Canada et qu'il cherche ensuite à être considéré comme résident canadien pour profiter de certains avantages comme le crédit d'impôt pour la taxe sur les produits et services (TPS) et la prestation fiscale canadienne pour enfants¹¹⁶, ou la déduction des frais de déménagement¹¹⁷, les tribunaux ont parfaitement raison de refuser de reconnaître la résidence.

Les tribunaux se fondent souvent sur l'idée répandue voulant qu'il soit difficile de cesser d'être un résident du Canada : une fois que le contribuable est considéré comme résident, on exige en pratique qu'il coupe tous les liens importants avec le Canada pour cesser de l'être. À l'inverse, le contribuable qui n'a jamais résidé au Canada peut créer beaucoup plus de liens avec le Canada, avant d'être considéré comme résident. Mais y a-t-il une raison valable à cette différence de traitement? Il semble qu'il n'en existe aucune, du moins dans les cas où le contribuable peut raisonnablement soutenir avoir une résidence ailleurs : il va de soi que le contribuable qui prétend avoir quitté le Canada mais sans pouvoir démontrer qu'il a établi une résidence ailleurs ne peut prétendre qu'il ne réside nulle part ; mais dans les cas où le contribuable a établi son mode de vie habituel et normal dans un autre pays, il est inéquitable qu'il ne puisse pas devenir non résident parce qu'il a gardé certains liens avec le Canada, alors qu'un autre contribuable qui n'a jamais résidé au Canada peut établir et conserver les mêmes liens au Canada, sans être considéré comme résident.

Une autre raison qui peut expliquer le traitement différent des personnes d'origine étrangère est que les tribunaux présument que ceux-ci ont un mode de vie plus « mobile » que les Canadiens, et sont plus susceptibles d'établir ou de conserver des liens de résidence dans un autre pays, en particulier dans leur pays d'origine, dont ils parlent la langue et où ils ont toujours vécu. Cela est sans doute vrai, mais sur le plan de la politique fiscale ce fait n'est pas pertinent. La question n'est pas de savoir si le contribuable est résident ou non de son pays d'origine, mais s'il est résident du Canada. Si lui et sa famille bénéficient des biens et services fournis par le gouvernement canadien à tous les résidents, il devrait être traité comme tel.

¹¹⁶ *Smith (2000)*, précité, note 39; *Nedelcu*, précité, note 53; *Manotas*, précité, note 53.

¹¹⁷ *Shao*, précité, note 53; *Zhan*, précité, note 53.

3.2. ÉVOLUTION DU CRITÈRE DE LA PRÉSENCE DU CONJOINT

La présence du conjoint au Canada, alors que le contribuable est à l'étranger, a toujours été considérée comme un critère important de détermination de la résidence. Cependant, compte tenu de l'évolution des relations de couple et des différents modes de vie, ce critère est-il toujours pertinent, et est-il toujours appliqué de la même façon?

Dans la jurisprudence plus ancienne, avant les années 1960, la présence du conjoint était considérée comme un lien très important. Dans l'arrêt *Thomson*, la Cour suprême avait souligné que M^{me} Thomson accompagnait toujours son mari lorsqu'il venait s'installer dans sa maison du Nouveau-Brunswick. Dans plusieurs cas où le contribuable travaillait à l'extérieur du Canada sur un navire¹¹⁸, une plate-forme de forage¹¹⁹ ou dans un autre pays¹²⁰, le facteur déterminant pour le considérer comme résident fut le fait que sa conjointe et ses enfants vivaient au Canada. À l'inverse, dans l'arrêt *Beament*¹²¹, le fait que le contribuable s'était marié en Angleterre durant la guerre et y avait vécu pendant six ans avec son épouse et ses enfants fut considéré comme déterminant pour conclure qu'il était devenu non résident.

En 1962, avec l'affaire *Schujahn c. MRN*¹²², apparut une première exception au principe selon lequel le contribuable était résident canadien si sa conjointe était présente au Canada. Dans l'affaire *Schujahn*, un citoyen américain avait été transféré au Canada pour son emploi. Il avait déménagé à Toronto avec sa femme et son enfant et y avait acheté une maison, devenant résident canadien. Trois ans plus tard, il avait de nouveau été transféré par son employeur aux États-Unis. Il avait quitté le Canada en août 1957 pour se réinstaller aux États-Unis, où il avait effectué plusieurs démarches pour établir sa résidence, mais son épouse était demeurée à Toronto dans le but de vendre la maison, ce qui était plus facile si la maison restait occupée. La maison fut vendue en février 1958, et l'épouse du contribuable put aller le rejoindre. La Cour de l'Échiquier conclut que le contribuable était devenu

¹¹⁸ *MacDonald c. MRN*, 68 D.T.C. 433 (C.A.I.).

¹¹⁹ *Lee*, précité, note 30.

¹²⁰ *Russel c. MRN*, 49 D.T.C. 536 (C. de l'É.).

¹²¹ *Beament*, précité, note 37.

¹²² 62 D.T.C. 1225 (C. de l'É.) (« *Schujahn* »).

non résident dès son départ en août 1957, car la présence de sa conjointe au Canada visait uniquement à rompre les liens de résidence avec le Canada :

« From the evidence, I am satisfied that the only reason why the appellant's wife and son remained in Toronto until February 1958 was for the sole purpose of insuring the sale of the house and that the retaining of two bank accounts, one for the mortgage payments and the other for his wife's household expenses, as well as the use of one of his cars by his wife, was a logical consequence of the necessary means taken by him to sell his house in Toronto.

[...]

Had the retention of the house in Toronto and the fact that the appellant's wife and child remained there been indicative of something other than that of wishing to sell the house without sustaining too great a loss, I would be inclined to hold as a matter of fact that the appellant had two residences for taxation purposes, one in Toronto and another in Minneapolis, U.S.A. However, such is not the case, indeed from the evidence it appears that as of August 2, 1957 the house in Toronto became, as far as the appellant is concerned, merely a house to sell and his wife and son remained there for that sole purpose, departing as soon as it was sold¹²³. »

Malheureusement, la Cour crut bon de souligner qu'en l'espèce, il s'agissait d'un résident et citoyen américain qui avait été envoyé au Canada par son employeur pour mettre sur pied la filiale canadienne de la compagnie. Est-ce à dire que la même conclusion ne peut s'appliquer à une situation similaire, si le contribuable a toujours résidé au Canada?

Heureusement non, comme en témoigne l'affaire *Bergelt c. MRN*¹²⁴. Le contribuable, ayant toujours résidé au Canada, avait été transféré en Californie par son employeur pour un poste permanent. Il avait quitté le Canada en septembre 1980, avait coupé plusieurs liens avec le Canada et en avait établi aux États-Unis. Son épouse était cependant restée dans la maison de Toronto afin de superviser les travaux de rénovation déjà entamés et la vente de la maison. Cependant, avant que la maison puisse être vendue, l'employeur de M. Bergelt avait décidé de le rapatrier et celui-ci était revenu en 1981. La Cour fédérale a néanmoins décidé qu'il était non résident pour une partie de l'année, de septembre à décembre 1980.

¹²³ *Id.*, 1228-1229.

¹²⁴ 86 D.T.C. 6063 (C.F. 1^{re} inst.)

Dans l'affaire *Griffiths*¹²⁵, la Cour fédérale a établi que lorsque le contribuable est séparé de fait de son épouse, celle-ci n'est plus considérée comme un lien de résidence pour lui. Dans cette affaire, après sa retraite, M. Griffiths avait décidé de partir vivre sur son voilier aux îles Vierges, et s'était séparé à l'amiable de son épouse. Celle-ci avait vendu la maison et s'était acheté un condominium où elle habitait seule, et où le contribuable lui rendait visite à l'occasion. Même s'ils n'étaient pas séparés légalement ni divorcés, le tribunal a conclu que l'appartement de madame n'était pas une « résidence matrimoniale » et que la séparation amicale n'avait ni plus ni moins d'effet sur la résidence qu'une séparation légale.

Jusqu'aux années 2000, le critère de la présence du conjoint au Canada était donc toujours très fort, malgré la reconnaissance de certaines exceptions dans des cas particuliers. Toutefois, comme il en a été question plus haut dans cet article, cinq décisions depuis la fin des années 1990 ont conclu que le contribuable était non résident, malgré la présence au Canada de son conjoint¹²⁶. Les affaires *Shih* et *Yoon* ont été analysées ci-dessus à la section 3.1. Bien qu'elles s'expliquent principalement par l'origine étrangère des contribuables et par le fait qu'il s'agissait de cas d'arrivée au Canada plutôt que de départs, elles illustrent néanmoins la diminution de l'importance des liens familiaux dans l'établissement de la résidence. Il semble que les tribunaux se montrent plus ouverts à l'idée qu'un couple ou une famille puisse vivre à distance, de façon normale et habituelle.

Cette façon plus moderne de considérer les relations de couple non traditionnelles semble avoir également influencé le résultat dans l'affaire *Boston*¹²⁷. Le contribuable était parti travailler en Malaisie pendant sept ans, alors que son épouse avait continué à vivre dans la maison familiale au Canada. Il avait conservé plusieurs liens au Canada, en plus de la maison : un compte bancaire, un REÉR, des investissements, l'adhésion à une association professionnelle. Par contre, il avait établi de nombreux liens de résidence en Malaisie et il y était resté jusqu'à sa retraite, après quoi il était revenu vivre au Canada. Les visites au Canada pendant son absence avaient été très rares, son épouse lui rendait plus souvent visite en Malaisie. Le juge commente ainsi les liens du contribuable au Canada :

¹²⁵ *Griffiths*, précité, note 83.

¹²⁶ *Boston*, précité, note 42; *Shih*, précité, note 33; *Kadrie*, précité, note 53; *Yoon*, précité, note 54; *Song*, précité, note 53.

¹²⁷ *Boston*, précité, note 42.

« L'appelant entretenait des liens étroits avec le Canada parce que sa femme continuait à habiter dans la maison familiale, à Edmonton, et qu'il avait trois fils adultes qui vivaient au Canada, mais en fait il n'est pas revenu au Canada en 1989 ou en 1991 et il n'y est revenu que pendant 14 jours dans chacune des années 1990 et 1992. Si j'applique au cas de l'appelant les remarques précises que le juge Rand a faites dans l'arrêt *Thomson*, je conclus qu'après 1988, l'appelant avait établi, maintenu ou axé son mode ordinaire de vie en Malaisie avec tous les éléments qui s'y rattachent au point de vue des relations sociales, des intérêts et des commodités¹²⁸. »

Le juge Mogan¹²⁹ insiste sur la longue durée de l'absence du contribuable et sur la rareté de ses visites au Canada :

« La jurisprudence nous enseigne depuis longtemps que la résidence et le domicile sont deux choses tout à fait différentes. Une personne peut être domiciliée dans un endroit particulier sans y être physiquement présente. Toutefois, pour résider dans un endroit particulier, il faut habituellement qu'elle y soit présente à certains moments. Pendant les quatre années ici en cause, l'appelant n'a été présent au Canada que brièvement. En fait, il n'a été présent au Canada que pendant 14 jours en 1990 et pendant une autre période de 14 jours en 1992. En 1989 ou en 1991, il n'est pas venu au Canada. Si, comme le juge Rand l'a fait remarquer dans le jugement *Thomson*, il faut faire une distinction entre la "résidence" d'une part et un "séjour" ou une "visite" d'autre part, je crois qu'en ce qui concerne les années 1990 et 1992, il peut être plus exact de considérer que l'appelant a visité le Canada. Je conclus que de 1989 à 1992, l'appelant ne résidait pas au Canada¹³⁰. »

Cette affaire semble être une décision isolée. Bien que le contribuable fût d'origine étrangère, étant né au Royaume-Uni, il était résident du Canada depuis 20 ans et ce fait ne semble pas avoir influencé le tribunal. Par ailleurs, la durée de l'absence ou la rareté des visites n'ont jamais été considérées dans aucune autre décision comme étant des facteurs plus importants que la présence du conjoint et d'une maison au Canada.

Dans l'affaire *Kadrie*¹³¹, analysée plus haut, le contribuable vivait au Koweït alors que son épouse et ses enfants étaient au Canada. Il s'agissait toutefois d'une situation exceptionnelle et involontaire découlant de la guerre au Koweït, ainsi que des lois de ce pays qui empêchaient sa conjointe de retourner y vivre malgré tous les efforts du contribuable. Il s'agit d'un cas

¹²⁸ *Id.*, par. 21.

¹²⁹ Soit dit en passant, il s'agit du même juge que dans l'affaire *Shih*, précité, note 33.

¹³⁰ *Boston*, précité, note 42, par. 26.

¹³¹ *Kadrie*, précité, note 53.

d'exception qui pourrait être assimilé à l'affaire *Shujahn*, plutôt qu'un exemple de couple moderne vivant à distance par choix.

Enfin, dans l'affaire *Song*¹³², c'est véritablement par choix que la contribuable vivait séparément de son mari, même s'ils continuaient à former un couple uni. La contribuable, originaire de Chine, vivait au Japon depuis 1997 avec son mari et ses enfants. De 2001 à 2004, la contribuable et son mari avaient vécu séparément, tout en maintenant la relation : elle était restée au Japon avec les enfants afin de poursuivre des études de doctorat, alors que son conjoint était retourné en Chine, puis était allé étudier au Canada. En 2006, ils avaient tous les deux obtenu la résidence permanente au Canada : son mari s'y était installé dans un appartement à Vancouver, mais après une courte visite elle était retournée au Japon avec ses enfants afin de passer son doctorat. En septembre 2008, elle vint s'établir définitivement avec son mari au Canada. La Cour canadienne de l'impôt conclut qu'elle n'était pas devenue résidente avant septembre 2008, puisque son mode de vie habituel était centralisé au Japon.

Bien que cette décision apparaisse similaire aux affaires *Shih* et *Yoon*, elle semble mieux fondée : dans ce cas, la contribuable n'avait effectivement aucun lien avec le Canada, hors de la présence de son mari. Elle n'avait pas de maison ou d'appartement disponible, car la preuve démontrait que le mari partageait son appartement avec des colocataires, et elle n'avait aucun autre lien secondaire avec le Canada. Les enfants vivaient avec elle au Japon et y fréquentaient l'école et la garderie. Il faut souligner également que, dans cette affaire, c'est la contribuable qui prétendait avoir le statut de résidente, car elle réclamait la prestation fiscale canadienne pour enfants. Sur le plan de la politique fiscale, cette décision apparaît équitable et bien fondée.

L'analyse de ces décisions démontre que la conception moderne de la famille et du couple fait en sorte qu'un contribuable puisse aujourd'hui vivre séparément de son conjoint, dans certaines circonstances, et être considéré comme non résident alors que son conjoint réside au Canada. Néanmoins, dans la majorité des cas, lorsque le contribuable est à l'extérieur du pays uniquement pour travailler et que sa famille demeure au Canada, il sera considéré comme résident canadien¹³³. Il faut s'assurer que la politique fiscale et l'équité sont respectées dans tous les cas.

¹³² *Song*, précité, note 53.

¹³³ *Ferguson*, précité, note 45; *Wassick*, précité, note 40; *Guo*, précité, note 45; *Allchin*, précité, note 52; *Mulja*, précité, note 52; *Barton*, précité, note 52; *Bensouilah*, précité, note 55.

CONCLUSION

La politique fiscale qui sous-tend le choix de la résidence comme critère d'assujettissement à l'impôt est le fait que les résidents bénéficient, directement ou indirectement, des biens et services fournis par l'État. La jurisprudence récente est-elle compatible avec cette politique fiscale? Effectuons d'abord une synthèse des principes appliqués par les tribunaux, avant de répondre à cette question.

La jurisprudence moderne applique toujours la définition de résidence établie dans l'arrêt *Thomson* et les principes de détermination de la résidence issus de la jurisprudence classique des affaires *Thomson* et *Reeder*. La notion de résidence habituelle est appliquée de façon large et varie en fonction des circonstances, mais les critères sont relativement stables et prévisibles.

La durée de l'absence, pour les résidents canadiens qui quittent pour une période et reviennent au Canada, n'est généralement pas significative. Par contre, l'intention du contribuable de quitter le Canada définitivement doit être démontrée par les faits, faute de quoi les tribunaux concluent systématiquement au maintien du statut de résident. Les visites au Canada, lorsqu'elles sont fréquentes et régulières, sont un critère déterminant de résidence; toutefois, des visites rares ou inexistantes n'empêchent pas une conclusion de résidence, en présence d'autres liens importants.

Les liens importants, soit un logement disponible au Canada, la présence du conjoint et celle des enfants à charge, sont déterminants quant à la résidence. En particulier, le fait d'avoir un logement disponible entraîne presque automatiquement une conclusion de résidence. La présence du conjoint au Canada est moins déterminante, son poids étant fonction des circonstances. Cependant, les enfants à charge constituent un lien de résidence très fort, sauf si les parents sont séparés ou divorcés.

Les liens secondaires sont très peu significatifs et les tribunaux ne fondent jamais leur conclusion sur ces liens. Il est étonnant que les tribunaux et l'ARC insistent pour les souligner, et parfois pour les analyser longuement, alors que leur présence ou leur absence n'a aucun effet réel sur le résultat: lorsque les liens secondaires sont accompagnés de liens importants, ils ne font que renforcer la conclusion de résidence, mais lorsque, au contraire, les liens importants sont absents, le juge écarte les liens secondaires ou leur donne un poids très faible, pour parvenir à sa conclusion de non-résidence. Ainsi, dans la quasi-totalité des cas, le résultat de la décision est prévisible simplement en examinant les liens importants, indépendamment des liens secondaires.

Quant aux liens avec l'autre État, l'article a démontré que les tribunaux leur accordent un poids considérable. Alors qu'en théorie, il s'agit seulement de savoir si le contribuable peut soutenir avoir une autre résidence, puisqu'il doit résider quelque part, l'analyse porte en réalité sur la question de savoir avec quel pays le contribuable a le **plus** de liens. Les tribunaux se montrent très réticents à conclure à la double résidence, et il faut en pratique démontrer que les liens sont plus forts avec l'autre pays qu'avec le Canada, afin d'être considéré comme non résident.

Quant à la question de savoir si les décisions récentes des tribunaux sont compatibles avec la politique fiscale, de façon générale, nous pouvons répondre que oui. En effet, un contribuable qui détient des liens importants avec le Canada, comme un logement disponible ou un conjoint et des enfants à charge qui demeurent au Canada, bénéficie en général des biens et services fournis par le gouvernement. Il en va de même des contribuables qui quittent le Canada de façon temporaire, et ceux qui y effectuent des visites fréquentes et régulières. Il est également raisonnable que le maintien de liens secondaires, surtout les liens économiques, n'entraîne pas le maintien de la résidence, puisque ces contribuables ne bénéficient pas des biens et services fournis par le gouvernement aux résidents.

Toutefois, l'application des critères aux contribuables qui immigreront au Canada n'est pas toujours conciliable avec la politique fiscale. Lorsque le contribuable détient des liens importants au Canada, comme une maison, et que son conjoint et ses enfants y vivent, il est clair que le contribuable bénéficie des biens et services fournis par l'État. Le fait qu'il ait conservé des liens de résidence importants dans un autre pays ne devrait pas empêcher de le considérer comme résident canadien, puisqu'il peut avoir deux résidences.

Le critère de la présence du conjoint au Canada a beaucoup évolué au cours des dernières années. Il est permis de croire que les couples modernes sont appelés de plus en plus fréquemment à vivre dans des pays différents, compte tenu des exigences du travail dans un marché mondialisé et des moyens de communication et de transport du XXI^e siècle. En conséquence, nous sommes d'avis que le conjoint ne devrait pas être considéré comme un lien de résidence important, lorsque la relation à distance fait partie du mode de vie habituel du couple. Cela est compatible avec la politique fiscale : rien ne démontre que le contribuable qui réside à l'étranger bénéficie des biens et services fournis par le gouvernement canadien, bien que son conjoint vive et travaille au Canada, et qu'il bénéficie lui-même de ces biens et services.

Par contre, lorsque des enfants à charge s'ajoutent, la situation est différente. On ne saurait prétendre qu'un contribuable ne bénéficie pas des biens et services dont profitent ses enfants qui vivent au Canada, alors qu'il réside à l'étranger. L'éducation, les soins de santé et tous les autres bénéfices fournis par l'État directement aux enfants constituent un bénéfice indéniable pour tout parent qui aime ses enfants et qui souhaite qu'ils soient instruits, en santé et en sécurité.

Serait-il pertinent que le législateur apporte des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu*? Par exemple, devrait-il codifier les critères de détermination de la résidence de fait? Ces critères établis par la jurisprudence sont bien connus et relativement prévisibles. Il ne serait pas très utile d'introduire dans la loi une liste de critères, exhaustive ou non, dont les tribunaux peuvent ou doivent tenir compte pour déterminer la résidence de fait : ces critères seraient vraisemblablement les mêmes que ceux que les tribunaux appliquent actuellement, et ceux-ci demeureraient libres d'accorder le poids qu'ils désirent aux différents critères en fonction des circonstances. Il ne serait donc pas très pertinent d'introduire dans la loi une définition de « résident » pour codifier la notion de résident de fait ou de résident habituel, car la définition jurisprudentielle respecte actuellement la politique fiscale, de façon générale.

On pourrait également se questionner sur l'opportunité d'introduire des modifications législatives visant à augmenter le niveau de certitude et de prévisibilité quant au statut de résident. En effet, la notion de résidence de fait, par sa nature même, recèlera toujours une part d'imprécision. Cependant, la seule façon d'éliminer cette imprécision de façon législative serait d'éliminer la résidence de fait et de ne conserver que la résidence réputée. Or, comme le disait déjà le rapport Carter à cet égard, « pour atteindre à une plus grande certitude au moyen de règles statutaires, il faudrait verser dans l'arbitraire »¹³⁴. En outre, le degré d'incertitude n'est pas démesuré, puisque l'analyse effectuée ci-dessus démontre que le résultat est prévisible dans la très grande majorité des cas.

Une autre question qui pourrait être soulevée est la pertinence d'introduire dans la loi une nouvelle présomption de résidence réputée, lorsque le contribuable détient le statut de résident permanent au sens de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹³⁵. Une telle présomption

¹³⁴ COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LA FISCALITÉ, précité, note 11.

¹³⁵ Précité, note 34.

réglerait de façon législative les cas similaires à l'affaire *Shih*¹³⁶, c'est-à-dire les immigrants qui obtiennent le statut de résident permanent au Canada mais retournent travailler dans leur pays tout en demeurant non résidents aux fins fiscales et en ne payant aucun impôt au Canada, pendant que leur conjoint vit au Canada avec les enfants mais ne travaille pas et ne paie pas d'impôt au Canada, et bénéficie des biens et services fournis par l'État canadien. Toutefois, cette modification législative ne réglerait pas les cas similaires à l'affaire *Yoon*¹³⁷, où le contribuable a obtenu la citoyenneté canadienne avant de retourner dans son pays d'origine, ni les cas comme celui de l'affaire *Song*¹³⁸, où c'est le contribuable qui réclame la résidence canadienne afin d'obtenir des prestations fiscales, alors qu'il détient le statut de résident permanent mais n'a aucun lien au Canada. Par conséquent, une plus grande vigilance des tribunaux dans l'application des critères, en tenant compte de l'équité et de la politique fiscale, serait un moyen plus approprié qu'une modification législative pour régler ce problème spécifique.

Il sera intéressant d'observer l'évolution de la jurisprudence au cours des prochaines années, en particulier en raison de la multiplication prévisible des cas de conjoints travaillant à l'étranger, et des situations d'immigrants « astronautes » qui font la navette entre le Canada et leur pays d'origine. Souhaitons que les tribunaux continuent d'appliquer les critères de façon relativement prévisible, tout en tenant compte des réalités du monde actuel, de l'équité entre les contribuables qui arrivent au Canada et ceux qui le quittent, ainsi que de la politique fiscale sous-jacente à la notion de résident.

¹³⁶ *Shih*, précité, note 33.

¹³⁷ *Yoon*, précité, note 54.

¹³⁸ *Song*, précité, note 53.

ANNEXE 1

Contribuables résidents canadiens – 1989-2011

Nom	Origine	Départ/ Arrivée	Années d'absence	Intention de retour	Visites au Canada	Liens importants au Canada			Liens secondaires au Canada
						Logement	Conjoint	Enfants	
<i>Allichin</i>	CAN	DÉP			RÉG	✓	✓	✓	e, k, l
<i>Barton</i>	CAN	DÉP	4		RÉG	✓	✓	✓	g, i, k, l
<i>Bensouilah</i>	ETR	DÉP	3		OCC	✓	✓	✓	b, c, g, k, o
<i>Bujnowski</i>	CAN	DÉP	1	OUI	RÉG	✓	✓		b, c, d, g, h, i, l, n, o
<i>Collins</i>	CAN	DÉP	5	OUI	RÉG				a, c, d, g, i, k, n, o
<i>Denisov</i>	ETR	DÉP	3		RÉG	✓			b, c, g, i, k, l, o
<i>Dorosh</i>	CAN	DÉP			RÉG	✓	✓	✓	c, d, g, k, l
<i>Ferguson</i>	CAN	DÉP	4	OUI	RÉG	✓	✓		c, e, l, n
<i>Filipek</i>	CAN	DÉP	5		RÉG				g, h, i
<i>Fisher</i>	CAN	ARR	8		RÉG	✓			a, b, e, g, i, l, m, o
<i>Gaudreau</i>	CAN	DÉP	3,5	OUI	OCC	✓			b, c, f, g, h, i, k, o
<i>Glow</i>	CAN	DÉP	1,5	OUI	NON	✓			c, d, g, h, i, k
<i>Guo</i>	ETR	DÉP	1	OUI	RÉG	✓	✓	✓	b, g, j, k, m
<i>Hauser</i>	CAN	DÉP	4		RÉG	✓			d, f, g
<i>Huh</i>	ETR	DÉP	7		RÉG	✓			g, k
<i>Johnson</i>	CAN	DÉP	3	OUI	OCC	✓			a, c, h, i, l, o
<i>Lee</i>	ETR	ARR			RÉG	✓	✓		g
<i>Lightburn</i>	CAN	DÉP			RÉG	✓	✓		f, i, l
<i>Mazerolle</i>	CAN	DÉP	4	OUI	RÉG	✓		✓	g, l, m
<i>McFadyen</i>	CAN	DÉP	3	NON	OCC	✓			a, c, g, h, i, l, n
<i>Minin</i>	CAN	DÉP	1	OUI	RÉG	✓		✓	i, k
<i>Mulja</i>	ETR	DÉP	3,5		RÉG	✓	✓	✓	b, c, g, h, i, l, m, o
<i>Mullen</i>	CAN	DÉP	8		OCC	✓			b, c, g, i, k, l
<i>Perlman</i>	CAN	DÉP	16	OUI	OCC	✓			c, g, h, i, k, o
<i>Smith (1991)</i>	CAN	DÉP	3	OUI	RÉG	✓	✓	✓	
<i>Snow</i>	CAN	DÉP	2		OCC	✓			g, h, i, j, l
<i>Wassick</i>	CAN	DÉP	5	OUI	RÉG	✓	✓		b, g, i, k, l, m, n, o

1. L'affaire *Allichin* est classée dans les résidents car la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la contribuable était résidente de fait. La Cour d'appel fédérale a ultérieurement renvoyé la cause en Cour canadienne de l'impôt pour que celle-ci tranche la question selon la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, en raison de la double résidence (la contribuable détenait un permis de résident permanent, ou *green card* aux États-Unis), mais cela ne change pas la conclusion sur la résidence de fait au Canada.
2. Une autre affaire, *Salt v. La Reine*, 2007 CCI 118, n'a pas été incluse dans les tableaux, car la juge a refusé de trancher la question de la résidence de fait, étant d'avis que, de toute façon, le contribuable était non résident en vertu de la *Convention fiscale entre le Canada et l'Australie*.
3. Les liens secondaires au Canada sont les suivants :
 - a. Maison au Canada non disponible (louée à un tiers)
 - b. Véhicule automobile
 - c. Meubles
 - d. Vêtements
 - e. Associations, clubs
 - f. Emploi
 - g. Compte bancaire
 - h. REER
 - i. Carte de crédit
 - j. Statut de résident permanent
 - k. Assurance maladie
 - l. Permis de conduire
 - m. Immatriculation d'un véhicule
 - n. Association professionnelle
 - o. Passeport canadien

ANNEXE 2

Contribuables non résidents canadiens – 1989-2011

Nom	Origine	Départ/ Arrivée	Années d'absence	Intention de retour	Visites au Canada	Liens importants au Canada			Liens secondaires au Canada
						Logement	Conjoint	Enfants	
Boston	ETR	DÉP	7		OCC	✓	✓		a, g, h, n.
Endres	CAN	DÉP			OCC	✓			a, g, i
Gupta	ETR	ARR			OCC	✓			g, j
Hamel	CAN	DÉP			OCC				g, h, i, o
Harris-Eze	ETR	DÉP	3	OUI	OCC				g, i, j, l, m, n
Kadrie	CAN	ARR			OCC	✓	✓	✓	g, i, k, l, o
Laurin	CAN	DÉP	7		OCC				g, h, i, n, o
Mahmood	ETR	ARR			RÉG	✓			b, g, i.
Manotas	ETR	DÉP	10	NON	OCC				c, d, g, h, l
Nedelcu	ETR	DÉP	10	NON	OCC				
Nicholson	CAN	DÉP	1,5	NON	OCC			✓	a, g, h, k, l
Pearson	CAN	DÉP			OCC				
Peel	CAN	DÉP	1	NON	NON				b, g, i, l
Revah	CAN	DÉP		NON	OCC				g, h
Shao	ETR	ARR	6		OCC				g, h, n
Shih	ETR	ARR			OCC	✓	✓	✓	b, g, j, k, l, m
Smith (2000)	ETR	DÉP	4		OCC			✓	g, l
Song	ETR	ARR			OCC		✓		j
Yoon	ETR	ARR			RÉG	✓	✓		b, g
Zhan	ETR	ARR	6		OCC				

1. Dans l'affaire *Smith (2000)*, le contribuable avait sept enfants, dont six vivaient avec lui et sa seconde épouse en Guyane, et l'autre au Canada avec son ex-épouse.

2. Les liens secondaires au Canada sont les suivants :

- a. Maison au Canada non disponible (louée à un tiers)
- b. Véhicule automobile
- c. Meubles
- d. Vêtements
- e. Associations, clubs
- f. Emploi
- g. Compte bancaire

- h. REÉR
- i. Carte de crédit
- j. Statut de résident permanent
- k. Assurance maladie
- l. Permis de conduire
- m. Immatriculation d'un véhicule
- n. Association professionnelle
- o. Passeport canadien

L'EXERCICE DE LA MÉDECINE EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS AU QUÉBEC – UN TOUR D'HORIZON CIVIL ET FISCAL



Valérie Ménard

CA, LL.M. fisc.

Hardy, Normand & Associés, s.e.n.c.r.l.

PRÉCIS

Le présent article traite des questions à aborder, des précautions à prendre et des possibilités de planification qui sont appropriées lorsque des médecins désirent constituer en personne morale leur pratique professionnelle au Québec conformément au *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société*.

ABSTRACT

This paper reviews the main questions that may arise while incorporating a medical practice in Quebec according to the *Regulation respecting the practice of the medical profession within a partnership or a company*. It also outlines the precautions to be taken in order to avoid unfavourable tax consequences, and describes planning opportunities in order to optimize the corporate structure.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	67
1. PARTICULARITÉS D'UNE SOCIÉTÉ PROFESSIONNELLE DE MÉDECIN	68
1.1. DEUX MODES DE PRATIQUE POSSIBLES	68
1.2. EXIGENCES DU <i>CODE DES PROFESSIONS</i> ET DU <i>RÈGLEMENT SUR L'EXERCICE DE LA PROFESSION MÉDICALE EN SOCIÉTÉ</i>	68
1.2.1. Nature des activités de la société professionnelle de médecin	69
1.2.2. Dénomination sociale	71
1.2.3. Exigences quant à la détention des actions de la société professionnelle.....	73
1.2.4. Exigences quant à la composition du conseil d'administration.....	74
1.2.5. Garantie de responsabilité professionnelle	75
1.3. AUTRES EXIGENCES DU COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC.....	75
1.4. OUVERTURE D'UN COMPTE AUPRÈS DE LA RÉGIE DE L'ASSURANCE MALADIE DU QUÉBEC	76
1.5. PRATIQUE EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS ET RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN	76
1.6. EXISTENCE PERPÉTUELLE DE LA SOCIÉTÉ	79
1.7. PERSONNALITÉ JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS ET PATRIMOINE PROPRE	80
1.8. POSSIBILITÉ DE CÉDER LES ACTIONS ET DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL	80
1.9. NOUVELLES POSSIBILITÉS DE RÉMUNÉRATION GRÂCE AU CAPITAL-ACTIONS	81
2. IMPOSITION DES REVENUS TIRÉS DE L'EXERCICE DE LA MÉDECINE	81
2.1. MÉDECINS EMPLOYÉS OU TRAVAILLEURS AUTONOMES?	81
2.2. EXPLOITATION DE L'ENTREPRISE PAR LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS OU PAR LE PROFESSIONNEL?	83
2.3. RÉMUNÉRATION DU PROFESSIONNEL SOUS FORME DE SALAIRE : EST-CE UNE OBLIGATION?	85
2.4. PRÉCAUTIONS À PRENDRE LORS DE L'ORGANISATION DES AFFAIRES DE L'ENTREPRISE	87
2.5. EXERCICE DE LA PROFESSION MÉDICALE EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS ET ACCÈS AUX TAUX D'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS	88

2.6.	CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS POUR L'EXERCICE DE LA PROFESSION MÉDICALE : UN MOYEN DE DÉJOUER L'INTÉGRATION	90
2.7.	DÉDUCTION ACCORDÉE AUX PETITES ENTREPRISES : UN AVANTAGE MULTIPLIÉ POUR LES ANCIENS ASSOCIÉS D'UNE SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF?	91
2.8.	CHOIX POSSIBLE D'UNE FIN D'EXERCICE AUTRE QUE LE 31 DÉCEMBRE	94
3.	STRUCTURE PROPOSÉE LORS DE LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS PROFESSIONNELLE	96
3.1.	DÉTENTION DES ACTIONS	96
3.2.	TRANSFERT DES BIENS ET DE L'ACHALANDAGE DU MÉDECIN À LA SOCIÉTÉ PROFESSIONNELLE	97
3.3.	PRÉSENCE D'UNE SOCIÉTÉ DE GESTION AU SEIN DE LA STRUCTURE PROPOSÉE	100
3.4.	TRANSFERT DE BIENS À LA SOCIÉTÉ DE GESTION	102
3.5.	PRÉSENCE D'UNE FIDUCIE FAMILIALE DISCRÉTIONNAIRE AU SEIN DE LA STRUCTURE PROPOSÉE	107
3.6.	ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES.....	111
4.	DÉPENSES ENGAGÉES DANS L'EXERCICE DE LA PROFESSION	113
4.1.	RÉMUNÉRATION DU MÉDECIN ET FRACTIONNEMENT DES REVENUS.....	114
4.1.1.	Salaire, dividendes et prestation consécutive au décès.....	114
4.1.2.	Salaire au conjoint.....	115
4.1.3.	Régime de retraite individuel	116
4.2.	DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE BUREAU À DOMICILE	116
4.3.	FRAIS DE DÉPLACEMENT ENGAGÉS DANS LE CADRE DE L'EXERCICE DE LA MÉDECINE	118
4.4.	FRAIS DE REPRÉSENTATION, DIVERTISSEMENT ET EXERCICE DE LA MÉDECINE	120
4.5.	FRAIS DE FORMATION ET DE CONGRÈS	122
4.6.	COTISATIONS PROFESSIONNELLES ET ASSURANCE RESPONSABILITÉ PERSONNELLE	124
4.7.	PRIMES D'ASSURANCES SUPPORTÉES PAR LES SOCIÉTÉS	124
4.8.	HONORAIRES PROFESSIONNELS ET COÛTS LIÉS À LA MISE EN PLACE DE LA STRUCTURE	126
	CONCLUSION	128

INTRODUCTION

Les discussions sur la constitution en société par actions des professionnels remontent à des décennies. En effet, l'une des priorités de l'Office des professions du Québec pour 1977-1978 consistait à établir la nature et le fondement des obstacles juridiques qui existaient alors pour interdire aux professionnels d'exercer leur profession en société à responsabilité limitée¹. Déjà à cette époque, l'exercice d'une profession par une société était permis dans la presque totalité des États américains et en Alberta². Ce n'est toutefois que le 21 juin 2001, lors de l'adoption du Projet de loi 169³, que l'Assemblée nationale du Québec modifiait le *Code des professions*⁴ et permettait aux ordres professionnels de revoir leurs règlements afin d'autoriser leurs membres à exercer leurs activités professionnelles au sein soit d'une société en nom collectif à responsabilité limitée (« SENCRL ») soit d'une société par actions. Notons qu'il ne s'agissait que d'une loi-cadre qui laissait à chaque ordre professionnel le soin d'autoriser et d'encadrer l'exercice de leur profession en société. Il y avait donc loin de la coupe aux lèvres pour les professionnels. C'est en 2004 que les avocats et les comptables agréés se sont prévalus les premiers des nouvelles dispositions du *Code des professions*. Quant aux médecins du Québec, ils ont dû faire preuve d'encore plus de patience. Ce n'est que le 22 mars 2007, alors que le *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société*⁵ est entré en vigueur, qu'ils ont obtenu cette autorisation.

L'objet du présent texte est de faire le tour des questions à aborder, des précautions à prendre et des possibilités de planification touchant les médecins désireux de constituer en personne morale leur pratique professionnelle au Québec conformément au *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société*.

¹ QUÉBEC, Bibliothèque nationale du Québec, *Le discours de l'Office des professions du Québec de 1973 à 1987*, chap. 5, p. 62 (citant un discours de M^e René Dussault au congrès de l'Institut canadien des comptables agréés, Bermudes, 8 septembre 1977).

² *Id.*

³ *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*, L.Q. 2001, c. 34 (« Projet de loi 169 »).

⁴ L.R.Q., c. C-26.

⁵ R.R.Q., c. M-9, r. 21 (« *Règlement sur l'exercice de la profession médicale* »).

1. PARTICULARITÉS D'UNE SOCIÉTÉ PROFESSIONNELLE DE MÉDECIN

1.1. DEUX MODES DE PRATIQUE POSSIBLES

Deux modes d'organisation juridique sont propres à la pratique des professionnels en général : les SENCRL et les sociétés par actions.

Les SENCRL sont des sociétés de personnes en nom collectif (« SENC ») traditionnelles, additionnées de règles particulières quant à la responsabilité des associés. Essentiellement, le *Code des professions* précise que la SENCRL obéit aux règles de la SENC sous réserve des dispositions particulières qu'il prévoit⁶.

Le présent texte traitera uniquement des sociétés par actions. La société par actions réservée aux professionnels (« société professionnelle ») est en réalité un véhicule hybride. Il s'agit d'une personne morale assortie de règles particulières quant à la responsabilité du membre de l'ordre qui y exerce sa profession.

1.2. EXIGENCES DU CODE DES PROFESSIONS ET DU RÈGLEMENT SUR L'EXERCICE DE LA PROFESSION MÉDICALE EN SOCIÉTÉ

Selon le *Code des professions*, les membres d'un ordre professionnel peuvent exercer leurs activités au sein d'une société par actions si les conditions suivantes sont réunies :

« 1. Le Conseil d'administration de l'ordre autorise, par règlement pris en application du paragraphe *p* de l'article 94, les membres de l'ordre à exercer leurs activités professionnelles au sein d'une telle société et détermine, s'il y a lieu, les conditions et modalités ainsi que les restrictions suivant lesquelles ces activités peuvent être exercées;

2. les membres de l'ordre qui exercent leurs activités professionnelles au sein d'une telle société fournissent et maintiennent, pour cette société, une garantie contre leur responsabilité professionnelle conforme aux exigences prescrites dans un règlement pris par le Conseil d'administration de l'ordre en application du paragraphe *g* de l'article 93;

3. les membres de l'ordre qui exercent leurs activités professionnelles au sein d'une telle société le déclarent à l'ordre conformément aux conditions et

⁶ Art. 187.12 du *Code des professions*.

modalités prévues par règlement pris par le Conseil d'administration en application du paragraphe *h* de l'article 93⁷. »

On remarque que seules les conditions de base sont prévues au *Code des professions* et que le législateur a voulu donner une très grande latitude aux différents ordres professionnels lors de l'élaboration de leur règlement. Par conséquent, il est important de noter que les commentaires qui suivent s'appliquent aux médecins du Québec et ne peuvent être transposés à d'autres professionnels sans une analyse détaillée du règlement qui les régit.

1.2.1. Nature des activités de la société professionnelle de médecin

Le *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société* précise qu'il doit être prévu dans les statuts de la société par actions que celle-ci est constituée aux fins de l'exercice des activités professionnelles⁸. Est-ce à dire que seules des activités professionnelles peuvent être exercées par cette société par actions? Contrairement au *Règlement sur l'exercice de la pharmacie en société*⁹ qui prévoit qu'un pharmacien est autorisé à exercer sa profession au sein d'une société par actions dans la mesure où, en tout temps, la société est constituée exclusivement aux fins de l'exercice de la pharmacie, le *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société* n'exclut pas expressément l'exercice d'autres activités par la société par actions. Plus de précisions ont été prévues chez nos voisins ontariens; parmi les conditions à remplir par les sociétés professionnelles, la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario mentionne ce qui suit :

« Les statuts constitutifs de la société doivent prévoir que celle-ci ne peut exercer d'autres activités commerciales que l'exercice de la profession. Toutefois, la présente disposition n'a pas pour effet d'empêcher la société d'exercer les activités liées ou accessoires à l'exercice de la profession, y compris le placement de ses fonds excédentaires¹⁰. »

Cependant, dans une foire aux questions présentée sur son site Internet, le Collège des médecins du Québec affirme que la société peut exercer des activités qui sont accessoires ou connexes à ses activités professionnelles. Mais elles doivent découler de l'activité principale et lui demeurer

⁷ Art. 187.11 du *Code des professions*.

⁸ Art. 1 du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

⁹ R.R.Q., c. P-10, r.16, art. 4 (« *Règlement sur l'exercice de la pharmacie* »).

¹⁰ *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16 (« L.S.A.O. »), al. 3.2(2)5.

secondaires en matière d'efforts, d'investissements requis ou de revenus générés¹¹. Afin d'obtenir l'autorisation du Collège des médecins du Québec de pratiquer ses activités professionnelles par le biais d'une société par actions, le médecin doit présenter une déclaration de renseignements qui indique la nature des activités qui s'exercent au sein de la société¹². Ces renseignements sont par la suite mis à jour annuellement¹³. Par cette demande de renseignements, le Collège des médecins du Québec peut s'assurer que les activités exercées par ses membres cadrent toujours avec ses exigences.

Si peu de médecins envisagent d'exercer d'autres activités commerciales au sein de leur société professionnelle, certains pourraient souhaiter s'en servir pour effectuer des placements. Les activités liées à des placements pourraient augmenter rapidement en fonction des surplus accumulés dans la société. Or, le médecin n'est plus autorisé à exercer sa profession au sein d'une société par actions s'il est informé qu'il ne respecte pas les conditions prévues au *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société*¹⁴ ou au chapitre VI.3 du *Code des professions* et qu'il ne prend pas les mesures nécessaires pour s'y conformer dans les 15 jours. Il est donc prudent de recommander au médecin d'effectuer toutes les activités qui ne sont pas rattachées à l'exercice de la profession médicale par l'intermédiaire d'une autre société, à savoir une société de gestion où seront accumulés les fonds excédentaires de la société professionnelle. Perdre le droit d'exercer la médecine au sein de la société par actions professionnelle aurait des conséquences désastreuses puisque les revenus de profession seraient imposés entre les mains du médecin alors que les dépenses auraient été engagées par un autre contribuable, soit la société par actions professionnelle¹⁵.

¹¹ Voir le site Internet : COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, Foire aux questions, question 18 (en ligne : <http://www.cmq.org/fr/MedecinsMembres/Profil/Commun/FAQ/ExerciceSociete.aspx>).

¹² Par. 3(4°) du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

¹³ Art. 7 du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

¹⁴ Art. 8 du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

¹⁵ Voir à ce sujet la section 2.4. du présent texte.

1.2.2. Dénomination sociale

Comme c'est le cas pour toute société immatriculée selon la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec, la dénomination sociale retenue par le médecin ne doit pas :

« [...] 1° contrevenir aux dispositions de la Charte de la langue française (L.R.Q., chapitre C-11) ;

2° comprendre une expression que la loi réserve à autrui ou dont elle lui interdit l'usage ;

3° comprendre une expression qui évoque une idée immorale, obscène ou scandaleuse ;

4° indiquer incorrectement sa forme juridique ou omettre de l'indiquer lorsque la loi le requiert ;

5° laisser faussement croire qu'elle est un groupement sans but lucratif ;

6° laisser faussement croire qu'elle est une autorité publique déterminée par règlement du gouvernement ou qu'elle est liée à une telle autorité ;

7° laisser faussement croire qu'elle est liée à une autre personne ou à un autre groupement de personnes, notamment dans les cas et en tenant compte des critères déterminés par règlement du gouvernement ;

8° être identique à un nom réservé ou utilisé par une autre personne ou par un autre groupement de personnes au Québec, en tenant compte notamment des critères déterminés par règlement du gouvernement ;

9° prêter à confusion avec un nom réservé ou utilisé par une autre personne ou par un autre groupement de personnes au Québec, en tenant compte notamment des critères déterminés par règlement du gouvernement ;

10° être de toute autre manière de nature à induire les tiers en erreur [...]»¹⁶.

De même, si le nom retenu ne comprend pas le mot « compagnie » ou l'expression « société par actions », il doit comporter, à la fin, la mention « inc. », « s.a. » ou « ltée » afin d'indiquer qu'elle est une entreprise à responsabilité limitée¹⁷.

¹⁶ *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., c. S-31.1 (« L.S.A. »), art. 16.

¹⁷ Art. 20-21 L.S.A.

Si la société par actions a plutôt été constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la société ne pourrait être constituée ou prorogée, ou exercer une activité commerciale, ou encore s'identifier, sous une dénomination sociale qui soit prohibée, trompeuse ou réservée. Les termes « Limitée », « Limited », « Incorporée », « Incorporated », « Société par actions de régime fédéral » ou « Corporation », ou les abréviations correspondantes, doivent faire partie, autrement que dans un sens figuratif ou descriptif, de la dénomination sociale de la société¹⁸.

Qu'elle soit constituée selon la loi québécoise ou selon la loi fédérale, la société professionnelle doit aussi être immatriculée au Québec puisqu'elle exploite une entreprise au Québec et respecter à cet égard les exigences de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*¹⁹.

Bien que le médecin qui exerce sa profession au sein d'une société par actions soit autorisé à inscrire, dans le nom de la société ou à la suite de celui-ci, l'expression « société de professionnels régie par le *Code des professions* » ou le sigle « SPRCP »²⁰, il peut opter pour une dénomination sociale plus simple. À titre d'exemple, Société médicale D^r Untel inc., D^r Untel, spécialiste inc. ou D^r Untel et D^{re} Unetelle inc., médecins généralistes, sont acceptables puisque la *Loi médicale*²¹ mentionne que nul ne peut exercer la médecine sous un nom autre que le sien, mais qu'il est permis à des médecins d'exercer leur profession sous le nom d'un ou de plusieurs associés²². Les dénominations sociales numériques sont exclues d'office. Mentionnons enfin que l'article 88 du *Code de déontologie des médecins* du Québec interdit au médecin de faire, par quelque moyen que ce soit, une représentation fausse, trompeuse ou incomplète au public ou à une personne qui recourt à ses services, notamment quant à son niveau de compétence ou quant à l'étendue ou à l'efficacité de ses services et de ceux généralement assurés par les membres de sa profession²³.

¹⁸ *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C., ch. C-44, art. 10.

¹⁹ *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45, art. 2, par. 3°.

²⁰ Art. 16 du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

²¹ L.R.Q., c. M-9.

²² Art. 41 de la *Loi médicale*.

²³ *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., c. M-9, r. 17, art. 88.

1.2.3. Exigences quant à la détention des actions de la société professionnelle

D'entrée de jeu, le premier paragraphe de l'article 1 du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société* établit qu'un médecin peut exercer ses activités professionnelles au sein d'une société par actions si la totalité des droits de vote rattachés aux actions de la société est détenue :

- « a) soit par au moins un médecin;
- b) soit par une personne morale, une fiducie ou une entreprise dont les droits de vote rattachés aux actions ou aux parts sociales sont détenus en totalité par au moins un médecin;
- c) soit par une fiducie dont au moins 50 % des droits de vote rattachés aux titres de participation est détenu par des personnes visées aux sous-paragraphe *a* et *b* et au plus 50 % par un des seuls professionnels suivants : un administrateur agréé, un avocat, un comptable agréé, un comptable général accrédité, un comptable en management accrédité ou un notaire ;
- d) soit à la fois par des personnes, fiducies ou entreprises visées aux sous-paragraphe *a*, *b* ou *c*²⁴. »

Le médecin doit d'ailleurs s'assurer que cette condition est inscrite dans les statuts constitutifs de la société par actions. S'il s'avérait que le médecin fut radié du Collège des médecins du Québec pour une période de plus de trois mois, ou fit l'objet d'une révocation de son permis, il ne pourrait, pendant la période de radiation, détenir directement ou indirectement des actions de la société²⁵. Quant aux autres catégories d'actions émises, le *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société* mentionne qu'en dehors des détenteurs d'actions avec droit de vote, seules les personnes suivantes peuvent détenir des actions de la société :

- « a) des médecins;
- b) le conjoint, des parents ou alliés²⁶ d'un médecin détenant les droits visés au paragraphe 1 ;

²⁴ Art. 1, par. 1^o du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

²⁵ Art. 1, par. 2^o du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

²⁶ Selon le Collège des médecins du Québec, la parenté est le rapport entre des personnes descendant les unes des autres. Les alliés sont les personnes unies par alliance, l'alliance étant le lien civil que le mariage fait naître entre chacun des époux et les (à suivre...)

c) des personnes morales, fiducies ou entreprises dont les droits de vote rattachés aux actions, aux parts sociales ou aux titres de participation sont détenus en totalité par des personnes visées aux sous-paragraphes *a* ou *b*;

d) une fiducie dont au moins 50 % des droits de vote rattachés aux titres de participation est détenu par des personnes visées aux sous-paragraphes *a* et *b* et au plus 50 % par un des seuls professionnels suivants : un administrateur agréé, un avocat, un comptable agréé, un comptable général accrédité, un comptable en management accrédité ou un notaire;

e) à la fois (*sic*) une personne, une fiducie ou une entreprise visées aux sous-paragraphes *a*, *b*, *c* ou *d*²⁷; [...] »

Ainsi, puisque le Collège des médecins du Québec n'a pas choisi de limiter à ses membres la détention des actions sans droit de vote, plusieurs possibilités de planification fiscale seront analysées dont les plus intéressantes ont trait au fractionnement du revenu²⁸.

1.2.4. Exigences quant à la composition du conseil d'administration

Les exigences quant à la composition du conseil d'administration de la société par actions sont simples :

« Les administrateurs du conseil d'administration de la société par actions, ainsi que les associés ou les administrateurs nommés par les associés pour gérer les affaires de la société en nom collectif à responsabilité limitée ne peuvent être que des médecins²⁹. » (Notre soulignement)

Évidemment, le médecin radié pendant une période de plus de trois mois ne peut être administrateur, dirigeant ou représentant de la société par actions³⁰.

(...suite)

parents de l'autre et le lien juridique qui unit un époux aux parents de son conjoint. Toute la parenté de chacun des deux devient, par l'effet du mariage, commune à l'autre à titre d'alliance. Le Collège entend appliquer le Règlement de façon à reconnaître le conjoint de fait d'un médecin au même titre qu'un époux. COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, précité note 11, questions 7 et 8.

²⁷ Par. 1(2^o) du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

²⁸ À ce sujet, nous renvoyons le lecteur à la section 3.

²⁹ Art. 1, par. 3^o du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

³⁰ Art. 2 du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

1.2.5. Garantie de responsabilité professionnelle

Pour être autorisé à exercer sa profession en société par actions en vertu du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société*, le médecin doit fournir et maintenir pour la société une garantie contre la responsabilité que cette société peut encourir en raison des fautes ou négligences commises par le médecin dans l'exercice de sa profession au sein de la société³¹. Lorsque plusieurs médecins exercent leur profession conjointement au sein de la même société par actions, ils doivent transmettre au Collège des médecins du Québec une preuve de leur admissibilité à une telle garantie³². Lorsque la société est formée d'un seul médecin membre de l'Association canadienne de protection médicale (« ACPM »), le médecin doit communiquer avec cette association afin de vérifier si la lettre générale de l'ACPM transmise au Collège lui est applicable³³. Le montant de la garantie doit être d'au moins 5 M\$ par réclamation et 10 M\$ pour l'ensemble des réclamations présentées contre la société au cours d'une période de garantie de 12 mois³⁴. La garantie doit s'étendre à toute réclamation présentée pendant les cinq années qui suivent la période de garantie au cours de laquelle un médecin de la société décède, quitte la société ou cesse d'être inscrit au Tableau de l'ordre, de façon à maintenir une garantie en faveur de la société pour les fautes ou négligences commises par le médecin dans l'exercice de sa profession alors qu'il exerçait au sein de la société³⁵.

1.3. AUTRES EXIGENCES DU COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC

Les médecins qui choisissent d'exercer leur profession au sein d'une société par actions doivent le déclarer au Collège des médecins du Québec, acquitter des frais de 150 \$ par professionnel et fournir une déclaration contenant diverses informations sur la société et ses activités³⁶. Ce n'est qu'après s'être soumis au processus d'autorisation et à la réception du certificat d'autorisation du Collège des médecins du Québec que le médecin

³¹ Art. 11 du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

³² COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, précité, note 11, question 23.

³³ *Id.*

³⁴ Par. 12(4^o) du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

³⁵ Par. 12(3^o) du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

³⁶ Art. 3 du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

pourra commencer sa pratique professionnelle par l'entremise de sa société par actions³⁷.

1.4. OUVERTURE D'UN COMPTE AUPRÈS DE LA RÉGIE DE L'ASSURANCE MALADIE DU QUÉBEC

Si le médecin facture une partie ou la totalité de ses honoraires à la Régie de l'assurance maladie du Québec, il doit informer rapidement la Régie de la constitution d'une société par actions professionnelle, car des modifications au processus de facturation seront nécessaires.

1.5. PRATIQUE EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS ET RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN

Lors d'un colloque sur la pratique professionnelle en société par actions, deux juristes³⁸ rappelaient qu'en 2001, au moment de l'adoption du Projet de loi 169³⁹, l'une des considérations invoquées par le gouvernement pour justifier les mesures entourant l'exercice de la profession en SENCRL ou en société par actions était d'éviter la responsabilité conjointe et solidaire de tous les associés relativement aux obligations de la SENC découlant de la faute professionnelle d'un seul des associés⁴⁰. Ainsi, le patrimoine de chacun des médecins membres d'une SENC était à risque lorsqu'ils pratiquaient la médecine dans un tel regroupement. Comme ces deux juristes, nous croyons que cela plaçait les professionnels québécois dans une situation désavantageuse par rapport à leurs collègues qui pratiquaient dans d'autres provinces que le Québec, où des structures limitant leur responsabilité personnelle existaient⁴¹.

Le principe juridique général de la société par actions prévoit que :
« Les personnes morales sont distinctes de leurs membres. Leurs actes

³⁷ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, précité, note 11, question 5.

³⁸ Alain MÉNARD et Suzanne-Hélène DESAULNIERS, « Trois ans après l'adoption des modifications au code des professions, où en sommes-nous? », dans *Colloque – La pratique professionnelle en société par actions, où en sommes-nous?*, 142, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 1:1-28.

³⁹ Précité, note 3.

⁴⁰ Art. 2221 C.c.Q.

⁴¹ A. MÉNARD et S.-H. DESAULNIERS, précité, note 38.

n'engagent qu'elles-mêmes, sauf les exceptions prévues par la loi⁴². » Les nouvelles dispositions du *Code des professions* précisent que :

« Le membre d'un ordre qui exerce ses activités au sein d'une société par actions n'est pas personnellement responsable des obligations de la société ou d'un autre professionnel, découlant des fautes ou négligences commises par ce dernier, son préposé ou son mandataire, dans l'exercice de leurs activités professionnelles au sein de la société⁴³. » (Notre soulignement)

Malgré la pratique en société par actions, la responsabilité du médecin découlant de sa propre faute professionnelle est maintenue⁴⁴. Seule une personne physique peut devenir membre du Collège des médecins du Québec. Ainsi, seul le médecin peut être déclaré coupable d'une infraction au *Code des professions* puisque lui seul est autorisé à exercer la médecine et à porter le titre réservé de médecin⁴⁵. De plus, au civil, le médecin demeure responsable de ses actes ainsi que de ceux des personnes qu'il supervise ou qu'il a sous son contrôle. Rappelons à cet effet que les conditions exigées par le *Code civil du Québec* pour engager la responsabilité civile personnelle du professionnel sont l'existence d'une faute, d'un lien de causalité et d'un dommage⁴⁶.

Le *Code de déontologie des médecins*⁴⁷ précise que les obligations et devoirs qui découlent de la *Loi médicale*⁴⁸, du *Code des professions*⁴⁹ et de leurs règlements d'application ne sont aucunement modifiés ni diminués du fait qu'un membre exerce la profession au sein d'une société par actions. On y mentionne également que « le médecin doit, dans l'exercice de sa profession, engager pleinement sa responsabilité civile. Il ne peut l'éluder ou tenter de l'éluder, ni requérir d'un patient ou d'une personne une renonciation à ses recours en cas de faute professionnelle de sa part⁵⁰. » De

⁴² Art. 309 C.c.Q.

⁴³ Art. 187.17 du *Code des professions*.

⁴⁴ À ce sujet, voir le texte « Étude de cas 2 – Incorporation des professionnels », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 61:1-246.

⁴⁵ Art. 33 de la *Loi médicale*.

⁴⁶ Art.1457 C.c.Q.

⁴⁷ Art. 8 du *Code de déontologie des médecins*.

⁴⁸ Précité, note 21.

⁴⁹ Précité, note 4.

⁵⁰ Art. 11 du *Code des professions*.

plus, « le médecin doit, seul ou avec les médecins avec lesquels il exerce, assumer la responsabilité de l'exercice de sa profession; il ne peut accepter aucun arrangement restreignant cette responsabilité⁵¹. »

Sur le plan fiscal, cette réalité peut toutefois engendrer une problématique importante. Dans une interprétation technique, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a été appelée à commenter la déductibilité d'un montant payé à titre de dommages et intérêts par un professionnel qui exerçait son entreprise par le biais d'une société dont il était employé, administrateur et seul actionnaire⁵². La formation du contribuable n'a pas été dévoilée, mais tout comme les médecins, il devait maintenir une assurance responsabilité personnelle ainsi qu'une assurance pour la société en raison de fautes qui pouvaient être commises lors de l'exercice de sa profession en société par actions. À la suite d'une poursuite en responsabilité professionnelle pour une faute commise après la constitution de la société par actions, le professionnel a dû payer personnellement un montant à titre de dommage-intérêts qui excédait la couverture d'assurance dont il bénéficiait. Les exigences en matière de déductibilité d'un tel dédommagement sont que le montant doit avoir été déboursé en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien et qu'il doit être raisonnable dans les circonstances⁵³. Or, depuis l'exercice de sa profession en société par actions, le contribuable ne gagnait plus un revenu d'entreprise, mais plutôt un revenu d'emploi duquel il ne pouvait déduire que les dépenses expressément prévues à l'article 8 L.I.R.⁵⁴ Ainsi, si un contribuable paye des dommages-intérêts à titre d'employé ou d'administrateur de la société, ces dommages-intérêts ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu tiré de son emploi ou de sa charge. Puisque la somme payée a trait à une faute commise en lien avec la pratique professionnelle du contribuable, les autorités fiscales⁵⁵ ne considèrent pas qu'elle résulte d'un acte fait à titre

⁵¹ Art. 71 du *Code des professions*.

⁵² *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2002-0176475, « Dommages-intérêts professionnels », 24 juin 2003.

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-467R2, « Dédommagements, règlements et autres paiements semblables », 13 novembre 2002, par. 5 à 8.

⁵⁴ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) et mod. (« L.I.R. »). Le présent texte ne fera référence qu'aux dispositions de la *Loi sur l'impôt sur le revenu* lorsque des règles similaires s'appliquent en vertu de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

⁵⁵ *Tax Window Files*, précité, note 52.

d'actionnaire de la société, laquelle constituerait une dépense engagée pour gagner un revenu de biens. En conséquence, la somme déboursée par le professionnel, qui aurait été déductible dans le calcul de son revenu alors qu'il exerçait personnellement ses activités professionnelles, se transformerait en perte sèche. Cette situation est inquiétante puisque les sommes en jeu peuvent parfois être importantes.

Le principe de personnalité distincte d'une société par actions prévu au Code civil permet tout de même une responsabilité limitée des actionnaires⁵⁶; le médecin, en sa seule qualité d'actionnaire, n'est responsable d'aucun acte de la société ni d'aucune réclamation non liée à l'exercice de sa profession, au-delà du montant investi en capital-actions. Bien entendu, cette affirmation ne vaut que sous réserve d'un abus, d'une fraude ou d'une contravention à une règle d'ordre public qui pourrait amener la levée du « voile corporatif »⁵⁷. Ces limites à la responsabilité du professionnel lors de fautes de ses associés ou d'employés professionnels sont néanmoins l'un des avantages qui étaient le plus attendus de la constitution d'une société par actions professionnelle.

1.6. EXISTENCE PERPÉTUELLE DE LA SOCIÉTÉ

Étant donné sa personnalité morale distincte, la société par actions survit au décès de ses actionnaires dans la mesure où la propriété des actions est transférée aux héritiers. Si ces derniers ne sont pas eux-mêmes membres du Collège des médecins du Québec, la société peut perdre son statut de société professionnelle puisque les actions avec droit de vote doivent être détenues directement ou indirectement par au moins un médecin pour être une société professionnelle⁵⁸. Le principal avantage découlant de l'existence perpétuelle de la société par actions est particulièrement bien illustré lors de la pratique conjointe de deux médecins au sein de celle-ci. Auparavant, l'existence de la société de personnes qui encadrerait leur pratique aurait été compromise lors du décès de l'un des deux médecins associés. Ce problème ne se présente plus quand ils sont tous deux actionnaires d'une société par actions. Toutefois, pour ne pas nuire à la pratique du médecin survivant, les statuts de la société par actions doivent prévoir la conversion ou le rachat immédiat des

⁵⁶ Art. 298 et 309 C.c.Q.

⁵⁷ Art. 317 C.c.Q.

⁵⁸ Par. 1(1^o) du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale*.

actions avec droit de vote lors du décès de l'un des médecins, à moins, bien sûr, que l'autre médecin n'en soit l'héritier⁵⁹.

1.7. PERSONNALITÉ JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS ET PATRIMOINE PROPRE

La société par actions est une personne juridique distincte ayant son propre patrimoine, donc ses propres éléments d'actif et ses propres dettes⁶⁰. Les biens personnels des actionnaires sont donc protégés des créanciers de la société, ce qui n'était pas le cas lorsqu'ils exerçaient personnellement la médecine⁶¹. Le tout, il va sans dire, à condition que le prêteur n'exige pas des garanties personnelles des médecins.

1.8. POSSIBILITÉ DE CÉDER LES ACTIONS ET DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL

Étant donné la personnalité juridique distincte de la société par actions, il serait possible pour un médecin de céder sa pratique professionnelle en vendant tout simplement ses actions à un autre membre du Collège des médecins du Québec. La société par actions permettrait aux médecins de profiter de la déduction pour gains en capital (« DGC ») qui atteint maintenant 750 000 \$, lors de la disposition de leurs actions si celles-ci répondent à la définition d'actions admissibles de petite entreprise⁶² (« AAPE »). Toutefois, à cause de la très faible probabilité que la société utilisée par le médecin pour l'exercice de sa profession trouve un acquéreur et parce que des planifications donnant droit à la DGC sont possibles immédiatement avant la vente de l'entreprise, cet avantage ne devrait pas être déterminant dans la décision du médecin d'exercer sa profession en société par actions.

⁵⁹ Pierre MARCOUX, « Aspects pratiques de l'exercice professionnel en société par actions », dans *Colloque – La pratique professionnelle en société par actions, où en sommes-nous?*, 142, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 2:1-25.

⁶⁰ Art. 301 C.c.Q.

⁶¹ Art. 2221 et 2644 C.c.Q.

⁶² Par. 110.6(1) L.I.R.

1.9. NOUVELLES POSSIBILITÉS DE RÉMUNÉRATION GRÂCE AU CAPITAL-ACTIONS

Le capital-actions de la société peut comprendre différentes catégories d'actions qui permettront d'attribuer les droits de vote, de participation et de dividendes selon les besoins de planification fiscale propres à la situation du médecin. Il sera question de rémunération et de fractionnement de revenu à la section 4.1. du présent texte.

2. IMPOSITION DES REVENUS TIRÉS DE L'EXERCICE DE LA MÉDECINE

2.1. MÉDECINS EMPLOYÉS OU TRAVAILLEURS AUTONOMES?

L'exercice au Québec de la profession médicale en société par actions suppose que le médecin gagne un revenu d'entreprise dans le cadre de ses activités professionnelles.

La détermination du statut fiscal d'un médecin comme employé d'une société ou comme travailleur autonome ressort d'une analyse minutieuse de la situation et est teintée par les particularités de l'environnement juridique québécois. Dans le domaine médical, la Cour d'appel fédérale s'est questionnée à ce sujet dans l'affaire *Grimard c. La Reine*⁶³. Le D^r Grimard travaillait comme assesseur à la Commission des lésions professionnelles (« CLP »). Les services qu'il devait rendre étaient prévus par un contrat écrit de deux ans, renouvelable, qui ne faisait pas mention de son statut auprès de la CLP. Il devait toutefois produire des factures pour ses services et recevait une rémunération sous forme d'honoraires sur lesquels la CLP n'effectuait aucune retenue à la source. Le D^r Grimard se considérait comme un travailleur autonome, déclarait des revenus de profession et demandait la déduction de certaines dépenses d'entreprise. L'ARC a refusé certaines de ces dépenses en alléguant qu'elles avaient été engagées pour gagner du revenu d'emploi et constituaient en fait des frais personnels et de subsistance. Afin de déterminer si un travailleur est employé ou travailleur autonome, on se réfère bien souvent aux critères énoncés à la fin des années 1980 dans l'arrêt *Wiebe Door Services c. MRN*⁶⁴. Rappelons qu'à cette occasion, la Cour d'appel fédérale avait utilisé les critères du contrôle, de la propriété des outils, de la possibilité de profits et de pertes et de l'intégration

⁶³ 2009 CAF 47, 2009 D.T.C. 5056 (C.A.F.); confirmant [2009] 6 C.T.C. 7, 92 N.R. 252, 2008 D.T.C. 4640 (C.C.I.) (« *Grimard* »).

⁶⁴ [1986] 3 C.F. 553, 87 D.T.C. 5025 (C.A.F.), par. 3 (« *Wiebe Door Services* »).

du travailleur à l'entreprise, critères qui ont par la suite été approuvés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*⁶⁵ Toutefois, comme le rappelait le juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt, ce sont les règles du *Code civil du Québec*⁶⁶ qui prévalent lorsque les contrats sont conclus au Québec⁶⁷ :

« Lorsqu'on analyse ces dispositions du *Code civil*, il en ressort clairement qu'il y a trois conditions essentielles quant à l'existence d'un contrat de travail : i) une prestation de travail fournie par le salarié; ii) une rémunération pour ce travail payée par l'employeur; et iii) un lien de subordination. Ce qui distingue nettement le contrat de service du contrat de travail, c'est l'existence du lien de subordination, c'est-à-dire le fait pour l'employeur d'avoir un droit de direction ou de contrôle sur le travailleur⁶⁸. »

En common law, il est possible de conclure qu'une personne est employée ou travailleur autonome tout en concluant que le facteur « contrôle » est neutre; on cherche plutôt à déterminer si la personne qui rend les services le fait comme une personne travaillant à son compte, avec les risques et avantages que cela comporte⁶⁹. Sous l'égide du *Code civil du Québec*, comme le lien de subordination est la question centrale à laquelle il faut répondre, le contrôle sera toujours important. L'Office québécois de la langue française définit la subordination comme la situation d'une personne placée sous l'autorité d'une autre dans l'exercice de ses fonctions⁷⁰. La subordination peut donc comprendre l'assignation de tâches, l'encadrement de l'exécution des tâches et le contrôle de celles-ci. Lorsqu'il est question de spécialistes comme le D^r Grimard, il n'est pas aisé de démontrer que l'employeur a les compétences nécessaires pour contrôler les tâches effectuées. À ce sujet, dans l'affaire *Gallant c. MRN*⁷¹, le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale a affirmé ceci :

⁶⁵ [2001] 2 R.C.S. 953, par. 36 à 48 (« *Sagaz* »).

⁶⁶ Art. 2098 et 2099 C.c.Q.

⁶⁷ *Grimard*, précité, note 63, par. 13.

⁶⁸ *Id.*, par. 16.

⁶⁹ *Id.*, par. 22.

⁷⁰ OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le Grand Dictionnaire terminologique*, s.v. « subordination » (en ligne : <http://www.granddictionnaire.com>).

⁷¹ [1986] A.C.F. n° 330 (C.A.F.) (Quicklaw), citée par le juge Archambault dans l'affaire *Grimard c. La Reine*, 2007 CCI 755; 2008 D.T.C. 4640 (C.C.I.), par. 18.

« Ce qui est la marque du louage de services, ce n'est pas le contrôle que l'employeur exerce effectivement sur son employé, c'est plutôt le pouvoir que possède l'employeur de contrôler la façon dont l'employé exécute ses fonctions⁷². »

Dans le cas du D^r Grimard, plusieurs facteurs militaient en faveur d'un lien de subordination : l'existence de directives de la CLP à suivre par les assesseurs, la présence de mécanismes de contrôle de leur travail, l'assignation de dossiers par la CLP sans consultation des travailleurs, le fait qu'un bureau et des outils de travail soient fournis, la nécessité pour les médecins de devoir fournir les services personnellement, les indices d'encadrement tels que les congés et vacances payés, l'horaire fixe, les dépenses remboursées et le fait que les services étaient offerts à un même et unique « client » durant plusieurs années⁷³. En conclusion de l'affaire *Grimard*⁷⁴, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel et confirmé que D^r Grimard était un employé de la CLP.

2.2. EXPLOITATION DE L'ENTREPRISE PAR LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS OU PAR LE PROFESSIONNEL ?

Après avoir montré que les activités antérieures du médecin n'étaient pas effectuées à titre d'employé d'une société, mais bien comme un travailleur autonome, il faut déterminer qui, du médecin ou de la société professionnelle, gagne désormais ce revenu. Les autorités fiscales considèrent que le revenu est gagné par la société par actions s'il est possible de démontrer que c'est elle qui exploite l'entreprise et non le professionnel⁷⁵. Il y a plus de 30 ans, cette question avait été posée à la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *La Reine c. Campbell*⁷⁶. Le D^r Campbell, qui était chirurgien plastique, exploitait un hôpital privé par l'intermédiaire d'une société par actions, Campbell Hospitals Ltd., dont il était le seul actionnaire. Le D^r Campbell était également employé de la société et recevait à ce titre un salaire fixe. Bien qu'il ait perçu personnellement les honoraires du régime d'assurance-santé de l'Ontario (ces honoraires devant être payés directement

⁷² *Id.*

⁷³ *Grimard*, précité, note 63, par. 38 à 46.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-189R2, « Corporations utilisées par des membres de professions libérales », 24 mai 1991, par. 1.

⁷⁶ [1980] 2 R.C.S. 256 (« *Campbell* »).

à un médecin), toutes ces sommes étaient remises à la société. Le D^r Campbell s'imposait personnellement sur le salaire et les bonis reçus de Campbell Hospitals Ltd., mais il considérait les honoraires perçus du gouvernement ontarien comme des revenus appartenant à la société. L'exercice de la médecine par le biais d'une société par actions était alors interdit. Par conséquent, si tel avait été l'entreprise de Campbell Hospitals les revenus auraient été imposés entre les mains du D^r Campbell puisque la société n'aurait pas été légalement reconnue. La Cour suprême du Canada a conclu que les procédures administratives requises en vertu du régime provincial n'étaient pas un élément déterminant⁷⁷ et qu'il existait un contrat valide d'emploi entre le D^r Campbell et la société Campbell Hospitals Ltd.⁷⁸ Elle a conclu que l'entreprise était exploitée par la société puisque cette dernière faisait fonctionner un hôpital offrant un large éventail de soins et n'exerçait pas la médecine. Cette position ne s'écarte pas de celle du juge Cattnach de la Cour de l'Échiquier qui, une quinzaine d'années plus tôt, avait imposé les revenus de profession du D^r Kindree⁷⁹ entre ses mains puisque sa société par actions ne pouvait exercer légalement la médecine. La position actuelle de l'ARC découle toujours de ces affaires comme elle l'a confirmé dans une nouvelle technique⁸⁰ à la suite de l'affaire *Wallsten et Lakeside Properties Ltd. c. La Reine*⁸¹ entendue par la Cour canadienne de l'impôt dans le cadre d'une procédure informelle. Une société par actions exercera donc une activité professionnelle seulement dans la mesure où elle est autorisée à le faire par une loi provinciale ou par un organisme de réglementation de la profession⁸². Aujourd'hui, cette prémisse semble être respectée par tous les médecins au Québec, mais cela confirme la nécessité d'attendre et de maintenir l'autorisation du Collège des médecins du Québec afin d'exercer la médecine au sein d'une société par actions. Il est important que le fisc reconnaisse que c'est la société qui exploite l'entreprise. Sinon, les revenus seront considérés comme ayant été gagnés personnellement par le médecin et la structure mise en place ne sera qu'un éléphant blanc.

⁷⁷ Cette position a été adoptée plus récemment par les autorités fiscales. Voir à ce sujet *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 2003-0000335, « Transfer Income to Professional Corp », 14 février 2003.

⁷⁸ *Campbell*, précité, note 76, 257.

⁷⁹ *Kindree c. MRN*, 64 D.T.C. 5248 (C. de l'É.).

⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002, p. 12.

⁸¹ 2001 D.T.C. 215 (C.C.I.), version française du jugement sur le site de la Cour.

⁸² AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 75.

2.3. RÉMUNÉRATION DU PROFESSIONNEL SOUS FORME DE SALAIRE : EST-CE UNE OBLIGATION?

Lorsqu'elle peut légalement le faire, une société « est reconnue comme exerçant une profession libérale si 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 entreprise⁸³ ». À ce sujet, l'ARC cite en exemple une relation « employeur-employé » entre la société et le particulier qui établit « clairement les services à assurer dans un accord écrit et daté qui précise un salaire raisonnable en contrepartie des services rendus »⁸⁴. Une question sur la nécessité ou non d'un accord signé entre le professionnel et sa société a été posée lors de la table ronde sur la fiscalité fédérale de l'Association de planification fiscale et financière (« APFF ») de 2003⁸⁵. L'ARC a indiqué qu'en l'absence d'un tel accord, il sera plus difficile de démontrer que c'est la société qui exploite l'entreprise et non le particulier. Advenant l'absence d'accord écrit, il sera nécessaire d'analyser tous les faits importants. Par mesure de précaution, la rédaction d'un contrat décrivant la relation employeur-employé devrait donc faire partie des choses à faire lors de la constitution en société par actions d'un médecin.

Est-ce à dire toutefois que les médecins doivent se verser un salaire annuel raisonnable? Pourraient-ils, comme d'autres entrepreneurs, choisir une rémunération exclusivement composée de dividendes? En 2003, il a été demandé à Revenu Québec si son intention était d'exiger, comme semblait le faire l'ARC, qu'une société professionnelle⁸⁶ verse au professionnel à titre de rémunération, un salaire plutôt que des dividendes⁸⁷. Bien que très évasive, la réponse obtenue nous apprenait que Revenu Québec adhérerait toujours à la position fédérale. Certains auteurs doutent toutefois que l'absence de salaire implique automatiquement l'imposition du revenu de

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*, par. 1, al. j).

⁸⁵ *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 2003-0030115, « Incorporation des professionnels », 10 octobre 2003; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 57:7-50, question 3.5., aux pages 57:38-39.

⁸⁶ Le paragraphe 248(1) L.I.R. et l'article 1 L.I. définissent une société professionnelle comme une « société qui exerce la profession d'avocat, de chiropraticien, de comptable, de dentiste, de médecin ou de vétérinaire ».

⁸⁷ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 56:15-54.

profession entre les mains du professionnel⁸⁸. Un autre auteur⁸⁹ rappelle la position de l'ARC énoncée dans un autre contexte, selon laquelle aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'exige le versement d'un salaire dans les circonstances décrites, ou même dans quelques circonstances que ce soit. Le fait de ne pas verser un salaire à son employé n'est pas contraire à la loi lue dans son ensemble⁹⁰. À la suite d'une revue de la jurisprudence, l'auteur en arrive à la conclusion que lorsque le transfert de la pratique professionnelle est légalement effectué et non simulé, le revenu professionnel devrait être attribué à la société puisque c'est cette dernière qui exploite réellement l'entreprise. D'autre part, bien qu'il s'agisse d'une opération qui intervient entre un contribuable et une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, les conséquences fiscales de cette opération seront déterminées en fonction des conditions négociées entre les parties puisqu'il ne s'agit pas d'un transfert de bien. S'il s'était agi d'un transfert de bien, les conséquences fiscales de l'opération auraient plutôt été déterminées en fonction des conditions qu'auraient négociées des parties n'ayant aucun lien de dépendance, conformément au paragraphe 69(1) L.I.R. Enfin, en 2008, Revenu Québec affirmait, en réponse à une question traitant précisément de l'exercice de la profession médicale en société par actions, que l'absence de salaire en contrepartie du travail exécuté par le médecin pour la société n'empêchait pas l'établissement d'une relation employeur-employé⁹¹. Une plus grande latitude sera donc possible pour s'adapter aux besoins des médecins et de leur famille.

⁸⁸ Dans le cadre de l'analyse d'une structure impliquant une SENC de médecins dont certains associés ont choisi d'exercer leur profession en société par actions, des auteurs affirment que « pour que la planification fonctionne, il ne semble pas nécessaire que le médecin reçoive un salaire de sa compagnie ». Voir à ce sujet « Étude de cas 2 – L'incorporation des professionnels », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 50:1-84.

⁸⁹ Richard W. KIRBY et Anthony V. STRAWSON, « More Planning for Professionals », dans *2007 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2008, pp. 36:1-40.

⁹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale anti-évitement article 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu », 21 octobre 1988, par. 17.

⁹¹ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 47:1-70.

2.4. PRÉCAUTIONS À PRENDRE LORS DE L'ORGANISATION DES AFFAIRES DE L'ENTREPRISE

Le paragraphe 56(4) L.I.R. est une disposition antiévitement qui porte sur la réception indirecte d'un revenu dans les situations où un contribuable transfère ou cède des droits sur un revenu à un tiers avec lequel il a un lien de dépendance. Il a pour conséquence de réattribuer le revenu à l'auteur du transfert. C'est en vertu de cette disposition que l'ARC arrive à imposer le professionnel et non la société lorsqu'elle juge que cette dernière n'a pas réellement exercé l'entreprise. Dans l'affaire *Boutilier c. La Reine*⁹², cette disposition a trouvé application, au désavantage du contribuable. M. Boutilier est un planificateur financier qui touche deux types de revenus de commissions sur la vente de parts dans des fonds communs de placement : d'habituelles commissions de vente et des commissions de maintien payables trimestriellement dans la mesure où l'investisseur conserve ses parts. M. Boutilier a procédé à la constitution d'une société par actions pour la partie de ses activités commerciales se rapportant aux commissions de maintien. En vertu de l'article 85 L.I.R., M. Boutilier a transféré à la société par actions nouvellement constituée, en contrepartie d'actions privilégiées, la partie de son entreprise qui englobe ces services; les actions ordinaires de la société sont détenues par une fiducie discrétionnaire dont il est fiduciaire et dont les bénéficiaires sont des membres de sa famille. L'élément sur lequel l'ARC s'appuyait était le fait que les commissions payées à la société étaient immédiatement versées à la fiducie sous forme de dividendes, dont les montants étaient ensuite attribués aux bénéficiaires qui les remettaient finalement à M. Boutilier. Selon la Cour canadienne de l'impôt, « [c]'est nettement le type de transfert visé par le paragraphe 56(4)⁹³ » L.I.R. Peu de faits permettaient d'affirmer que la société, et non le contribuable, gagnait le revenu de commissions : aucun contrat d'emploi ne liait M. Boutilier à la société, celle-ci n'avait pas réellement de bureau et engageait des dépenses minimales et les services rendus par M. Boutilier n'étaient pas rémunérés. Le tribunal a conclu que la société avait simplement déclaré le revenu sans avoir fait quoi que ce soit pour le gagner. Des états financiers présentant le revenu de profession de M. Boutilier faisaient état de nombreuses dépenses : salaires et charges sociales de deux assistants, loyer, frais de télécommunications, etc. À la suite de la constitution de la société par actions, aucune de ces dépenses n'a été attribuée à la société; M. Boutilier les a toutes déduites dans le calcul de son revenu personnel et il n'a pu fournir aucune explication valable à ce sujet, affirmant que c'était son

⁹² 2007 CCI 96; 2007 D.T.C. 479 (C.C.I.).

⁹³ *Id.*, par. 23.

comptable qui s'occupait de l'attribution des dépenses. Comme la Cour l'indique :

« Un autre facteur important en l'espèce, qui permet de conclure qu'en fait la société n'exploitait pas activement une entreprise consistant à fournir des services continus à des clients, est l'absence de rémunération versée à l'appelant pour les services qu'il affirme avoir fournis pour le compte de la société⁹⁴. »

La seule rémunération versée par la société a été une gratification à la fin d'une seule année d'imposition « qui semble avoir été payée uniquement pour abaisser le revenu de la société cette année-là afin de conserver la déduction accordée aux petites entreprises »⁹⁵. C'est toutefois l'ensemble des faits, et non seulement l'absence de rémunération, qui a poussé la Cour à rejeter l'appel de M. Boutilier en concluant qu'en l'absence de facteurs démontrant une relation commerciale réelle, le revenu était réellement gagné par le contribuable et non par la société.

En conclusion, la constitution d'une société par actions pour l'exercice de la profession médicale ne peut se faire sans certaines précautions. L'une d'elles est la rédaction d'un contrat d'emploi entre la société et le médecin-actionnaire. Toutefois, c'est l'ensemble de la relation commerciale qui doit être planifié adéquatement afin que le transfert de l'entreprise à la société soit bien orchestré. Nul ne pourra alors affirmer qu'il s'agit d'un simulacre et la question de la rémunération du médecin sous forme de salaire ou de dividende pourra être analysée de la même façon que pour tout autre entrepreneur.

2.5. EXERCICE DE LA PROFESSION MÉDICALE EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS ET ACCÈS AUX TAUX D'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS

L'un des avantages recherchés lors de la constitution d'une société professionnelle est sans contredit l'accès au bas taux d'imposition des sociétés par actions sur le revenu d'entreprise et surtout à la DPE⁹⁶.

⁹⁴ *Id.*, par. 20.

⁹⁵ Les paragraphes 125(2) L.I.R. et suivants traitent du plafond des affaires dont il est question au paragraphe 125(1) L.I.R. aux fins du calcul de la DPE.

⁹⁶ Depuis le 20 mars 2009, le taux d'imposition combiné du fédéral et du Québec sur le revenu admissible à la DPE est de 19 %. En 2012, le taux d'imposition combiné du fédéral et du Québec sur le revenu général non admissible à la DPE est de 26,9 %.

Comme son nom l'indique, la DPE a été mise en place pour soutenir les « petites entreprises ». Dans le cas des sociétés professionnelles de médecine, la définition d'« entreprise de prestation de services personnels » (« EPSP »), au paragraphe 125(7) L.I.R., peut restreindre l'accès à la déduction pour petites entreprises. Selon cette définition, une entreprise de prestation de services personnels exploitée par une société est une entreprise de fourniture de services lorsque notamment un particulier qui est un actionnaire déterminé de la société⁹⁷ fournit des services à une entité pour le compte de la société et qu'il serait raisonnable de le considérer comme un cadre ou un employé de cette entité si ce n'était de l'existence de la société. La détermination du statut du médecin est encore une fois une question de fait. L'ARC présente une liste non exhaustive de faits qui indiquent une situation d'employé⁹⁸ et ces critères rappellent ceux de l'arrêt *Wiebe Door Services*⁹⁹. La société professionnelle ne sera toutefois pas considérée comme exploitant une EPSP si elle emploie dans son entreprise tout au long de l'année, plus de cinq employés à temps plein¹⁰⁰ ou si les services sont rendus à une société associée. Pour la société, être considérée comme exploitant une EPSP implique plus que la perte de la DPE. L'alinéa 18(1p) L.I.R. limite également les dépenses que la société peut déduire dans le calcul de son revenu d'entreprise. Les déductions permises se rapprochent davantage de celles qui sont disponibles pour un particulier gagnant un revenu d'emploi. De plus, les propositions législatives relatives à l'impôt sur le revenu annoncées le 31 octobre 2011 par le ministre des Finances du Canada¹⁰¹ contiennent des mesures qui, si elles sont adoptées, toucheront de

⁹⁷ Selon la définition prévue au paragraphe 248(1) L.I.R., un actionnaire déterminé est un contribuable qui, directement ou indirectement, à un moment donné au cours de l'année, possède au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société ou de toute autre société liée à celle-ci. La définition d'EPSP s'applique également si une personne liée au particulier est un actionnaire déterminé.

⁹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, « Déduction accordée aux petites entreprises », 25 mars 2002, par. 19.

⁹⁹ Précité, note 64.

¹⁰⁰ Récemment, la Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée sur la notion de « plus de cinq employés à temps plein » dans l'affaire 489599 B.C. Ltd. c. La Reine, 2008 CCI 332; 2008 D.T.C. 4107 (C.C.I.). Bien qu'elle ait eu à son emploi cinq employés à temps plein et deux employés à temps partiel, l'ARC a considéré la société comme une EPSP, considérant qu'elle employait moins de six employés à temps plein. Au bénéfice du contribuable, la Cour canadienne de l'impôt a plutôt considéré que cinq employés à temps plein et des employés à temps partiel constituent « plus de cinq employés à temps plein » aux fins de la définition d'EPSP.

¹⁰¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* 2011-108, 31 octobre 2011, « Le gouvernement du Canada rend publiques, aux fins de consultation, des modifications (à suivre...) ».

façon considérable le traitement fiscal d'une telle société. Essentiellement, les mesures proposées auront pour effet d'exclure du « revenu imposable au taux complet » d'une société le revenu de la société provenant d'une EPSP, de sorte que le pourcentage de réduction du taux général prévu à la *Loi de l'impôt sur le revenu* (11,5 % en 2011 et 13 % en 2012)¹⁰² ne s'appliquera pas à ce revenu. Il en résulte une augmentation importante du taux d'imposition du revenu tiré d'une EPSP par la société pour les années d'imposition commençant après le 31 octobre 2011¹⁰³.

2.6. CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS POUR L'EXERCICE DE LA PROFESSION MÉDICALE : UN MOYEN DE DÉJOUER L'INTÉGRATION

Le principe de l'intégration veut que le fardeau fiscal supporté par un particulier sur un revenu soit comparable, quelle que soit la structure utilisée pour gagner ce revenu, à celui supporté par une société qui verse à son actionnaire son bénéfice sous forme de dividendes imposables. Par conséquent, si le revenu provenant de l'exercice de la pratique professionnelle du médecin est gagné par l'entreprise de sa société par actions et lui est entièrement redistribué sous forme de dividendes, la constitution de la société par actions n'en vaut pas la peine puisque les maigres avantages que le médecin pourra en retirer seront grugés par les honoraires des conseillers et les coûts de maintien de la structure. En revanche, le jeu en vaut la chandelle lorsque les profits de la société par actions ne sont pas tous redistribués, car alors les taux d'imposition des sociétés plus faibles font en sorte que des liquidités plus importantes peuvent être conservées dans la société par actions. Ces liquidités pourront permettre de rembourser des dettes plus rapidement, d'effectuer davantage de placements ou de payer des dépenses non déductibles pour la société comme des primes d'assurance vie. La constitution de la société par actions gagne également en intérêt lorsque le médecin détient déjà des placements à l'extérieur de régimes enregistrés d'épargne-retraite (« REÉR ») qu'il choisira de liquider pour combler ses besoins personnels à court terme ou lorsque le fractionnement de revenus avec les membres de la famille est possible. Quant à la possibilité de toucher des dividendes plutôt qu'un

(...suite)

techniques concernant l'impôt sur le revenu et la taxe de vente » auquel sont jointes les *Propositions législatives relatives à l'impôt sur le revenu et aux taxes de vente et d'accise* et des *Notes explicatives*.

¹⁰² Par. 123.4(2) L.I.R.

¹⁰³ Par. 123.4(1) L.I.R. [proposé].

revenu d'emploi, l'intégration est presque parfaite au Québec de sorte que, pour la première tranche de 500 000 \$ de revenus admissibles à la DPE, on remarque un avantage de moins de 2 % en faveur des dividendes. Lorsque les revenus sont imposés aux taux réguliers, l'avantage est d'environ 3 % en faveur d'un revenu d'emploi ou de profession.

2.7. DÉDUCTION ACCORDÉE AUX PETITES ENTREPRISES : UN AVANTAGE MULTIPLIÉ POUR LES ANCIENS ASSOCIÉS D'UNE SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF?

Certains médecins qui ont choisi d'exercer leur profession en société par actions, l'exerçaient auparavant en tant qu'associés d'une SENC exploitant une clinique. La nouvelle structure du groupe de médecins qui sont associés de la SENC peut comprendre un certain nombre de sociétés par actions professionnelles, soit une par médecin. Chacun des médecins agira comme employé de sa propre société professionnelle qui facturera les services du médecin à titre de sous-traitant de la clinique exploitée par la SENC¹⁰⁴.

Aux fins fiscales, la SENC calcule son revenu ou sa perte de l'année comme s'il s'agissait d'une personne aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les impôts* du Québec, mais n'en étant pas une, chacun des associés s'impose personnellement sur sa part du revenu ou de la perte de la SENC¹⁰⁵. L'un des éléments à considérer lors du calcul de la DPE est le « revenu de société de personnes déterminé », selon la définition prévue au paragraphe 125(7) L.I.R. En termes simples, il s'agit d'un montant égal au total de deux éléments. Le premier représente « la partie revenant à la société du revenu de sociétés de personnes provenant d'entreprises exploitées activement au Canada¹⁰⁶ » et le second

« est un montant additionnel qui fait en sorte que les pertes de la société pour l'année provenant d'entreprises qu'elle exploite activement au Canada servent d'abord à réduire le revenu d'entreprise qui n'est pas admissible aux fins de la DPE avant de réduire le revenu qui serait par ailleurs admissible aux fins de cette déduction¹⁰⁷. »

¹⁰⁴ La SENC peut également être continuée sous forme de SENCRL.

¹⁰⁵ Par. 96(1) L.I.R.

¹⁰⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, « Déduction accordée aux petites entreprises », 25 mars 2002, par. 20.

¹⁰⁷ *Id.*

Lorsque l'un des associés de la société de personnes souhaite procéder à la constitution d'une société par actions pour sa pratique professionnelle, certaines précautions doivent être prises lors de la rédaction du contrat d'association¹⁰⁸.

L'ARC s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'admissibilité à la DPE des sociétés par actions professionnelles qui facturent les services du professionnel à titre de sous-traitant de la SENC¹⁰⁹. Lorsque toutes les autres conditions sont respectées, à savoir que ces sociétés n'exploitent pas des entreprises de prestation de services personnels et que les sociétés ne sont pas associées entre elles, chacune a droit à la DPE à condition de pouvoir montrer que la conduite des affaires du groupe reflète les conditions du marché et de la libre concurrence. Le statut d'EPSP est au cœur de plusieurs des interprétations techniques et décisions anticipées à ce sujet¹¹⁰. Afin de multiplier les plafonds des affaires, les contribuables doivent montrer que les services professionnels rendus par le médecin à la clinique, par l'entremise d'une société par actions professionnelle, ne seraient pas raisonnablement considérés, en l'absence de cette société, comme rendus par le médecin à titre d'employé ou de dirigeant de la clinique. Les frais et services engagés doivent donc être comparables à ce qu'ils auraient été si les professionnels n'avaient pas été des associés ou des employés, mais étaient de réels sous-traitants indépendants¹¹¹. L'ARC reconnaît que l'évaluation de ces relations est une question de fait qui doit être évaluée au cas par cas, mais elle a proposé, dans une interprétation technique récente, certains exemples de facteurs qui permettraient de conclure à l'indépendance des sociétés professionnelles¹¹². D'abord, aucune restriction, verbale ou autre, ne devrait limiter le droit du professionnel ou de sa société de faire concurrence à la clinique ou à tout autre professionnel du groupe. Ces clauses de non-concurrence pourraient laisser croire que le professionnel est en fait un

¹⁰⁸ Une planification basée sur des décisions anticipées rendues par l'ARC au cours des dernières années a été présentée au Congrès 2008 de l'APFF. Voir É. BRASSARD, M. BUSSIÈRES et M. GOULET, précité, note 88.

¹⁰⁹ Voir entre autres : *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétations techniques 2008-0273481R3 « Partnership reorg – Personal Service Business », 5 novembre 2008; 2004-0084311R3, « Incorporating a Partnership », 8 décembre 2004 et 2005-0156741E5, « Personal Services Business », 30 janvier 2006.

¹¹⁰ *Id.*, interprétation technique 2007-0262411R3, « Réorganisation d'une société de personnes », 19 novembre 2008.

¹¹¹ *Id.*, interprétation technique 2009-0315011E5, « Professional Corporation's Entitlement to the SBD », 27 mai 2009.

¹¹² *Id.*

employé ou un membre de la direction de la clinique. Une telle conclusion empêcherait donc la société par actions de ce professionnel d'accéder aux incitatifs fiscaux applicables aux sociétés canadiennes imposables puisqu'elle serait considérée comme exploitant une EPSP¹¹³. Ensuite, les honoraires exigés doivent être exclusivement basés sur la valeur des services professionnels rendus et ne devraient pas inclure d'avantages sociaux ni de paiements continus lors des périodes de vacances ou être garantis de quelque façon que ce soit. Ces honoraires ne doivent pas non plus être conditionnels à l'encaissement par la clinique des comptes clients puisque ce risque ne serait normalement pas assumé par un sous-traitant indépendant. Enfin, le professionnel doit être responsable de ses propres dépenses. On peut donc imaginer que la clinique qui procure au médecin diverses fournitures médicales devra être dédommagée pour ces frais par la société professionnelle par l'entremise de laquelle le médecin rend ses services. Les procédures à mettre en place afin de multiplier la DPE peuvent être lourdes et auront un effet sur tous les médecins de la clinique.

Quant à la clinique elle-même, elle poursuivra l'exploitation de son entreprise sous la forme d'une SENC ou sera continuée sous la forme d'une SENCRL ou encore cèdera ses biens à une société par actions nouvellement constituée. Afin de passer d'une SENC à une société par actions, plusieurs planifications peuvent être envisagées¹¹⁴, notamment le transfert de l'actif de la SENC en faveur d'une société par actions en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., suivi de la liquidation de la SENC. Peut également être envisagée la dissolution de la SENC selon le paragraphe 98(3) L.I.R., suivie du transfert des biens de la SENC à la société par actions à l'aide du paragraphe 85(1) L.I.R. Finalement, le transfert des parts des associés dans la société de personnes en faveur de la société par actions par un roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. peut être mis en œuvre, suivi de la dissolution de la société de personnes.

¹¹³ Si les mesures proposées le 31 octobre 2011 par le ministre des Finances sont adoptées, le revenu gagné par une société de l'exploitation d'une EPSP au Québec pourrait être imposable à un taux global combiné de 59,62 %.

¹¹⁴ La constitution en société par actions d'un tel groupe de professionnels pourrait faire l'objet d'un texte complet. Plusieurs scénarios sont possibles et de nombreuses précautions doivent être prises lors de la conversion d'une SENC en société par actions. À ce sujet, voir le texte de Sylvain MOREAU, « Conversion d'une entreprise individuelle ou d'une société en nom collectif (S.E.N.C.) en société par actions (S.P.A.) – Incidences fiscales », dans *Colloque – La pratique professionnelle en société par actions, où en sommes-nous?*, 142, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 5:1-43.

2.8. CHOIX POSSIBLE D'UNE FIN D'EXERCICE AUTRE QUE LE 31 DÉCEMBRE

L'exercice d'une entreprise est « la période pour laquelle les comptes correspondant [...] sont arrêtés pour, l'établissement d'une cotisation », en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹¹⁵. En règle générale, la société par actions constituée pour l'exercice de la profession médicale peut choisir comme fin d'exercice une date autre que le 31 décembre. Une exception existe toutefois si la société professionnelle est associée d'une SENC puisque l'exercice d'une société professionnelle qui est associée d'une société de personnes dans laquelle un particulier ou une autre société professionnelle est associé doit être le 31 décembre¹¹⁶. L'un des avantages d'une fin d'exercice autre que le 31 décembre est la possibilité de la faire coïncider avec une période d'activités plus creuse, selon la spécialité du médecin. L'avantage le plus intéressant demeure toutefois la possibilité de report d'impôt qu'elle engendre. Par exemple, si le médecin actionnaire obtient un prêt de la société par actions au cours d'une année d'imposition, ce montant doit être inclus dans le revenu de l'actionnaire selon le paragraphe 15(2) L.I.R. à moins que l'une des exceptions prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne trouve application. L'exception la plus courante est celle du paragraphe 15(2.6) L.I.R. qui exempte de l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. le prêt remboursé au cours de l'année suivant la fin de l'année d'imposition du prêteur au cours de laquelle le prêt a été consenti. Le prêt pourrait ainsi être remboursé l'année suivante par le biais d'un dividende déclaré et payé par la société au bénéfice du médecin actionnaire. Le remboursement ne doit toutefois pas faire partie d'une série de prêts, de remboursements ou d'autres opérations. Il ne peut s'agir, par exemple, d'un prêt qui est remboursé juste avant la fin de l'année alors que le même montant, ou à peu près, est emprunté juste après la fin de l'année¹¹⁷. L'ARC, par position administrative, précise ce qui suit :

« Les personnes touchées par le paragraphe 15(2) peuvent avoir des comptes d'emprunts, des comptes de retraits ou d'autres comptes semblables qui comprennent plusieurs inscriptions débitrices à l'égard de prêts, de paiements effectués à des tiers pour le compte de l'actionnaire, d'avances sur des salaires à venir, de loyers ou de dividendes anticipés ou d'autres inscriptions débitrices,

¹¹⁵ Al. 249.1(1)a) L.I.R.

¹¹⁶ S.-al. 249.1(1)b)(ii) et 249.1(1)b)(iii) L.I.R.

¹¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-119R4, « Dettes des actionnaires et de certaines personnes rattachées à un actionnaire », 7 août 1998, par. 28.

ainsi qu'un ou plusieurs remboursements. Si l'actionnaire a un compte qui réunit un certain nombre de ces caractéristiques (compte courant d'emprunts), tous les facteurs pertinents sont examinés pour déterminer s'il y a une série de prêts, ou d'autres opérations, et de remboursements. Les remboursements de bonne foi de prêts consentis à un actionnaire qui proviennent, par exemple, du paiement de dividendes, de salaires ou de primes, ne font pas partie d'une série de prêts ou d'autres opérations, et de remboursements¹¹⁸. »

Le tableau suivant illustre le report du paiement des impôts dans le temps, qui peut s'avérer considérable puisque les dividendes sont imposables lorsqu'ils sont reçus.

	Particulier touchant un revenu de profession	Société ayant une fin d'exercice le 31 janvier	Société ayant une fin d'exercice le 31 décembre
Provenance des liquidités	Sommes gagnées personnellement entre février 2011 et décembre 2011	Avances de la société à même les revenus professionnels gagnés de février 2011 à décembre 2011	Avances de la société à même les revenus professionnels gagnés de février 2011 à décembre 2011
Imposition pour le particulier	Entre février 2011 et décembre 2011	Dividende déclaré et payé au plus tard le 31 janvier 2012	Dividende déclaré et payé au plus tard le 31 décembre 2011
Date de paiement du solde des impôts	30 avril 2012	30 avril 2013	30 avril 2012

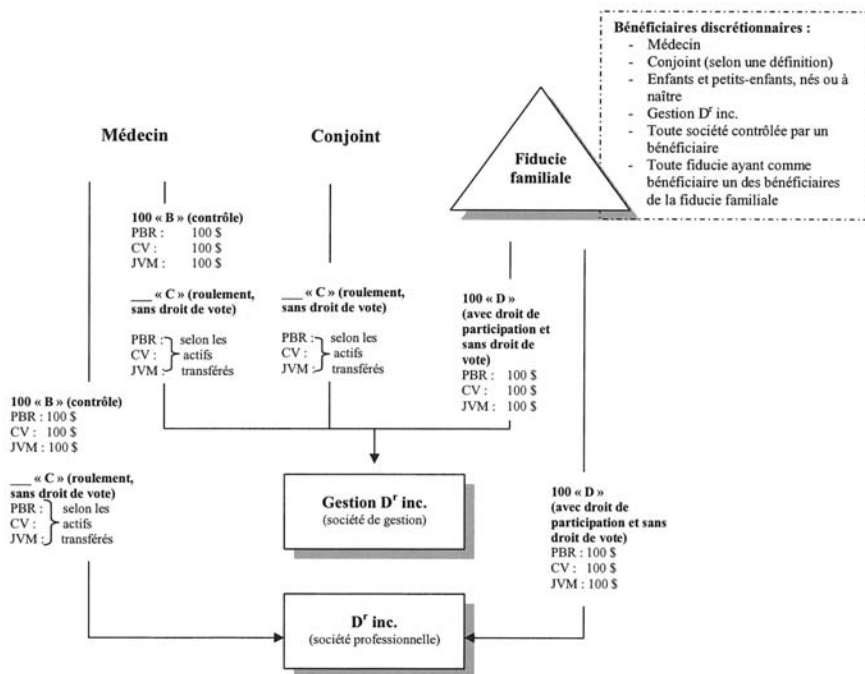
Il est toutefois important de mentionner que le professionnel doit inclure dans le calcul de son revenu un montant d'intérêts calculé au taux prescrit pour la période de l'année au cours de laquelle le prêt est impayé, afin de se conformer au paragraphe 80.4(1) L.I.R.¹¹⁹

¹¹⁸ *Id.*, par. 29.

¹¹⁹ Selon l'alinéa 4301c) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), le taux d'intérêt prescrit équivaut au taux d'intérêt à court terme sur les bons du Trésor du Canada.

3. STRUCTURE PROPOSÉE LORS DE LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS PROFESSIONNELLE

La structure professionnelle la plus efficace pourrait ressembler à celle-ci :



3.1. DÉTENTION DES ACTIONS

La fiducie familiale sera l'unique détentrice des actions avec droit de participation de la société professionnelle D' inc. et de la société de gestion Gestion D' inc., ce qui lui conférera la totalité de la plus-value future des actions de D' inc. et de Gestion D' inc. et permettra d'effectuer du fractionnement de revenus, c'est-à-dire de répartir entre certains membres de la famille le total du revenu professionnel imposable. Puisque les systèmes d'imposition canadien et québécois sont basés sur le revenu personnel,

lorsque le conjoint et les enfants majeurs¹²⁰ ne sont pas imposés au taux marginal maximal, il est intéressant d'utiliser les avantages que procurent les taux d'imposition progressifs des particuliers afin de réduire l'impôt total payable par la famille.

Le médecin souscrira à des actions avec droit de vote afin de conserver le contrôle légal de D^r inc. et de Gestion D^r inc. et surtout, afin de respecter les conditions exigées quant à l'exercice de ses activités professionnelles au sein de la société professionnelle D^r inc. Lorsque le Collège des médecins du Québec l'autorisera à pratiquer la médecine par l'entremise de la société D^r inc., le médecin transférera tous les éléments d'actif utilisés dans sa pratique professionnelle en faveur de D^r inc., en contrepartie d'actions de roulement.

3.2. TRANSFERT DES BIENS ET DE L'ACHALANDAGE DU MÉDECIN À LA SOCIÉTÉ PROFESSIONNELLE

Un contrat de vente sera rédigé prévoyant la cession des biens d'entreprise utilisés par le médecin dans l'exercice de sa profession en faveur de sa société professionnelle. La valeur des biens ainsi transférés est souvent peu importante, mais le transfert lui-même vient appuyer l'argument voulant qu'à la suite de la constitution de la société professionnelle, c'est la société elle-même qui exploite l'entreprise et non plus le médecin personnellement. Lorsque les biens à transférer représentent quelques pièces de mobilier et un ordinateur, il est souvent raisonnable de croire que la juste valeur marchande (« JVM ») de ces biens correspond à la fraction non amortie de leur coût en capital. Le médecin pourra donc en disposer à la JVM sans incidence fiscale et la société en fera l'acquisition au même coût. Dans l'année de la constitution de la société par actions, le médecin ne pourra profiter personnellement de la déduction pour amortissement puisqu'il ne possède plus les biens à la fin de l'année, mais cette déduction sera prise dans la nouvelle société sans être assujettie à la règle du demi-taux puisque la société aura acquis les biens d'une personne avec laquelle elle avait un lien

¹²⁰ Seuls les enfants majeurs pourront recevoir des dividendes étant donné les règles d'attribution prévues à l'article 120.4 L.I.R. connues sous le nom de *kiddie tax*. Cette mesure impose au taux marginal le plus élevé certains revenus fractionnés, dont les dividendes versés par une société privée à un enfant qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans au cours de l'année.

de dépendance¹²¹. Cependant, si l'exercice de la société est de moins de 12 mois, cette déduction sera accordée au prorata.

Lorsque la JVM des biens diffère de leur coût fiscal, le choix prévu au paragraphe 85(1) L.I.R. pourra être effectué afin que ce transfert soit réalisé sans incidence fiscale¹²². En contrepartie, le médecin recevra des actions sans droit de vote et sans droit de participation qui pourront lui conférer un droit à un dividende mensuel préférentiel et non cumulatif d'un maximum de X %, à même les profits ou les fonds disponibles aux fins de dividendes, calculé sur la valeur de rachat. Ces actions seront rachetables au gré du médecin ou de la société pour une contrepartie égale à la JVM de la contrepartie versée lors de l'émission plus tous dividendes déclarés et non payés. Il serait prudent de prévoir au contrat de vente et aux statuts de la société par actions qu'en cas de désaccord avec le fisc, l'évaluation de la JVM de cette contrepartie par le fisc prévaudra et que la valeur de rachat des actions sera rajustée en conséquence¹²³.

Le bilan de certains médecins spécialistes, des chirurgiens plastiques par exemple, peut présenter des travaux en cours à la fin de l'année. La valeur des travaux en cours, conformément au paragraphe 10(4) L.I.R., représente le montant qu'il est prévisible de pouvoir facturer et encaisser des clients. Lorsque le choix de l'article 34 L.I.R.¹²⁴ est effectué par le médecin dans le cadre du calcul de son revenu de profession et que, par la suite, il transfère ces travaux en cours à la société en franchise d'impôt grâce au mécanisme du paragraphe 85(1) L.I.R., l'ARC a précisé que c'est la société qui devra

¹²¹ Selon le paragraphe 1100(2.2) R.I.R. la règle du demi-taux ne s'applique pas lorsqu'un bien fait l'objet d'une disposition en faveur d'une personne ayant un lien de dépendance, le bien devant être un bien amortissable du médecin et devant lui avoir appartenu de façon continue pendant la période commençant à une date qui était au moins 364 jours avant la fin d'année d'imposition de la société acquéreuse au cours de laquelle elle a acquis le bien. Bref, la règle du demi-taux doit s'être appliquée au médecin auparavant : le transfert ne permet pas de l'éluider.

¹²² Nous reviendrons sur le mécanisme de roulement de l'article 85 L.I.R. à la section 3.4. du présent texte.

¹²³ Afin d'être reconnue par l'ARC, la clause de rajustement du prix doit remplir toutes les conditions prévues au paragraphe 1 du *Bulletin d'interprétation* IT-169. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-169, « Clauses de rajustement du prix », 6 août 1974.

¹²⁴ L'article 34 L.I.R. permet à certains professionnels, dont les médecins, de différer l'imposition des travaux en cours à la fin de l'année, c'est-à-dire des travaux non achevés pour lesquels la facturation n'a pas encore eu lieu.

s'imposer sur le travail en cours existant au moment du transfert¹²⁵. Les travaux en cours seront transférés pour une somme convenue nominale puisque leur coût indiqué, tel que défini au paragraphe 248(1) L.I.R., est néant lorsque le choix prévu à l'alinéa 34(1)a) L.I.R. est effectué¹²⁶. À la fin de l'année d'imposition suivante, la société pourra encore effectuer le choix prévu à l'article 34 L.I.R. et reporter l'imposition des travaux en cours.

Doit-on également transférer un achalandage qui représente généralement l'excédent de la valeur globale d'une entreprise à une date donnée sur la juste valeur attribuée aux éléments identifiables de son actif net à cette date¹²⁷? Quelle est la valeur de la clientèle d'un médecin? Une liste de patients a-t-elle une valeur étant donné la pénurie actuelle de médecins? De plus, il est nécessaire de déterminer si cet achalandage est rattaché au médecin lui-même ou s'il est plutôt attribuable à l'exploitation de son entreprise – la bonne réputation, la qualité des services, la renommée de son cabinet, etc. Cette distinction est importante puisque les spécialistes en évaluation ont tendance à n'attribuer que très peu sinon aucune valeur à l'achalandage rattaché à un particulier lors d'un transfert ou d'une vente d'entreprise : les compétences, les relations et la réputation du médecin font partie intégrante de sa personne et ne seraient donc pas transférables¹²⁸. Nous pouvons imaginer qu'une pratique professionnelle comportant en grande partie des revenus provenant du secteur privé (expertises médicales, vaccinations, etc.) pourrait avoir une certaine valeur. Toutefois, l'absence de données historiques devant servir de base de comparaison sera une autre difficulté. L'évaluation d'entreprise n'est pas une science exacte et il est recommandé de recourir aux services d'experts dans le domaine. L'ajout de l'achalandage au contrat contribuera à démontrer que c'est la société elle-même qui exploite l'entreprise et non plus le médecin personnellement.

¹²⁵ *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 2004-0069691E5, « Incorporation des professionnels », 18 mai 2004.

¹²⁶ AGENCE 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. 18.

¹²⁷ OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, précité, note 70, s.v. « achalandage ».

¹²⁸ Luc LAFONTAINE, « Évaluation de l'entreprise individuelle et de la société en nom collectif (S.E.N.C.) en vue de la conversion en S.P.A. », dans *Colloque – La pratique professionnelle en société par actions, où en sommes-nous?*, 142, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 6:1-9.

3.3. PRÉSENCE D'UNE SOCIÉTÉ DE GESTION AU SEIN DE LA STRUCTURE PROPOSÉE

Afin de réduire les coûts de la constitution de la société professionnelle et les frais annuels récurrents, certains conseillers choisissent de ne pas inclure de société de gestion à la structure proposée. Cette façon de faire comporte des risques. Rappelons que le *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société* précise que la société professionnelle doit être constituée aux fins de l'exercice des activités professionnelles et que, selon la position du Collège des médecins, la société peut exercer des activités qui sont accessoires ou connexes à ses activités professionnelles, mais que ces activités doivent dépendre de l'activité principale, tout en demeurant secondaires par rapport à celle-ci, en matière d'efforts, d'investissements requis ou de revenus générés¹²⁹. Déroger au *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société* et perdre le droit d'exercer la médecine au sein de la société entraîneraient l'imposition des revenus de la société entre les mains du professionnel. Il est donc prudent de recommander au médecin d'effectuer toutes les activités non rattachées à l'exercice de la profession médicale par l'intermédiaire d'une autre société.

Lorsque plus d'un médecin pratique au sein de la même société professionnelle, des sociétés de gestion permettront également à chacun d'effectuer sa propre planification fiscale et financière puisque le transfert de dividendes entre les sociétés ne devrait pas entraîner d'impôt¹³⁰. Selon les

¹²⁹ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, précité, note 11, question 18.

¹³⁰ Il faudra s'assurer que les sociétés soient rattachées au sens du paragraphe 186(4) L.I.R. afin d'éviter l'impôt de la partie IV L.I.R. lors du versement des dividendes. Une société est rattachée à une autre société lorsque la société qui reçoit le dividende contrôle la société qui le verse ou lorsque la société qui reçoit le dividende détient, à un moment, plus de 10 % des actions avec droit de vote et plus de 10 % de la JVM de toutes les actions émises par la société qui paye le dividende. Aux fins de l'impôt de la partie IV L.I.R., une société est contrôlée par une autre société si plus de 50 % des actions émises de son capital-actions (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) appartiennent à l'autre société, à des personnes avec lesquelles cette autre société a un lien de dépendance ou à la fois à l'autre société et à des personnes avec lesquelles l'autre société a un lien de dépendance. Cette définition particulière du contrôle est prévue au paragraphe 186(2) L.I.R. et prévaut pour l'application de l'impôt de la partie IV L.I.R., sauf pour ce qui est de déterminer si une société est une société assujettie selon le paragraphe 186(3) L.I.R. S'il s'avérait que le dividende fut reçu d'une société qui n'est pas rattachée, un impôt de la partie IV L.I.R. égal au tiers des dividendes reçus au cours de l'année devrait être payé. Reçu d'une société rattachée, le dividende n'entraînerait un impôt de la partie IV L.I.R. que si la société payante a bénéficié d'un remboursement au titre de dividendes. En règle générale, l'impôt de la partie IV L.I.R. est remboursable à la société comme remboursement au (à suivre...)

besoins de chaque unité familiale, des sommes plus ou moins importantes pourront ensuite être retirées de la structure.

À titre de comparaison, notons que, depuis 2006, les modifications apportées à la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario permettent aux médecins qui exercent leur profession en Ontario de constituer une société professionnelle, mais les membres de la profession doivent être propriétaires en titre et propriétaires effectifs (*legally and beneficially owned*), soit directement ou indirectement, de toutes les actions émises et en circulation de la société¹³¹. Le règlement ontarien permet toutefois aux membres de la famille (conjoint, parent ou enfant) du médecin de détenir des actions sans droit de vote de la société afin d'effectuer du fractionnement de revenus¹³². Cela signifie qu'aucune société de gestion ou fiducie ne peut être introduite dans une structure ontarienne puisqu'elles ne peuvent être actionnaires de la société professionnelle¹³³. Par le biais d'instructions présentées sur son site Internet, le College of Physicians and Surgeons of Ontario réitère sa position et interdit formellement la détention des actions de la société professionnelle par l'intermédiaire d'une société de portefeuille détenue à 100 % par le médecin¹³⁴.

(...suite)

titre de dividendes, aux termes du paragraphe 129(1) L.I.R. lorsque la société verse des dividendes à ses actionnaires à raison d'un dollar de remboursement pour trois dollars de dividendes versés, sans excéder le solde du compte d'impôt en main remboursable au titre de dividendes sur ses revenus de placement gagnés au Canada et à l'étranger dont le calcul est prévu au paragraphe 129(3) L.I.R. Voir à ce sujet les bulletins d'interprétation : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-296R4, « Impôt de la partie IV sur les dividendes imposables reçus par une société privée ou par une société assujettie », 24 avril 2006 et IT-243R4, « Remboursement au titre de dividendes à une société », 12 février 1996.

¹³¹ Al. 3.2(2)1 L.S.A.O.

¹³² *Loi de 1991 sur les professions de santé réglementées*, L.O. 1991, c. 18; *Règlement 39/02 et L.S.A.O. règlement 665/05*, s.-al. 1(1)2.1(ii) L.S.A.O.

¹³³ Les actions peuvent être détenues en fidéicommiss (*in trust*) pour les enfants mineurs du médecin détenteur d'actions avec droit de vote.

¹³⁴ Voir le site Internet : THE COLLEGE OF PHYSICIANS AND SURGEONS OF ONTARIO (en ligne : <http://www.cpsso.on.ca/members/membership/default.aspx?id=1886>).

3.4. TRANSFERT DE BIENS À LA SOCIÉTÉ DE GESTION

Il pourrait être intéressant de procéder au transfert de biens que le médecin détient personnellement ou conjointement avec son conjoint, en faveur de la nouvelle société de gestion. Ce transfert aura l'avantage de regrouper sous une même administration tous les placements non enregistrés du médecin, ce qui pourrait réduire les frais de gestion exigés par le courtier tout en permettant au médecin et à son conjoint de monnayer le coût fiscal des biens transférés. L'avantage financier le plus notable sera obtenu lors du transfert d'un immeuble locatif sur lequel il subsiste un montant d'emprunt hypothécaire qui pourrait subséquemment être payé plus rapidement puisqu'il le sera à même des liquidités imposées aux taux des sociétés, c'est-à-dire à même le revenu de profession imposé à 19 %¹³⁵.

En règle générale, lorsqu'un contribuable dispose d'un bien en faveur d'une société par actions, cette opération doit se faire à la JVM du bien en vertu de l'article 69 L.I.R. Toutefois, afin de permettre le transfert de biens tout en différant l'imposition, le choix permis à l'article 85 L.I.R.¹³⁶ est fréquemment utilisé. Ce roulement ne sera possible que si le contribuable est un particulier, une société ou une fiducie et qu'il dispose d'un bien admissible¹³⁷ en faveur d'une société canadienne imposable¹³⁸, pour une contrepartie comprenant des actions du capital-actions de la société. Le médecin et la société choisiront une somme convenue qui deviendra le produit de disposition pour le médecin et le coût d'acquisition pour la

¹³⁵ Des dividendes seront déclarés et payés, à même les liquidités excédentaires générées par D^f inc., à la fiducie familiale discrétionnaire détenant les actions avec droit de participation. Le montant de ces dividendes sera attribué à Gestion D^f inc. Voir à ce sujet la section 3.5., « Présence d'une fiducie familiale discrétionnaire au sein de la structure proposée ». En l'absence d'une fiducie discrétionnaire, il sera important de s'assurer que Gestion D^f inc. est actionnaire de D^f inc. afin de permettre le transfert de ces liquidités.

¹³⁶ Pour plus de détails sur le fonctionnement de cet article, voir l'analyse effectuée par Marjolaine NAUD, « Transfert de biens à une société – Analyse du choix du paragraphe 85(1) L.I.R. et questions connexes », (1996), vol. 18, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 597-658.

¹³⁷ Les biens admissibles sont définis au paragraphe 85(1.1) L.I.R. et comprennent notamment une immobilisation, amortissable ou non, située au Canada ou à l'étranger, une immobilisation admissible et un bien en inventaire, sauf un bien immeuble détenu en inventaire.

¹³⁸ Au sens du paragraphe 89(1) L.I.R.

société¹³⁹. Cette somme convenue sera déterminée en fonction de certaines limites décrites aux alinéas 85(1)b) à 85(1)e.4) L.I.R.

Afin d'utiliser le roulement de l'article 85 L.I.R., le médecin doit recevoir ou acquérir le droit de recevoir au moins une action de la société lors du transfert¹⁴⁰. Il devient donc automatiquement propriétaire d'un placement sous forme d'actions dans la société. L'excédent de la contrepartie totale sur la contrepartie en actions est communément appelée la contrepartie autre qu'en actions (« CAA ») et peut être composée d'éléments d'actif financiers (un billet au porteur, par exemple) ou non financiers (des biens en inventaire, notamment). Lorsque le médecin désire effectuer un roulement sans conséquence fiscale, il ne doit pas recevoir une CAA qui excède la somme convenue déterminée en fonction du bien visé¹⁴¹. Les sommes convenues dépendent de la nature des biens transférés et sont décrites aux alinéas 85(1)c.1), 85(1)d) et 85(1)e) L.I.R.¹⁴² (immobilisation non amortissable, immobilisation admissible, bien amortissable). Elles ont pour objectif d'empêcher la réalisation d'une perte artificielle qui surviendrait si l'on pouvait choisir une somme convenue inférieure à la celle décrite aux alinéas indiqués ci-dessus¹⁴³. Prenons l'exemple d'un médecin qui détient personnellement les biens présentés ci-dessous. Supposons également un solde d'emprunt hypothécaire de 100 000 \$ sur l'immeuble locatif qu'il détient.

¹³⁹ Al. 85(1)a) L.I.R.

¹⁴⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 76-19R3, « Transfert de biens à une société en vertu de l'article 85 », 17 juin 1996, par. 8.

¹⁴¹ M. NAUD, précité, note 136.

¹⁴² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-291R3, « Transfert d'un bien à une société en vertu de 85(1) », 12 janvier 2004, par. 10.

¹⁴³ *Id.*

	Fraction non amortie du coût en capital (« FNACC »)	Prix de base rajusté	JVM
Portefeuille boursier n° 1 (hors REÉR)	s. o.	110 000 \$	70 000 \$
Portefeuille boursier n° 2 (hors REÉR)	s. o.	40 000 \$	65 000 \$
Immeuble locatif (ex. triplex) – Bâtiment	225 000 \$	250 000 \$	325 000 \$
Immeuble locatif (ex. triplex) – Terrain	s. o.	150 000 \$	175 000 \$
		550 000 \$	635 000 \$

Afin de transférer les biens à la société de gestion en utilisant les dispositions de roulement de l'article 85 L.I.R. de façon à reporter tout impôt latent, l'opération suivante doit être orchestrée.

	JVM	Somme convenue	Contrepartie reçue			
			Billet	Emprunt hypothécaire assumé	Actions privilégiées	Total
Portefeuille n° 2	65 000 \$	40 000 \$	40 000 \$	s. o.	25 000 \$	65 000 \$
Bâtiment	325 000 \$	225 000 \$	150 000 \$	75 000 \$	100 000 \$	325 000 \$
Terrain	175 000 \$	150 000 \$	125 000 \$	25 000 \$	25 000 \$	175 000 \$
	565 000 \$		315 000 \$	100 000 \$	150 000 \$	565 000 \$

Le médecin choisira probablement de ne pas transférer les placements du premier portefeuille puisqu'il n'y a aucun gain accumulé sur ces placements. Une perte en capital de 40 000 \$ serait réalisée et il s'agirait d'une perte apparente qui serait réputée nulle en vertu du sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R. si la société qu'il contrôle acquiert les mêmes placements au cours de la période commençant 30 jours avant la disposition et se terminant 30 jours après¹⁴⁴. Ces placements pourraient être simplement liquidés, sous réserve des recommandations du courtier. À la suite de ces dispositions, le médecin sera donc en droit de recevoir sans impôt 315 000 \$ de sa société de gestion puisqu'il s'agira du remboursement des billets obtenus lors des transferts. Cela constitue une façon intéressante de monnayer le coût fiscal des biens. Ces billets permettront de réduire les liquidités qui seront transférées au médecin au cours des premières années et repousseront d'autant le moment où l'impôt personnel sera payé sur les sommes gagnées par la société lors de l'exploitation de l'entreprise.

¹⁴⁴ La perte apparente est décrite à l'article 54 L.I.R.

médicale. Puisque le médecin n'obtient en échange que des actions privilégiées dans le cadre de la structure proposée, il s'agit d'une excellente protection de la plus-value future de ces biens puisqu'elle profitera aux bénéficiaires de la fiducie. Cette plus-value sera donc protégée des créanciers du médecin et de ceux des bénéficiaires de la fiducie discrétionnaire, mais également de l'impôt qui aurait été payable lors de la disposition réputée qui aurait dû survenir au décès du médecin¹⁴⁵. Finalement, l'emprunt hypothécaire sera remboursé beaucoup plus rapidement puisqu'il sera dorénavant réduit grâce aux dividendes qui seront payés par la société professionnelle et transférés sans impôt à la société de gestion qui sera bénéficiaire de la fiducie qui détient les actions avec droit de participation de la société professionnelle.

Pour rembourser un dollar (1 \$) de cet emprunt hypothécaire, un revenu d'un dollar et vingt-trois (1,23 \$) devra être gagné par la société professionnelle¹⁴⁶ alors que le médecin lui-même devait gagner un dollar et quatre-vingt-treize (1,93 \$) pour arriver à rembourser le même dollar d'emprunt hypothécaire¹⁴⁷. Un remboursement accéléré signifie que moins d'intérêts seront payés globalement sur cet emprunt hypothécaire.

Il est toutefois important de noter qu'un roulement parfait, c'est-à-dire un transfert de biens admissibles à la somme minimale permise par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, n'entraîne aucune conséquence fiscale pour le vendeur, mais crée une situation de double imposition potentielle. Le vendeur aura reporté la plus-value sur les biens cédés à la société jusqu'au moment de la vente des actions reçues en contrepartie, mais l'acheteur, pour qui les coûts fiscaux des biens acquis sont les mêmes que ceux du vendeur avant le transfert¹⁴⁸, détient également des biens comportant une plus-value

¹⁴⁵ Ces possibilités de planifications fiscales seront présentées à la section 3.5.

¹⁴⁶ En posant l'hypothèse que tous les revenus de la société D^r inc. sont admissibles à la DPE, soit 1 \$ / (1 - 19 %).

¹⁴⁷ En utilisant le taux marginal maximum des particuliers, soit 1 \$ / (1 - 48,22 %).

¹⁴⁸ Selon l'alinéa 85(1)a) L.I.R., la somme convenue entre le contribuable et la société dans le choix qu'ils ont fait relativement au bien est réputée être, pour le contribuable, le produit de disposition du bien et, pour la société, le coût du bien. Toutefois, lors du transfert de biens amortissables, le paragraphe 85(5) L.I.R. prévoit un ajustement lorsque le coût en capital pour l'acquéreur (généralement la FNACC) est inférieur à celui initialement supporté par le vendeur. Dans une telle situation, aux fins de la déduction pour amortissement, le coût en capital supporté par le vendeur sera réattribué à l'acheteur et la différence entre les deux montants sera considérée comme une déduction pour amortissement réputée prise au cours des années antérieures.

latente. L'acheteur, lors de la disposition des biens, et le vendeur, lors de la disposition des actions, seront donc tous les deux imposés sur la plus-value latente qui n'a pas été constatée lors de l'opération¹⁴⁹.

Avant de procéder à ce transfert, le médecin devra s'assurer que l'institution financière accepte de transférer le prêt hypothécaire, ce qui sera parfois réalisé moyennant un cautionnement du médecin. Il sera également primordial de procéder aux ajustements nécessaires concernant les assurances liées à cet immeuble et d'orchestrer le transfert afin qu'il soit exempt du paiement du droit de mutation¹⁵⁰.

Finalement, afin d'éviter les conséquences négatives de l'alinéa 85(1)e.2) L.I.R.¹⁵¹ quand des actions privilégiées sont émises dans le cadre d'un roulement, il faut s'assurer que ces actions ont réellement la JVM qui leur a été assignée lors du transfert¹⁵². Pour éviter que le fisc ne leur attribue une JVM inférieure, les actions privilégiées devraient présenter les caractéristiques suivantes, inspirées des caractéristiques proposées par l'ARC dans le cadre d'un gel successoral :

¹⁴⁹ Cette double imposition potentielle sera problématique lors du décès de l'actionnaire puisque ce dernier est réputé disposer à la JVM, immédiatement avant son décès, des actions de la société. Il y aura donc imposition de la plus-value latente des biens transférés. Il existe différentes planifications dans le but d'éviter cette double imposition, dont l'utilisation du paragraphe 164(6) L.I.R. et des techniques connues sous le nom de « technique du pipeline » et « technique de la majoration du coût par suite d'une liquidation ». Voir à ce sujet le texte de Claudine PUGLIÈSE, « Planification *post mortem* et successorale – Mise à jour », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 12:1-28.

¹⁵⁰ L'article 19 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1, présente les situations où il y a exonération du paiement du droit de mutation. L'ordre des opérations lors de l'organisation de la nouvelle structure du médecin pourrait être très important.

¹⁵¹ L'application de l'alinéa 85(1)e.2) L.I.R. a pour effet d'augmenter la somme convenue lorsqu'un avantage est conféré à un actionnaire lié du montant de cet avantage. Cet alinéa trouve application lorsqu'un contribuable transfère un bien à une société en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. et que la JVM du bien transféré dépasse le plus élevé de la JVM de la contrepartie totale reçue et de la somme convenue entre le contribuable et la société. Il doit également être raisonnable de considérer une partie de cet excédent comme un avantage que le contribuable a voulu conférer à une personne qui lui est liée. Voir à ce sujet : AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 142, par. 18.

¹⁵² AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 142, par. 18.

- « • rachetables au gré du détenteur pour une valeur de rachat égale à la JVM des actions ordinaires échangées, plus les dividendes déclarés et non payés;
- aucun dividende ne peut être versé sur des actions d'autres catégories d'un montant qui réduirait la JVM des actions privilégiées en deçà de leur valeur de rachat, ou qui aurait pour effet que la société n'aurait plus l'actif net nécessaire au rachat des actions privilégiées;
- elles doivent à tout le moins être assorties d'un droit de vote sur toute question concernant une modification des caractéristiques qui s'y rattachent (ces droits de vote peuvent être prévus dans la loi sur les sociétés par actions qui est applicable ou dans les statuts constitutifs);
- priorité absolue sur toutes les autres catégories d'actions advenant la distribution des actifs de la société lors d'une liquidation ou dissolution de la société ou toute autre distribution des éléments de l'actif, jusqu'à concurrence de la valeur de rachat, plus les dividendes déclarés et non payés;
- priorité absolue sur toutes les autres catégories quant au rachat des actions, et la société ne peut acquérir des actions d'autres catégories avant d'avoir procédé au rachat de toutes les actions privilégiées;
- aucune restriction quant au transfert des actions privilégiées (autre que les restrictions requises, s'il y a lieu par la loi, sur les sociétés applicables pour se qualifier à titre de société privée); et,
- comportant une clause de rajustement de la valeur de rachat des actions privilégiées qui est applicable lorsque la valeur de rachat fixée par les parties ne correspond pas à la JVM des actions ordinaires échangées, et comportant aussi les autres rajustements appropriés lorsque des actions ont déjà été rachetées au moment du rajustement de la valeur de rachat¹⁵³. »

Lorsque de telles actions sont émises dans le cadre d'un roulement, il ne sera évidemment pas question de la JVM des actions reçues en échange, mais de la JVM de la contrepartie reçue.

3.5. PRÉSENCE D'UNE FIDUCIE FAMILIALE DISCRÉTIONNAIRE AU SEIN DE LA STRUCTURE PROPOSÉE

La fiducie a un patrimoine d'affectation autonome et distinct¹⁵⁴ qui s'ajoute à la structure en société du médecin. La fiducie familiale proposée

¹⁵³ *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 2008-0285241C6, « Attributes of Estate Freeze Preferred Shares », 22 avril 2009.

¹⁵⁴ Art. 1261 C.c.Q.

est une fiducie discrétionnaire dont les bénéficiaires sont principalement le médecin, sa conjointe, ses enfants et la société Gestion D^r inc. Le principal avantage d'une telle fiducie est la flexibilité qu'elle donne aux fiduciaires quant à la répartition du montant des dividendes versés par la société professionnelle à la fiducie, entre les bénéficiaires de la fiducie en fonction de leurs besoins et du coût fiscal du dividende pour chacun, ouvrant ainsi la porte au fractionnement du revenu familial.

Concrètement, la société D^r inc. déclarera un dividende d'un montant équivalant à toutes les liquidités excédentaires disponibles. Une partie de ce dividende sera d'abord attribuée au médecin, en tant que bénéficiaire des actions privilégiées de roulement acquises lors du transfert à la société professionnelle des biens utilisés dans sa pratique professionnelle. Le dividende imposable versé devra être suffisant afin de compenser le rendement, calculé au taux prescrit, que le médecin devrait théoriquement recevoir de la société sur la valeur impayée générée lors du transfert des biens à la société¹⁵⁵. Cette exigence découle de la règle d'attribution prévue au paragraphe 74.4(2) L.I.R. puisqu'il sera possible de considérer que l'un des objectifs du transfert des biens générateurs de revenus consistait à réduire le revenu du médecin et à avantager son conjoint ou ses enfants mineurs¹⁵⁶. Les fiduciaires, parmi lesquels on pourra compter le médecin¹⁵⁷, pourront ensuite choisir d'attribuer le montant des dividendes à la conjointe du médecin et à leurs enfants majeurs, en fonction de leurs besoins et de la possibilité de profiter d'un taux d'imposition marginal inférieur¹⁵⁸. Ajouté aux autres revenus de la famille, le montant de ces dividendes comblera la somme nécessaire au coût de la vie familiale. Les sommes excédentaires

¹⁵⁵ En vertu du paragraphe 74.4(2) L.I.R., ce dividende sera nécessaire seulement si la société professionnelle accumule des éléments d'actif excédentaires représentant 10 % ou plus de la JVM de l'actif qu'elle détient, ce qui ferait en sorte qu'elle ne soit pas une société exploitant une petite entreprise durant cette période.

¹⁵⁶ Ces règles d'attribution sont prévues à l'article 74.4 L.I.R. et trouvent application lors d'un tel transfert jusqu'au rachat complet des actions de roulement.

¹⁵⁷ Puisque nous recommandons la présence du médecin parmi les bénéficiaires de la fiducie, il ne pourra en aucun cas être seul fiduciaire de la fiducie. Il devra s'adjoindre un fiduciaire indépendant selon l'article 1275 C.c.Q. Le ou les autres fiduciaires devront être des personnes autorisées à détenir des actions de la société professionnelle tel qu'il a été mentionné précédemment à la section 1.2.3., « Exigences quant à la détention des actions de la société professionnelle ».

¹⁵⁸ Lors de cette planification, il est important de prendre en compte le coût réel d'un tel dividende qui pourrait également avoir un effet sur d'autres mesures qui visent à offrir un allègement aux particuliers à faibles revenus comme le crédit pour la TPS et la prestation fiscale pour le revenu de travail, par exemple.

seront attribuées par les fiduciaires à la société Gestion D^r inc., également bénéficiaire de la fiducie, afin de reporter le moment où les sommes gagnées par la société D^r inc. et non nécessaires à court terme seront imposées aux taux d'imposition des particuliers¹⁵⁹.

De plus, la fiducie familiale discrétionnaire, propriétaire des actions avec droit de participation sur lesquelles la plus-value de la société D^r inc. s'accumulera au fil des ans, est susceptible de réaliser un gain en capital lors de la disposition de ces actions. Ce gain en capital pourrait être réparti entre les mains de plusieurs bénéficiaires de manière à multiplier de potentielles DGC de 750 000 \$ dollars et réduire de façon importante l'impôt à payer. Toutefois, comme il est peu probable que la pratique professionnelle du médecin puisse être vendue avec un profit considérable, cet argument ne réussira pas à convaincre les médecins de l'utilité d'une fiducie. Les avantages que procure la fiducie en ce qui concerne le report d'impôt et la protection d'actif seront probablement plus attrayants aux yeux des médecins. Si la plus-value d'une société professionnelle continuellement épurée est discutable, celle de la société de gestion où s'accumulent les fonds excédentaires est quant à elle incontestable! Si le médecin choisit de détenir personnellement les actions avec droit de participation de la société de portefeuille, leur valeur fera partie de son patrimoine et lors de son décès, un impôt sera payable sur la plus-value accumulée¹⁶⁰. En s'assurant que la fiducie familiale discrétionnaire souscrive aux actions avec droit de participation de la société professionnelle et de la société de gestion, le médecin peut faire en sorte que l'impôt sur cette plus-value future soit reporté d'une génération¹⁶¹.

¹⁵⁹ Lors de la rédaction de l'acte de fiducie, une attention particulière devra être portée aux règles d'attribution prévues au paragraphe 75(2) L.I.R. afin que le transfert de la plus-value à la fiducie ne soit pas considéré comme imparfait.

¹⁶⁰ La personne décédée est réputée disposer de tous ses biens à la JVM selon le paragraphe 70(5) L.I.R. Le paragraphe 70(6) L.I.R. prévoit toutefois un roulement permettant de différer l'imposition lorsque les biens sont légués au conjoint.

¹⁶¹ Toutefois, afin d'éviter que l'imposition de certains biens soit différée indéfiniment grâce à une fiducie, des règles de disposition réputée prévues aux paragraphes 104(4) à 104(5.2) L.I.R. font en sorte que les biens sont réputés faire l'objet d'une disposition par la fiducie après 21 ans. À ce moment, il sera encore possible de retarder l'imposition jusqu'à ce que les bénéficiaires disposent eux-mêmes de ces biens par diverses planifications fiscales. Avant le 21^e anniversaire de la fiducie, il est possible de remettre les biens sans impôt aux bénéficiaires grâce à un roulement prévu au paragraphe 107(2) L.I.R. Les fiduciaires peuvent également prévoir un nouveau gel successoral et la remise de nouvelles actions privilégiées aux bénéficiaires grâce au roulement du paragraphe 107(2) L.I.R. Voir, au sujet de ces planifications :
(à suivre...)

Quant à la protection des actifs du médecin, nous avons traité précédemment de la responsabilité du médecin dans le contexte de l'exercice de sa profession en société par actions et avons conclu que la société par actions ne permet pas au médecin d'éluder cette responsabilité. Plusieurs médecins ont une très grande confiance en l'ACPM. Toutefois, il faut garder en tête que l'organisme offre des conseils médicolégaux et, au besoin, de l'assistance juridique pour les difficultés découlant des activités professionnelles de ses membres¹⁶², mais non en d'autres occasions. Le patrimoine de la fiducie est autonome et distinct de celui du médecin¹⁶³. Ainsi, en théorie¹⁶⁴, les créanciers du médecin ne pourront s'approprier des actions avec droit de participation détenues par la fiducie. Le patrimoine de la fiducie se distingue également de celui de son constituant et de celui de ses bénéficiaires¹⁶⁵. Ainsi, si le conjoint ou les enfants du médecin en viennent à connaître des difficultés financières, leurs créanciers ne pourraient, eux non plus, accéder facilement à ces actions. Pour le médecin, le fait d'attribuer au conjoint et aux enfants un droit de bénéficiaire de la fiducie plutôt que des actions de la société peut être également très rassurant afin de parer à un éventuel divorce du médecin lui-même ou de l'un des bénéficiaires.

Afin de conserver tous les avantages fiscaux dont nous avons fait état précédemment, le médecin devra faire un choix réfléchi des bénéficiaires de la nouvelle fiducie familiale qui détient les actions avec droit de participation de la société professionnelle. En effet, si un bénéficiaire de la fiducie détient lui-même le contrôle d'une autre société privée sous contrôle canadien, cette société et la société professionnelle se trouveront associées aux fins du partage du plafond des affaires admissible à la DPE¹⁶⁶.

(...suite)

Caroline RHÉAUME, *Utilisation des fiducies en planification fiscale et financière*, Brossard, Publications CCH, 2008, pp. 305-319.

¹⁶² Voir le site Internet : ASSOCIATION CANADIENNE DE PRATIQUE MÉDICALE, (en ligne : http://www.cmpa-acpm.ca/cmpapd04/docs/about_cmpa/com_services-f.cfm).

¹⁶³ Art. 1261 C.c.Q.

¹⁶⁴ La protection offerte par les fiducies ne fait pas l'objet du présent texte. Rappelons simplement qu'une fiducie permet généralement de se protéger contre les événements futurs qui pourraient survenir et non contre des événements déjà survenus.

¹⁶⁵ Art. 1261 C.c.Q.

¹⁶⁶ L'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. prévoit que les actions détenues par une fiducie sont réputées être la propriété de chacun de ses bénéficiaires dont la part sur le revenu ou le capital est conditionnelle au fait qu'une personne exerce ou n'exerce pas un pouvoir (à suivre...)

3.6. ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES

Dans la structure proposée, une fiducie discrétionnaire a été retenue. Le fractionnement du revenu aurait pu être effectué en octroyant aux membres de la famille du médecin des actions à dividendes discrétionnaires de la société professionnelle. Cette possibilité est souvent retenue en Ontario puisque dans cette province, tel qu'il a été mentionné précédemment, une société de gestion ne peut être incluse à la structure et une fiducie ne peut être utilisée qu'au bénéfice d'enfants mineurs¹⁶⁷. Il en résulte une structure plus simple et moins onéreuse puisque la fiducie familiale entraîne des coûts initiaux de mise en place ainsi que des frais annuels de maintien. La définition de dividende, au paragraphe 248(1) L.I.R., précise que « sont compris parmi les dividendes les dividendes en actions, sauf s'ils sont versés à une société ou à une fiducie de fonds commun de placement par une société non résidente ». Pour mieux comprendre leur nature, il est intéressant de noter que le *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*¹⁶⁸ définit le dividende comme le revenu que rapporte un placement en titres de capitaux propres. Un dividende s'avère donc être un rendement sur investissement financier. Or, les actions détenues par les membres de la famille des actionnaires dirigeants auront souvent été souscrites pour un montant nominal. Peut-on alors justifier qu'un actionnaire non impliqué dans les affaires de l'entreprise reçoive des sommes importantes en récompense d'un investissement d'une valeur peu significative? Cette avenue semble acceptable selon la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Neuman c. MRN*¹⁶⁹ qui a conclu que le paragraphe 56(2) L.I.R., visant à inclure dans le revenu d'un contribuable des paiements indirects faits à une autre personne au profit du contribuable, suivant ses instructions ou son accord, ne s'appliquait pas à la déclaration et au versement d'un dividende discrétionnaire à un actionnaire inactif au sein de la société, l'apport fourni par un actionnaire à la société ne devant pas être pris en considération.

(...suite)

discrétionnaire. Voir à ce sujet : *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 2004-0086891C6, « Discretionary Trust and Associated Corporations », 8 octobre 2004.

¹⁶⁷ S.-al. 1(1)2.1(iii) L.S.A.O.

¹⁶⁸ Louis MÉNARD, *Le dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*, Dunod, 2005.

¹⁶⁹ [1998] 1 R.C.S. 770, par. 64.

Comme le soulève M^e Luc Martel, les actions à dividendes discrétionnaires ouvrent également la porte à d'autres considérations légales¹⁷⁰. Par exemple, certains actionnaires pourraient se considérer comme lésés par des dividendes déclarés et versés sur des actions à dividendes discrétionnaires autres que les leurs. Dans un contexte familial, tel que celui du médecin exerçant sa profession au sein d'une société par actions, cette éventualité peut sembler farfelue, mais il suffit de penser que les actions de la société pourraient se retrouver entre les mains du conjoint d'un enfant à la suite du décès de cet enfant. Cet exemple encourage la mise en œuvre d'une convention d'actionnaires explicite. En outre, le détenteur d'actions, que des droits de vote soient ou non rattachés à celles-ci, possède un droit de regard sur les états financiers, le choix du vérificateur et les livres et registres¹⁷¹.

Une des problématiques relatives aux actions à dividendes discrétionnaires est toutefois l'évaluation de ces actions lors de leur disposition réelle ou réputée. D'importantes conséquences fiscales découlent de l'établissement de la JVM de ces actions. Par exemple, si le médecin (actionnaire majoritaire de sa société) permet à son conjoint et à ses enfants de souscrire à des actions pour un montant inférieur à leur JVM, le sous-alinéa 69(1)b(ii) L.I.R. entraînera une double imposition. En effet, le médecin sera imposé sur la base d'une disposition effectuée pour une contrepartie insuffisante alors que le coût de ces actions pour le conjoint et les enfants ne sera pas rajusté. Dans son texte, M^e Luc Martel¹⁷² rappelle les affaires *La Reine c. Kieboom*¹⁷³ et *Romkey c. La Reine*¹⁷⁴, ayant établi qu'un actionnaire qui permet à son conjoint ou à des enfants mineurs de souscrire à de nouvelles actions avec droit de participation pour un montant nominal leur cède un bien. Ces principes sont maintenant connus comme les principes du transfert d'un intérêt économique et du transfert d'un droit à des dividendes futurs. Par la suite, les règles d'attribution prévues aux paragraphes 74.1(1) et 74.1(2) L.I.R. empêcheront le fractionnement de revenu avec le conjoint ou les enfants mineurs en faisant en sorte d'attribuer le revenu qui provient des actions à dividendes discrétionnaires au médecin,

¹⁷⁰ Luc MARTEL, « Fiducie discrétionnaire ou actions à dividendes discrétionnaires? », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 22:1-60.

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.).

¹⁷⁴ 97 D.T.C. 719; 2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.).

auteur du transfert. M^e Martel reconnaît l'utilité des actions privilégiées à dividendes discrétionnaires, particulièrement dans le contexte de la constitution en société des professionnels et présente une liste de droits, privilèges, conditions et restrictions minimums que devraient prévoir les statuts de la société comprenant de telles actions :

- « • actions sans droit de vote;
- actions rachetables au gré de la compagnie, pour pouvoir s'en débarrasser dès que leur utilité a cessé;
- actions automatiquement rachetables par la compagnie au décès de leur détenteur, pour éviter qu'elles puissent être transmises par succession et qu'une valeur marchande quelconque puisse leur être attribuée;
- actions automatiquement rachetables par la compagnie advenant la faillite de leurs détenteurs, pour éviter qu'elles ne tombent entre les mains de leurs créanciers;
- actions sans droit de participation, autrement que par les dividendes reçus¹⁷⁵. »

Cette liste préparée par M^e Luc Martel couvre les situations très fréquentes où les actions à dividendes discrétionnaires sont souscrites pour une somme nominale par le conjoint et les enfants du professionnel. Lorsque ces actions sont émises dans le cadre d'un roulement les caractéristiques prévues aux statuts de la société devront être différentes puisqu'une valeur devra être attribuée à ces actions¹⁷⁶.

4. DÉPENSES ENGAGÉES DANS L'EXERCICE DE LA PROFESSION

Dans le cadre de la constitution d'une société par actions pour exercer la profession médicale, il faut s'interroger sur la nature des dépenses qui pourront être déduites par la société. N'exploitant pas une EPSP, les dépenses de la société professionnelle ne sont pas limitées par l'alinéa 18(1)p) L.I.R. Seules les règles générales entourant la déductibilité des dépenses sont applicables : les dépenses doivent être engagées dans le but de

¹⁷⁵ L. MARTEL, précité, note 170, p. 22:21.

¹⁷⁶ Voir à ce sujet le passage sur les actions privilégiées à émettre lors du transfert de biens non liés à la pratique professionnelle à la société de gestion du médecin à la section 3.4., « Transfert de biens à la société de gestion ».

gagner un revenu¹⁷⁷, ne pas constituer des dépenses en capital¹⁷⁸, ne pas être de nature personnelle¹⁷⁹ et être raisonnables selon les circonstances¹⁸⁰.

4.1. RÉMUNÉRATION DU MÉDECIN ET FRACTIONNEMENT DES REVENUS

4.1.1. Salaire, dividendes et prestation consécutive au décès

Dans bien des scénarios, un salaire raisonnable est attribué au médecin pour les services qu'il rend à la société. Tel qu'il a été indiqué précédemment, ce salaire aidera à montrer que c'est bien la société qui exploite l'entreprise. Sans être obligatoire, on remarque toutefois que ce salaire est généralement fixé de façon que le revenu gagné par le contribuable au cours de l'année permette d'atteindre le maximum déductible au titre des REÉR de l'année suivante. Lorsque le contribuable n'est bénéficiaire d'aucun régime de pension ou de retraite, ce plafond correspond au moindre de ce maximum et de 18 % du revenu gagné de l'année d'imposition précédente¹⁸¹.

Au-delà de ces considérations, plusieurs combinaisons salaires/dividendes sont possibles dans la mesure où le capital-actions de la société professionnelle donne la latitude souhaitée.

Ainsi, comme le rappellent certains auteurs¹⁸², trois grandes questions doivent être analysées pour déterminer la rémunération du professionnel : l'aspect purement technique (calcul des impôts et des différentes charges sociales), le montant de la cotisation à la Régie des rentes du Québec et l'incidence sur les cotisations à des REÉR. Les contrats d'emploi des médecins ont leurs particularités propres, mais ils devraient tous prévoir le versement d'une prestation consécutive au décès en reconnaissance des

¹⁷⁷ Al. 18(1)a) L.I.R.

¹⁷⁸ Al. 18(1)b) L.I.R.

¹⁷⁹ Al. 18(1)h) L.I.R.

¹⁸⁰ Art. 67 et 67.1 L.I.R.

¹⁸¹ Par. 146(5) L.I.R.

¹⁸² « Étude de cas 2 – L'incorporation des professionnels », précité, note 88.

longs services du médecin puisque ce montant pourra être reçu par les héritiers en franchise d'impôt jusqu'à un maximum de 10 000 \$¹⁸³.

4.1.2. Salaire au conjoint

La constitution d'une société par actions professionnelle est-elle nécessaire pour permettre le fractionnement des revenus professionnels? Le versement d'un salaire au conjoint est une façon simple d'arriver à ces fins. Mais les opérations entre personnes ayant un lien de dépendance peuvent parfois être remises en question par le fisc. À titre d'exemple, dans l'affaire *Boisvert c. SMRQ*¹⁸⁴, la déductibilité du salaire payé à une adjointe administrative ainsi que de certaines dépenses liées à l'exercice de la profession du D^r Boisvert a été analysée. Le D^r Boisvert est un médecin spécialiste en oto-rhino-laryngologie, en chirurgie cervicofaciale et un surspécialiste en immunoallergie. Son statut de travailleur autonome n'a pas été remis en cause. Il générerait un revenu d'une entreprise qui pourrait aujourd'hui être exploitée par le biais d'une société par actions. Le D^r Boisvert consacrait 40 heures par semaine au traitement hospitalier de ses patients, 16 heures par semaine à la gestion administrative de sa profession et 5 heures par semaine au département d'oto-rhino-laryngologie de l'Université Laval à titre de directeur. La déduction du salaire annuel et des avantages versés à l'adjointe administrative, qui était aussi sa conjointe, avait été refusée par le sous-ministre du Revenu bien qu'elle n'atteignait pas 20 000 \$. Membre en règle de l'Ordre des CGA et diplômée de HEC Montréal et de l'Université Laval, la conjointe du D^r Boisvert avait préalablement occupé divers emplois en lien avec sa formation. Elle consacrait 18 heures par semaine à la gestion administrative de la profession du D^r Boisvert, dont 3 heures par semaine à la gestion de son portefeuille de placements. Étant donné que la conjointe du D^r Boisvert a pu décrire avec une grande précision les tâches exécutées dans le cadre de ses fonctions, la juge Villeneuve a reconnu qu'elle travaillait réellement à la gestion de l'exercice de la profession du D^r Boisvert. La Cour a accepté le tarif horaire utilisé puisqu'il était raisonnable étant donné la formation de la conjointe du D^r Boisvert. Le montant correspondant aux heures consacrées à la gestion des revenus de placements du D^r Boisvert n'a toutefois pas été déductible du revenu d'entreprise tiré de ses activités professionnelles ni du revenu de placements, car la preuve n'a pas permis d'établir que la dépense avait été

¹⁸³ L'excédent éventuel de 10 000 \$ sur les sommes reçues est à inclure aux revenus selon le sous-alinéa 56(1)a)(iii) L.I.R. et selon la définition de « prestation consécutive au décès » au paragraphe 248(1) L.I.R.

¹⁸⁴ D.F.Q.E. 2003F-12 (C.Q. division des petites créances) (« *Boisvert* »).

engagée en vue de gagner un revenu d'entreprise. Il faut conclure de l'affaire *Boisvert* que l'attribution d'un salaire au conjoint du médecin est une avenue possible lorsque le dossier est bien étoffé.

4.1.3. Régime de retraite individuel

Dans certaines situations, un régime de retraite individuel peut être un intéressant ajout à la rémunération du médecin. Mis sur pied au bénéfice d'un actionnaire qui est également employé de la société, il s'agit d'abord d'un régime de pension agréé à prestations déterminées. L'employeur contribue au régime par des montants qui suffiront au versement de prestations à la retraite. Les cotisations nécessaires pour atteindre cet objectif seront normalement déterminées par un actuaire. Dans certains cas, elles seront supérieures au traditionnel plafond annuel des REÉR, ce qui permettra d'accroître plus rapidement le capital retraite du médecin¹⁸⁵. La mise en place d'un tel régime aura une incidence sur le maximum déductible au titre des REÉR.

4.2. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE BUREAU À DOMICILE

La profession médicale est en constante évolution et, hormis les heures de consultation avec des patients, de nombreuses heures doivent être investies en formation et en administration. En conséquence, rares sont les médecins qui ne possèdent pas un bureau à domicile. Cependant, il est peu probable qu'un médecin, qu'il soit employé ou travailleur autonome, puisse déduire les dépenses payées pour l'utilisation d'un bureau à domicile¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Voir à ce sujet le texte de Daniel LAFRENIÈRE et Hervé MARCHAND « Régime de retraite individuel, qui est vraiment le candidat idéal? – Cas pratique », dans *Colloque – Avantages imposables et outils de rémunération*, 154, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 3:1-21.

¹⁸⁶ Les paragraphes 8(13) et 18(12) L.I.R. prévoient, respectivement pour les employés et pour les particuliers exploitant une entreprise à domicile, des contraintes à la déductibilité en exigeant que l'espace de bureau à domicile soit le principal lieu d'affaires, donc utilisé pendant plus de 50 % du temps ou que ce bureau soit utilisé exclusivement pour gagner du revenu et qu'il soit utilisé sur une base régulière et continue pour rencontrer des clients ou d'autres personnes dans le cadre des affaires. Au Québec, pour un travailleur autonome ou pour une société de personnes dont un particulier est membre qui exploite une entreprise au domicile de ce dernier, la déduction des dépenses afférentes à un bureau à domicile qui se rapportent au coût pour un particulier de maintenir un domicile est limitée à 50 % de la dépense réelle. La partie affaires des dépenses de chauffage et d'éclairage est déductible à 100 %, mais l'article 175.5 L.I. prévoit que la partie affaires des dépenses d'amortissement, des primes d'assurance, des frais d'entretien et de réparation, des frais d'emprunt (à suivre...)

Dans l'affaire *Boisvert*¹⁸⁷, la juge Villeneuve mentionne que « [l]a principale place d'affaire d'un médecin spécialiste qui travaille généralement 40 heures/semaine dans le même hôpital, se situe précisément dans cet hôpital où il exerce effectivement et généralement sa profession de médecin pour le bénéfice de ses patients »¹⁸⁸. Selon la juge Villeneuve, « [t]ous les services de gestion reliés à l'exercice de cette noble profession ne peuvent être que l'accessoire nécessaire à l'exercice efficace de la fonction principale du médecin »¹⁸⁹. Puisque le bureau à domicile du D^r Boisvert ne constituait pas sa principale place d'affaires au sens de l'article 175.4 L.I., la déduction demandée à ce titre lui a été refusée. Toutefois, la restriction liée aux dépenses de bureau à domicile ne s'applique qu'aux particuliers.

La société professionnelle ne verra pas ses dépenses soumises à de telles limites. Dans la mesure où il est possible de démontrer qu'elles ont été engagées pour gagner du revenu et qu'elles sont raisonnables, ces dépenses seront entièrement déductibles dans le calcul du revenu de la société. Celle-ci pourra donc payer un loyer raisonnable à son actionnaire médecin en compensation de l'utilisation d'une pièce de la résidence de celui-ci. Le médecin devra s'imposer sur ce revenu de location, mais il pourra déduire une partie de tous les frais inhérents à la résidence, tels que les taxes foncières, les assurances, les intérêts sur l'emprunt hypothécaire, les dépenses d'entretien et de réparation, etc. Cette décision ne doit toutefois pas être prise à la légère puisqu'il en résulte un changement d'usage étant donné que la résidence, qui était entièrement utilisée à des fins personnelles, sert dorénavant à gagner en partie un revenu de location. Lors de cette conversion, l'alinéa 45(1)c) L.I.R. fait en sorte que la partie de la résidence qui est dorénavant utilisée pour gagner du revenu est réputée avoir fait l'objet d'une disposition pour un produit de disposition égal à la fraction qu'elle représente de la JVM de la résidence et est réputée avoir été acquise de nouveau immédiatement à un coût égal à ce même montant. Un gain en capital peut en résulter, lequel peut être éliminé par l'exemption pour

(...suite)

hypothécaire et d'impôts fonciers n'est déductible qu'à concurrence de 50 %. De plus, la somme des dépenses déductibles à ce titre ne peut en aucun cas créer ou augmenter une perte. La partie de la somme qui ne peut être ainsi déduite peut être reportée à une année subséquente en vertu de l'article 175.6 L.I. Voir à ce sujet : REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 175.1-1/R1, « Entreprise exercée à domicile », 28 février 2006, par. 6.

¹⁸⁷ Précité, note 184.

¹⁸⁸ *Id.*, par. 25.

¹⁸⁹ *Id.*

résidence principale¹⁹⁰, mais toute plus-value future sur la partie de la résidence servant de bureau deviendrait imposable. Heureusement, par position administrative, les autorités fiscales n'appliqueront pas la présomption de disposition si le lieu est principalement utilisé comme résidence principale et ne sert que de façon accessoire à produire un revenu, si aucun changement structurel n'a été apporté à la résidence et si aucune déduction pour amortissement n'a jamais été demandée¹⁹¹. Ainsi, l'exemption pour résidence continuera de s'appliquer à la totalité de la résidence du médecin lors de sa disposition ultérieure¹⁹².

4.3. FRAIS DE DÉPLACEMENT ENGAGÉS DANS LE CADRE DE L'EXERCICE DE LA MÉDECINE

En tant qu'employé de la société professionnelle, le médecin peut utiliser son automobile personnelle dans le cadre de son emploi ou utiliser une automobile qui lui est fournie par la société. Si le médecin choisit d'utiliser son automobile personnelle, la société peut le dédommager en lui versant une allocation raisonnable¹⁹³. Pour qu'une telle allocation ne soit pas considérée comme un avantage imposable, elle doit être calculée uniquement en fonction du kilométrage parcouru aux fins d'affaires et à un taux raisonnable¹⁹⁴. La société ne doit toutefois pas, en sus de l'allocation, avoir remboursé au médecin des dépenses relatives à l'automobile sauf : l'augmentation des primes d'assurances due à l'utilisation commerciale du véhicule, le péage sur les autoroutes ou les frais de traversier¹⁹⁵. L'alinéa 18(1)r) L.I.R. indique que cette allocation sera déductible dans le calcul du

¹⁹⁰ Le gain en capital réalisé lors de la disposition d'une résidence principale définie à l'article 54 L.I.R. est généralement exempté d'impôt en vertu de l'alinéa 40(2)b) L.I.R. Voir à ce sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-120R6, « Résidence principale », 17 juillet 2003, par. 32.

¹⁹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-120R6, « Résidence principale », 17 juillet 2003, par. 32.

¹⁹² *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 2003-0038217, « Gain en capital/Résidence principale », 7 janvier 2004.

¹⁹³ S.-al. 6(1)b)(v) L.I.R. Voir également : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide de l'employeur*, « T4130 – Avantages imposables et allocations », 26 février 2009.

¹⁹⁴ Revenu Québec a confirmé lors de la table ronde 2008 qu'il ne s'agirait pas d'un avantage imposable pour le médecin. Voir à ce sujet : « Table ronde sur la fiscalité provinciale », précité, note 91.

¹⁹⁵ S.-al. 6(1)b)(xi) L.I.R.

revenu de la société dans la mesure où son montant ne dépasse pas le montant prescrit. Le montant prescrit, prévu à l'article 7306 R.I.R., s'établit, pour l'année 2012, à 0,53 \$ par kilomètre pour les 5 000 premiers kilomètres et à 0,47 \$ par kilomètre pour tous les kilomètres suivants. Le médecin peut également utiliser une automobile mise à sa disposition par la société. Cette dernière en supportera tous les frais et permettra au médecin de l'utiliser à ses fins personnelles, le faisant ainsi bénéficier d'un avantage imposable calculé, d'une part, sur le droit d'usage¹⁹⁶ et, d'autre part, sur les frais de fonctionnement de l'automobile¹⁹⁷. Peu importe la solution retenue, le kilométrage parcouru entre le domicile et le principal lieu d'affaires du médecin ne peut être considéré comme une dépense d'affaires¹⁹⁸. En 2004, on a demandé à l'ARC si les dépenses concernant les déplacements effectués par un médecin pour se rendre à deux hôpitaux dans le cadre de son travail régulier et lorsqu'il est de garde étaient déductibles, et la réponse a été négative dans tous les cas puisque la résidence du médecin n'a pas été considéré comme son principal lieu d'affaires¹⁹⁹. De l'avis de l'ARC :

« Le lieu d'affaires d'un contribuable peut comprendre un ou plusieurs endroits où a lieu toute activité en vue de l'exécution des services qu'il offre de même que ses activités d'ordre juridiques, administratives ou de direction. [...] il n'est pas nécessaire qu'une entreprise possède les dites installations ou qu'elles lui soient personnellement attitrées pour que l'on puisse considérer un lieu comme étant le lieu d'affaires d'un contribuable. En effet, dans certains cas, comme celui des professionnels de la santé, il peut être suffisant qu'une personne ait accès à certains locaux de façon continue pour y exploiter son entreprise et qu'il soit de notoriété publique que c'est dans ce même lieu que ledit individu peut être rejoint lorsque l'on requiert ses services pour que l'on puisse conclure qu'il s'agit de son lieu d'affaires²⁰⁰. »

Chaque situation étant un cas d'espèce, l'option la plus avantageuse sur le plan financier doit être déterminée en tenant compte du mode de détention du véhicule (location ou achat) et de son utilisation aux fins d'affaires.

¹⁹⁶ Al. 6(1)e) et par. 6(2) L.I.R.

¹⁹⁷ Al. 6(1)k) L.I.R.

¹⁹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-521R, « Frais de véhicule à moteur déduits par des travailleurs indépendants », 16 décembre 1996, par. 24.

¹⁹⁹ *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 2004-0055421E5, « Frais de déplacement », 24 septembre 2004.

²⁰⁰ *Id.*

4.4. FRAIS DE REPRÉSENTATION, DIVERTISSEMENT ET EXERCICE DE LA MÉDECINE

Nous avons déjà mentionné qu'une dépense donne droit à une déduction si le médecin l'a engagée en vue de tirer un revenu d'entreprise²⁰¹ et qu'elle est raisonnable compte tenu des circonstances²⁰². De façon plus précise, cette dépense ne doit pas non plus consister en des frais personnels ou des frais de subsistance²⁰³. Le paragraphe 67.1(1) L.I.R. prévoit que les frais engagés pour des aliments, des boissons ou des divertissements en vue de tirer un revenu d'entreprise sont réputés correspondre à 50 % du moins élevé du montant réellement payé ou payable et d'un montant qu'il serait raisonnable de payer dans les circonstances pour ces dépenses. Cette limite vise ce type de dépense de façon globale : qu'il s'agisse d'un repas avec un fournisseur, d'un repas pris lors d'un congrès ou d'une bouteille de vin offerte en cadeau à un collaborateur qui dirige ses patients vers le médecin²⁰⁴. Il est toutefois intéressant de noter que l'alinéa 67.1(2)f) L.I.R. permet la déduction de 100 % de la dépense lorsque celle-ci est engagée par un employeur pour des aliments, boissons et divertissements qui sont offerts à tous les employés lors d'un maximum de six événements spéciaux tenus au cours d'une année civile. Les frais engagés pour les conjoints et les enfants des employés peuvent également être entièrement déduits si tous les conjoints et tous les enfants ont été invités²⁰⁵.

Dans l'affaire *Boisvert*²⁰⁶, il était aussi question du lien entre les frais de représentation déduits et le revenu de profession du médecin. Alors que le

²⁰¹ Al. 18(1)a) L.I.R.

²⁰² Art. 67 et 67.1 L.I.R.

²⁰³ Al. 18(1)h) L.I.R.

²⁰⁴ Certaines exceptions ont toutefois trait aux frais de déménagement (art. 62 L.I.R.), aux frais de garde d'enfants (art. 63 L.I.R.) et aux frais médicaux (art. 118.2 L.I.R.). Selon l'alinéa 67.1(2)b) L.I.R., la limite de 50 % ne s'applique pas dans le cadre d'une collecte de fonds organisée au bénéfice d'un organisme de bienfaisance enregistré. Cette restriction ne s'applique évidemment pas lorsque l'exploitation de l'entreprise consiste à fournir ces aliments ou divertissements contre paiement. L'exemption toutefois s'applique uniquement aux dépenses consacrées aux aliments, aux boissons et aux divertissements qui font partie des produits que le contribuable vend ou du service qu'il fournit.

²⁰⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-518R, « Frais pour des aliments, des boissons et des divertissements », 16 avril 1996, par. 12.

²⁰⁶ Précité, note 184.

sous-ministre du Revenu avait considéré ces déboursés comme des dépenses personnelles, le D^r Boisvert a plutôt soutenu que les cadeaux et soupers offerts à des confrères ne l'étaient pas à des amis, mais à des collaborateurs qui lui adressaient des patients. Quant aux dépenses de restaurant qui semblaient n'être qu'à son propre bénéfice, le D^r Boisvert a convaincu la Cour qu'il ne pouvait procéder autrement en raison de situations urgentes dans son travail. La force de la preuve présentée par le D^r Boisvert a certainement fait pencher la balance. Les dépenses soumises étaient accompagnées de détails écrits et verbaux précis. De même, la déduction de ces dépenses avait été limitée à 50 % et le total des dépenses soumises était raisonnable par rapport aux revenus de profession totaux déclarés. Les médecins engageant des frais de représentation devraient prendre exemple sur le D^r Boisvert et conserver des pièces justificatives rigoureusement documentées.

Les dépenses liées aux loisirs sont visées par des règles encore plus restrictives, n'étant tout simplement pas déductibles dans le calcul du revenu d'entreprise. L'alinéa 18(1)l) L.I.R. vise celles engagées à l'égard de biens récréatifs comme les bateaux de plaisance, les pavillons utilisés pour la chasse ou la pêche, les chalets-hôtels, et, bien sûr, les terrains et installations de golf²⁰⁷. Sont assimilées à de telles dépenses, les cotisations à des clubs ou associations dont l'objet principal consiste à fournir des installations pour le loisir, les sports ou les repas. Cette restriction touche le type de dépense lui-même et non pas les circonstances ou les bénéficiaires de cette dépense. Ainsi, même si la fin commerciale directe peut être démontrée et que seuls des clients et des fournisseurs de l'entreprise en profitent, le bénéfice commercial est perçu comme étant marginal et la déduction de toute dépense d'entretien, d'usage et même de financement d'un tel type de bien est refusée.

²⁰⁷ Cette limite n'est toutefois pas imposée au contribuable qui a engagé cette dépense dans le cours normal des activités de son entreprise qui consiste à fournir ce bien contre loyer ou récompense. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-148R3, « Biens récréatifs et cotisations à un club », 21 juillet 1997, où il est précisé, au deuxième paragraphe de la rubrique intitulée « Bateaux de plaisance », que l'« on ne peut pas refuser une dépense relative à une embarcation essentielle à l'exploitation de l'entreprise et utilisée en "totalité ou presque" aux fins de l'entreprise. À cet effet, on considère que l'embarcation est utilisée en totalité ou presque si elle est utilisée à au moins 90 % du temps aux fins de l'entreprise. À cet égard, les "fins de l'entreprise" ne comprennent pas le divertissement ni la récréation de clients, de fournisseurs, d'actionnaires ou d'employés ».

4.5. FRAIS DE FORMATION ET DE CONGRÈS

Généralement, les frais de formation constituent des dépenses en capital ou des frais personnels et sont, par conséquent, non déductibles selon les alinéas 18(1)b) ou 18(1)h) L.I.R. Les frais engagés sont considérés comme des dépenses en capital si le cours de formation ou d'instruction auquel ils se rattachent procure un avantage durable au contribuable²⁰⁸. Une formation conduisant à l'obtention d'un diplôme ou d'un titre professionnel alors que le médecin acquiert une nouvelle compétence pour les besoins de son entreprise ou de sa profession devrait donc être considérée comme une dépense en capital admissible²⁰⁹.

Par contre, si le contribuable suit un cours uniquement pour conserver, mettre à jour ou améliorer une compétence ou un titre déjà acquis pour les besoins de son entreprise ou de sa profession, les frais engagés pour le suivre sont des frais courants. Ces frais seront déductibles s'ils sont raisonnables et s'ils ne sont pas considérés comme des frais personnels²¹⁰. Les frais pour des formations tenues à l'extérieur des limites territoriales de l'association professionnelle ou commerciale qui les parraine sont généralement considérés comme déraisonnables par l'ARC, dans la mesure où ils sont plus élevés qu'ils ne l'auraient été si ces formations avaient été offertes à l'intérieur des limites territoriales²¹¹.

Les médecins assistent généralement à plusieurs événements « formatifs » au cours d'une même année. Les organisateurs peuvent qualifier ces rencontres de « formation », « séminaire », « colloque » ou « congrès ». La distinction est importante puisque les dépenses liées aux congrès sont limitées par le paragraphe 20(10) L.I.R. Selon l'ARC, un congrès est défini comme :

« [...] une réunion officielle de membres, à des fins professionnelles ou pour affaires. Contrairement à la formation, qui se donne généralement sous forme de

²⁰⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-357R2, « Frais de formation », 6 novembre 1989, par. 2.

²⁰⁹ Les définitions de « dépense en capital admissible » et de « montant cumulatif des immobilisations admissibles » sont présentées au paragraphe 14(5) L.I.R. Les trois quarts de cette dépense admissible seront ajoutés au montant cumulatif des immobilisations admissibles et une somme n'excédant pas 7 % de ce montant pourra être déduite par le médecin en vertu de l'alinéa 20(1)b) L.I.R.

²¹⁰ Selon l'article 67 et l'alinéa 18(1)h) L.I.R., respectivement.

²¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 208, par. 5.

cours théoriques et qui vise l'apprentissage d'un sujet suivant un programme bien établi, un congrès ne prend pas normalement la forme d'un cours et les participants n'ont pas à étudier de manuels, à préparer de travaux ni à subir d'examens²¹². »

Selon le paragraphe 20(10) L.I.R., le médecin ne peut déduire annuellement que les dépenses relatives à deux congrès afférents à son entreprise et tenus pendant l'année par une organisation commerciale ou professionnelle, en un lieu qu'il est raisonnable de considérer comme étant en rapport avec l'organisation en question, eu égard au territoire sur lequel elle exerce son activité. Les frais liés aux aliments, boissons et divertissements engagés par le médecin lors d'un congrès sont visés par la limite de déductibilité de 50 %. Le paragraphe 67.1(3) L.I.R. prévoit le calcul de la partie attribuable à ces dépenses lorsque l'organisateur de l'événement n'a pas précisé la partie raisonnable de ces frais dans le coût de l'inscription. Selon cette règle, chaque jour où les aliments, les boissons et les divertissements sont offerts, un montant de 50 \$ est réputé être payé ou payable et, par conséquent, être assujetti à la limite de 50 %. Les frais de participation à l'événement correspondent donc aux frais totaux, moins le montant réputé être payé ou payable pour ces éléments²¹³.

Notons que dans le cas où l'entreprise médicale n'est pas constituée en société par actions, en plus d'être restreintes, ces dépenses sont plus coûteuses puisque le taux d'imposition du particulier est plus élevé que celui d'une société. Après la constitution d'une société par actions professionnelle, les dépenses sont payées avec des sommes sur lesquelles seul l'impôt des sociétés aura été prélevé. Même si elles ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu de la société parce que la limite des deux congrès annuels est atteinte ou parce qu'il s'agit de dépenses en capital admissibles, ces dépenses ne feront pas l'objet d'un avantage imposable pour le médecin s'il peut être démontré que les connaissances qu'il acquiert grâce à ces événements profitent à la société²¹⁴.

²¹² *Id.*, par. 9.

²¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-518R, « Frais pour des aliments, des boissons et des divertissements », 16 avril 1996, par. 15.

²¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-470R, « Avantages sociaux des employés », 11 décembre 1989, par. 18.

4.6. COTISATIONS PROFESSIONNELLES ET ASSURANCE RESPONSABILITÉ PERSONNELLE

La société paye toutes les dépenses liées à la profession du médecin, y compris les cotisations professionnelles, par exemple celles du Collège des médecins et de la Fédération des médecins omnipraticiens du Québec ou de la Fédération des médecins spécialistes du Québec, ainsi que l'assurance responsabilité personnelle. Au fédéral, il n'en résulte pour le médecin aucun avantage imposable. L'Agence du revenu du Québec considère que les paiements par la société des cotisations professionnelles (mais non de l'assurance responsabilité personnelle) constituent pour le médecin un avantage puisque les cotisations professionnelles sont imposées au membre à titre d'obligations personnelles²¹⁵. Ainsi, la valeur de l'avantage conféré sera incluse dans le calcul du revenu d'emploi du médecin selon la *Loi sur les impôts* du Québec. En contrepartie, le médecin pourra bénéficier, sous réserve de certaines conditions, d'un crédit d'impôt non remboursable à l'égard du montant des cotisations professionnelles²¹⁶.

4.7. PRIMES D'ASSURANCES SUPPORTÉES PAR LES SOCIÉTÉS

Le transfert des polices d'assurance vie en faveur de la société de gestion du médecin ne permettra pas pour autant de rendre les primes déductibles dans le calcul du revenu de la société. Toutefois, cet élément non déductible pourra être payé avec des liquidités provenant de la société imposées à un taux moindre. Le transfert pourra se faire sans conséquence fiscale désavantageuse pour le médecin si la société est à la fois propriétaire et bénéficiaire de la police. Le médecin doit donc rencontrer son courtier pour procéder aux changements nécessaires lorsqu'une police déjà existante est cédée à la société. Un roulement parfait sera possible si la valeur de rachat de la police est inférieure à son coût de base rajusté²¹⁷. Par suite du transfert, c'est la société par actions qui encaissera le produit de l'assurance

²¹⁵ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 37-2/R2, « Paiement ou remboursement par un employé des montants exigibles d'un employé membre d'une association professionnelle », 30 novembre 2004.

²¹⁶ Art. 752.0.18.3 L.I.

²¹⁷ Par. 148(7) L.I.R.

vie, mais les actionnaires pourront en toucher le montant sans impôt grâce au mécanisme du compte de dividendes en capital²¹⁸.

Il serait également avantageux de faire souscrire la société à une assurance maladie grave visant à protéger la société contre la perte de revenus qui résulterait de la maladie du médecin. Certains contrats prévoient du vivant de l'assuré le remboursement des primes après une période déterminée si aucune réclamation n'a été présentée. Une prime distincte est exigée pour cet avenant et cette partie de la prime doit être payée par le médecin personnellement²¹⁹. Les primes ne seront pas déductibles pour la société, mais il appert que ni les prestations reçues par la société ni les remboursements de primes remis au médecin ne seront imposables²²⁰.

En tant qu'employés, les médecins souhaitent la mise en place d'autres régimes d'assurances qui font partie de leur plan de rémunération, telles une assurance médicaments ou une assurance invalidité. Deux problèmes peuvent être soulevés du fait que la société professionnelle a souvent très peu d'employés, voire un seul, le médecin actionnaire. D'abord, la dépense sera déductible pour la société dans la mesure où l'avantage est octroyé au médecin en sa qualité d'employé et non d'actionnaire. De plus, les primes doivent être versées par un employeur à un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents afin de ne pas être considérées comme un avantage imposable²²¹. Un régime d'assurance collective doit viser deux employés ou plus²²². À moins d'exploiter une entreprise comportant

²¹⁸ Le produit d'assurance vie versé à la société à titre de bénéficiaire de la police s'ajoute au compte de dividendes en capital en vertu de l'alinéa c) de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R.

²¹⁹ Lorsqu'une société est titulaire d'une police d'assurance contre les maladies graves dont la prestation lui est payable, le paiement des primes par la société n'entraînerait généralement pas un avantage imposable conféré à un actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. Toutefois, ce serait le cas si l'actionnaire est le bénéficiaire de la prestation ou du remboursement des primes en vertu de la police. Sous réserve d'une analyse complète des faits entourant l'opération, il pourrait également exister un avantage lorsque les primes sont partagées entre la société et l'actionnaire. Voir à ce sujet : *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 2006-0178561E5, « Avantage imposable – Assurance maladie grave », 3 novembre 2006.

²²⁰ *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 2004-0090181E5, « Assurance maladie grave », 30 novembre 2004.

²²¹ S.-al. 6(1)a)(i) L.I.R.

²²² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-85R2, « Fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés », 31 juillet 1986, par. 7. (à suivre...)

plusieurs employés qui seront invités à participer à ces régimes d'assurances, peu de médecins profiteront de tels régimes sans subir de conséquences fiscales. Rappelons qu'un avantage reçu par un médecin en sa qualité d'actionnaire n'est pas déductible pour la société et est imposable pour le médecin en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.; il doit être inclus dans le calcul du revenu du médecin actionnaire dans l'année où l'avantage est reçu. Toutefois, lorsque tous les employés de la société sont aussi actionnaires et qu'il est raisonnable de conclure que l'avantage a été accordé dans le cadre d'un plan raisonnable de rémunération, l'avantage est alors considéré comme ayant été accordé en raison de l'emploi²²³.

En conclusion, les primes d'assurance médicaments et d'assurance invalidité pourront être payées par la société professionnelle à même ses liquidités. La valeur de l'avantage conféré au médecin par la société sera généralement incluse dans le calcul du revenu d'emploi du médecin. Toutefois, la valeur de l'avantage imposable ayant trait à l'assurance médicaments sera admissible au crédit d'impôt personnel pour frais médicaux du médecin²²⁴.

4.8. HONORAIRES PROFESSIONNELS ET COÛTS LIÉS À LA MISE EN PLACE DE LA STRUCTURE

Au moment et à la suite de la constitution de sa société professionnelle, le médecin aura recours aux services de divers professionnels. Si les

(...suite)

Voir également *Tax Window Files*, précité, note 52, interprétation technique 9721135, « Régimes d'assurance collective », 16 mars 1998.

²²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-432R2, « Avantages accordés à des actionnaires », 10 février 1995, par. 5.

²²⁴ Au fédéral, le paragraphe 118.2(2) L.I.R. et les articles 5700 et 5701 R.I.R. précisent les frais médicaux admissibles. Ils représentent le total des frais médicaux payés pour le particulier lui-même, son conjoint et ses enfants âgés de moins de 18 ans sans tenir compte du revenu net de ces derniers. Un particulier doit soustraire du total des frais médicaux admissibles le moindre de 3 % de son revenu net ou 2 052 \$ (montant pour 2011, indexé annuellement). Le crédit d'impôt accordé représente 15 % du solde ainsi obtenu. Voir à ce sujet : AGENCE DU REVENU DU CANADA, « RC4064 – Renseignements relatifs aux frais médicaux et aux personnes handicapées – Y compris le formulaire T2201 – 2008 », 6 janvier 2009. Au Québec, les frais médicaux admissibles et les règles de calcul sont semblables. Toutefois, le revenu familial des deux conjoints, plutôt que celui d'un seul conjoint doit être considéré pour déterminer le seuil de 3 %. Voir à ce sujet : REVENU QUÉBEC, *Guide* IN-103, « Les frais médicaux », décembre 2008.

autorités fiscales considèrent que ces services ont permis la création d'un actif durable, il s'agira d'une dépense en capital admissible dont les trois quarts seront inclus dans le calcul du montant cumulatif des immobilisations admissibles. Une déduction annuelle maximale de 7 % de ce solde est possible en vertu de l'alinéa 20(1)b) L.I.R. Autrement, s'il s'agit d'une dépense courante et si elle est raisonnable²²⁵, cette dépense devrait être déductible puisqu'elle aura été engagée en vue de gagner un revenu d'entreprise²²⁶. Les factures d'honoraires professionnels doivent être réglées à même les liquidités de la société professionnelle. Le tableau qui suit résume le traitement fiscal des types d'honoraires les plus courants.

Type d'honoraires	Traitement fiscal
Honoraires juridiques liés à la constitution des sociétés	Dépense en capital admissible ²²⁷
Honoraires liés à la planification fiscale du transfert de l'entreprise et à l'organisation des affaires	Dépense en capital admissible ²²⁸
Tenue des livres comptables et services administratifs	Dépense déductible ²²⁹
Préparation des états financiers et des déclarations de revenus	Dépense déductible ²³⁰
Honoraires pour les conseils, et les services d'administration et de gestion des valeurs mobilières versés à un courtier	Dépense déductible ²³¹
Commissions versées au courtier lors de l'achat de titres	Ajoutées au coût des actions
Frais juridiques et comptables engagés lors d'activités de financement, tels l'emprunt d'argent et l'émission d'hypothèques	Dépense déductible à raison de 20 % par année, au prorata si l'année compte moins de 365 jours ²³²
Frais juridiques engagés lors de l'acquisition d'un immeuble par la société	Ajoutés au coût de l'immeuble ²³³

²²⁵ Art. 67 L.I.R.

²²⁶ Al. 18(1)a) L.I.R.

²²⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-143R3, « Sens de l'expression "dépense en capital admissible" », 29 août 2002, par. 13.

²²⁸ *Id.*

²²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-99R5, « Frais juridiques et comptables », 11 décembre 1998, par. 6.

²³⁰ *Id.*

²³¹ Al. 20(1)bb) L.I.R. et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-238R2, « Honoraires versés à un conseiller en placement », 6 octobre 1983, par. 1.

²³² Al. 20(1)e) L.I.R.

²³³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-285R2, « Déduction pour amortissement – Généralités », 31 mars 1994, par. 8.

CONCLUSION

On retrouve dans le présent texte des questions à aborder, des précautions à prendre et des possibilités de planification qui seront utiles lors de l'exercice d'une profession en société par actions, mais il est impératif de connaître les subtilités propres à chaque profession. Les huissiers, par exemple, s'ouvrent à la multidisciplinarité en exigeant que la majorité et non la totalité des droits de vote rattachés aux actions de la société soit détenue par des huissiers²³⁴. À l'autre extrême, le *Règlement sur l'exercice de la profession de pharmacie en société* exige que toutes les actions soient détenues par des pharmaciens, fermant ainsi la porte à l'installation d'une fiducie, d'une société de gestion et même à la détention d'actions par les membres de la famille²³⁵. De plus, si la structure proposée²³⁶ s'avère un remède efficace pour réduire le fardeau fiscal des médecins qui exercent leur profession au Québec, elle occasionne aussi un surplus de devoirs administratifs. Un soutien adéquat devra donc être apporté aux médecins tout au long de l'exercice de leur profession en société.

²³⁴ *Règlement sur l'exercice de la profession d'huissier de justice en société*, R.R.Q., c. H-4.1, r.8, art. 2.

²³⁵ Art. 2 du *Règlement sur l'exercice de la pharmacie*.

²³⁶ Voir à ce sujet la section 3.

SOCIÉTÉS EN SITUATION D'INSOLVABILITÉ – ASPECTS FISCAUX À PRENDRE EN CONSIDÉRATION



Eric Gélinas

Avocat, LL. M., M. Fisc., professeur adjoint
Département des sciences comptables et fiscalité
Faculté d'administration, Université de Sherbrooke
Membre du cabinet Lavery, de Billy, s.e.n.c.r.l. Avocats

PRÉCIS

L'auteur présente une revue des diverses considérations fiscales ainsi que des dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) applicables aux sociétés privées et publiques faisant face à des difficultés financières. Les questions spécifiques liées aux situations de faillite et les éléments de planification visant à en diminuer l'impact fiscal seront analysés.

ABSTRACT

The author presents a review of various tax considerations under the *Income Tax Act* (Canada) pertaining to private and public corporations confronted with financial difficulties. Particular issues related to bankruptcy situations and tax planning elements aimed at reducing their impact will be analysed.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	133
1. TYPES D'INSOLVABILITÉ ET CONSIDÉRATIONS FISCALES CONNEXES.....	133
1.1. RESTRUCTURATION EN VERTU DE LA <i>LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES</i>	134
1.1.1. Historique et objet	134
1.1.2. Cadre juridique.....	135
1.1.3. Considérations fiscales propres au régime de la <i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i>	136
1.2. RESTRUCTURATION EN VERTU DE LA <i>LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ</i>	138
1.2.1. Historique et objet	138
1.2.2. Cadre juridique	139
1.2.3. Faillite – Liquidation	140
1.2.4. Dispositions de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> relatives aux sociétés faillies.....	140
2. UTILISATION DES ATTRIBUTS FISCAUX D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ FINANCIÈRE ET CONSIDÉRATIONS CONNEXES.....	144
2.1. UTILISATION DES PERTES FISCALES ENTRE SOCIÉTÉS AFFILIÉES	144
2.2. UTILISATION LIMITÉE DES PERTES FISCALES À L'EXTÉRIEUR D'UN GROUPE DE SOCIÉTÉS AFFILIÉES.....	145
2.3. TRANSFERT DE REVENUS À L'INTÉRIEUR DU GROUPE DE SOCIÉTÉS AFFILIÉES	148
2.4. MINIMISATION DES PERTES FISCALES ENTRE PERSONNES AFFILIÉES.....	149
2.5. ÉCHEC D'UNE TENTATIVE D'UTILISATION DES PERTES FISCALES D'UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE	152
3. EFFET DE L'ARTICLE 80 L.I.R. LORS DU PROCESSUS DE RESTRUCTURATION DE DETTES	157
3.1. CONVERSION D'UNE DETTE EN ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ FINANCIÈRE	160
3.1.1. Alinéa 80(2)g) L.I.R.	161
3.1.2. Alinéa 80(2)g.1) L.I.R.	162
3.1.3. Autres options	163

3.2.	ÉCHANGE DE CRÉANCE CONTRE UNE NOUVELLE CRÉANCE D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ FINANCIÈRE.....	167
3.3.	PAIEMENTS EFFECTUÉS PAR DES TIERS	168
3.4.	ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE RENFLOUEMENT.....	169
	CONCLUSION	171

INTRODUCTION

Le présent texte évoque les divers aspects fiscaux inhérents aux sociétés en situation d'insolvabilité ou de faillite. Ignorer les conséquences fiscales dans ce contexte risque de créer un fardeau fiscal supplémentaire, lequel peut être évité à l'aide d'une planification adéquate.

Nous tenterons donc, dans les lignes qui suivent, d'éclairer le lecteur sur les pièges à éviter et sur les options possibles, notamment quant à l'utilisation des attributs fiscaux d'une société en difficulté financière dans le cadre du processus de restructuration ou de faillite.

1. TYPES D'INSOLVABILITÉ ET CONSIDÉRATIONS FISCALES CONNEXES

La société qui fait face à de sérieuses difficultés financières mettant en péril son existence même peut bénéficier de la protection offerte par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹, ou encore avoir recours aux dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*² qui prévoient les règles de faillite que nous décrirons ci-après et le mécanisme de proposition qui, à l'instar de l'arrangement prévu par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, permet de s'entendre avec les créanciers afin d'éviter la faillite. La réorganisation régie par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ainsi que le mécanisme de proposition prévu par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* constituent les deux types de restructurations permettant d'éviter la faillite. Nous décrirons brièvement les dispositions pertinentes de ces deux lois dans le contexte de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ aux situations d'insolvabilité visées par celles-ci. L'article 80 L.I.R. sera notamment analysé dans le contexte particulier de l'insolvabilité et de la faillite d'une société.

¹ L.R.C. 1985, ch. C-36 et mod. (« L.A.C.C. »).

² L.R.C. 1985, ch. B-3 et mod. (« L.F.I. »).

³ L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) et mod. (« L.I.R. »).

1.1. RESTRUCTURATION EN VERTU DE LA LOI SUR LES ARRANGEMENTS AVEC LES CRÉANCIERS DES COMPAGNIES

1.1.1. Historique et objet

La *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* a été adoptée en 1933 afin de permettre la mise en place d'un processus supervisé par un tribunal pour les sociétés faisant l'objet d'une réorganisation afin d'éviter les frais sociaux et économiques des liquidations de masse. Préalablement à l'adoption de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, une société débitrice incapable de faire face à ses obligations était le plus souvent liquidée. La Cour suprême du Canada s'est récemment penchée sur l'historique et l'objet de cette loi dans la décision *Century Services Inc. c. La Reine*⁴. La Cour suprême s'exprime ainsi quant au contexte ayant mené à l'adoption de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* :

« Avant l'adoption de la LACC en 1933 (S.C. 1932-33, ch. 36), la liquidation de la compagnie débitrice constituait la pratique la plus courante en vertu de la législation existante en matière d'insolvabilité commerciale (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest : Restructuring Insolvent Corporations* (2003), p. 12). Les ravages de la Grande Dépression sur les entreprises canadiennes et l'absence d'un mécanisme efficace susceptible de permettre aux débiteurs et aux créanciers d'arriver à des compromis afin d'éviter la liquidation commandaient une solution législative. La LACC a innové en permettant au débiteur insolvable de tenter une réorganisation sous surveillance judiciaire, hors du cadre de la législation existante en matière d'insolvabilité qui, une fois entrée en jeu, aboutissait presque invariablement à la liquidation (*Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659, p. 660-661; Sarra, *Creditor Rights*, p. 12-13)⁵. »

Quant à l'objet de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, la Cour suprême mentionne ce qui suit :

« [...] la LACC – la première loi canadienne régissant la réorganisation – a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. Les propositions faites aux créanciers en vertu de la LFI répondent au même objectif, mais au moyen d'un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse. Quand la réorganisation s'avère impossible, les dispositions de la LFI peuvent être appliquées pour répartir de

⁴ [2010] 3 R.C.S. 379 (« *Century Services* »).

⁵ *Id.*, par. 16.

manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies⁶. »

1.1.2. Cadre juridique

Afin de se prévaloir d'une restructuration en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, une société doit remplir divers critères. Elle doit notamment avoir une dette supérieure à 5 M\$⁷. Ce plancher sera atteint dans la plupart des situations concernant une société de grande envergure qui fait face à l'insolvabilité. Dans le cas d'une plus petite société et dans la mesure où les dettes de celle-ci sont en deçà de ce montant, le recours à la procédure de proposition concordataire et éventuellement à la procédure de faillite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* sera nécessaire.

Selon la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, la société débitrice garde en principe le contrôle de son entreprise et de ses biens pendant la période de la restructuration. L'article 11.7 L.A.C.C. prévoit cependant la nomination, par le tribunal (au Québec, la Cour supérieure), d'une personne pour agir à titre de contrôleur des affaires financières de la société débitrice qui fait l'objet de l'ordonnance initiale concernant l'arrangement avec les créanciers. Cette disposition prévoit que seul un syndic au sens du paragraphe 2(1) L.F.I. peut agir comme contrôleur. Le contrôleur est notamment chargé de l'exécution de l'arrangement qui fait l'objet de l'ordonnance. Lorsqu'une société se place sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, l'ordonnance initiale du tribunal rendue en vertu du paragraphe 11.02(1) L.A.C.C. peut empêcher les créanciers d'exercer tout recours à l'encontre des biens de la société, pour une durée maximale de 30 jours. Cette disposition donne notamment au tribunal le pouvoir de suspendre toute procédure qui pourrait être intentée contre la société en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou d'interdire l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la société débitrice. Le but de cette ordonnance est de permettre à la société de procéder à une réorganisation de ses affaires, à savoir, normalement, la vente d'éléments d'actif ainsi que la restructuration de ses dettes par le biais, notamment, d'une conversion en actions.

Afin de procéder à la restructuration, la société débitrice doit proposer à ses créanciers « une transaction ou un arrangement » que ceux-ci devront

⁶ *Id.*, par. 15.

⁷ Par. 3(1) L.A.C.C.

approuver dans le cadre d'un vote. Aux fins de ce vote, les créanciers sont divisés en fonction du type de créances qu'ils détiennent. Chaque catégorie de créanciers doit voter sur la transaction ou l'arrangement proposé selon les modalités prévues aux articles 4, 5 et 6 L.A.C.C. Dans la mesure où une entente ne survient pas avec les créanciers à l'intérieur du délai de 30 jours suivant l'ordonnance du tribunal rendue en vertu de l'article 11.02 L.A.C.C., l'ordonnance cesse d'avoir effet et les créanciers sont libres d'exercer tous les recours possibles à l'encontre des biens de la société et la société peut choisir de faire faillite. Si les créanciers votent favorablement pour la transaction ou l'arrangement proposé, le tribunal peut rendre une ordonnance de suspension de procédure en vertu du paragraphe 11.02(2) L.A.C.C.

Puisque le processus de restructuration doit faire l'objet d'une supervision constante du tribunal et entraîne des frais judiciaires importants, le recours à la protection offerte par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* est normalement réservé à d'importantes sociétés.

1.1.3. Considérations fiscales propres au régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies

Selon le paragraphe 11.09(1) L.A.C.C., l'ordonnance rendue par le tribunal en vertu de l'article 11.02 L.A.C.C. peut avoir notamment pour effet de suspendre l'exercice des droits conférés à Sa Majesté du chef du Canada par le paragraphe 224(1.2) L.I.R. et les dispositions équivalentes de la *Loi sur l'assurance-emploi*⁸ et du *Régime de pensions du Canada*⁹ qui y renvoient. Le paragraphe 224(1.2) L.I.R. et ces dispositions équivalentes confèrent notamment au ministre du Revenu national une « super priorité » sur les sommes dues en raison de retenues à la source relatives à l'impôt sur le revenu et aux cotisations à l'assurance-emploi et au Régime de pensions du Canada (« RPA »). Ces dispositions permettent en effet à l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») de procéder à la saisie-arrêt immédiate de ces sommes auprès d'un débiteur fiscal. Toutefois, selon le paragraphe 11.09(2) L.A.C.C., la suspension de l'exercice des droits de Sa Majesté du chef du Canada prévue dans l'ordonnance cesse d'avoir effet lorsque la société manque à ses obligations de paiement à l'égard de toute somme qui devient due à Sa Majesté du chef du Canada après le prononcé de l'ordonnance et

⁸ L.C. 1996, ch. 23 et mod., art. 99.

⁹ L.R.C. 1985, ch. C-8 et mod., par. 23(2).

qui pourrait faire l'objet d'une demande aux termes notamment du paragraphe 224(1.2) L.I.R. et des dispositions équivalentes de la *Loi sur l'assurance-emploi* et du *Régime de pensions du Canada*. La protection offerte par l'article 11.09 L.A.C.C. sera donc levée dès le moment où la société fait défaut de remettre les retenues à la source d'impôt ou de cotisations à l'assurance-emploi et au RPA.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucun régime particulier s'appliquant à une société qui est placée sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et qui procède à une restructuration en vertu d'une transaction ou d'un arrangement. Ainsi, une société procédant à une restructuration de ses dettes dans le contexte de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* sera visée par les règles de l'article 80 L.I.R. applicables à la remise de dettes. Contrairement à une société faillie au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aucun régime d'exception ne sera disponible pour la société qui se prévaut des dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* en regard de l'application de l'article 80 L.I.R.

L'ARC a rendu certaines interprétations techniques concernant la déductibilité des intérêts à l'égard de créances dans le contexte où une société faisait l'objet d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 11.02 L.A.C.C. Dans le cadre de ces interprétations techniques, l'ARC devait déterminer si une société pouvait continuer de déduire, dans le calcul de son revenu, les intérêts, selon l'alinéa 20(1)c) L.I.R., à l'égard de créances dues à la date de la demande initiale visée à l'article 11.02 L.A.C.C.¹⁰ L'ARC a mentionné que la déductibilité des intérêts dans ce contexte était liée à l'existence de l'obligation légale de payer l'intérêt sur la dette, ce qui est un élément fondamental de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. À ce propos, l'ARC est d'opinion que l'ordonnance rendue en vertu de l'article 11.02 L.A.C.C. éliminera l'obligation légale de payer l'intérêt sur la dette à moins que celle-ci n'indique le contraire. En l'absence d'une telle mention, les créanciers ne pourront pas exiger le paiement des intérêts à l'égard d'une créance, faisant en sorte que l'obligation légale de payer l'intérêt ne sera pas présente pour la durée de la restructuration. L'alinéa 20(1)c) L.I.R. sera donc inapplicable pour permettre la déduction des intérêts payés ou payables pour cette période.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2009-031464117, « Tax considerations in an international insolvency », 15 octobre 2009 et 2008-030484117, « Interest deductibility », 14 mai 2005.

1.2. RESTRUCTURATION EN VERTU DE LA LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ

1.2.1. Historique et objet

En 1992, la *Loi sur la faillite* fut modifiée et renommée *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Les dispositions concernant la réorganisation des débiteurs insolvable par le biais de propositions aux créanciers ont alors été ajoutées à la législation canadienne en matière de faillite. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Century Services*, résume de la façon suivante le contexte historique ayant mené à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* :

« [20] Ce ne sont pas seulement les tribunaux qui se sont employés à faire évoluer le droit de l'insolvabilité pendant cette période. En 1970, un comité constitué par le gouvernement a mené une étude approfondie au terme de laquelle il a recommandé une réforme majeure, mais le législateur n'a rien fait (voir *Faillite et insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* (1970)). En 1986, un autre comité d'experts a formulé des recommandations de portée plus restreinte, qui ont finalement conduit à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 (L.C. 1992, ch. 27) (voir *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité* (1986)). Des dispositions à caractère plus général concernant la réorganisation des débiteurs insolvable ont alors été ajoutées à la loi canadienne relative à la faillite. Malgré l'absence de recommandations spécifiques au sujet de la LACC dans les rapports de 1970 et 1986, le comité de la Chambre des communes qui s'est penché sur le projet de loi C-22 à l'origine de la *LFI* a semblé accepter le témoignage d'un expert selon lequel le nouveau régime de réorganisation de la *LFI* supplanterait rapidement la LACC, laquelle pourrait alors être abrogée et l'insolvabilité commerciale et la faillite seraient ainsi régies par un seul texte législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15-15:16).

[21] En rétrospective, cette conclusion du comité de la Chambre des communes ne correspondait pas à la réalité. Elle ne tenait pas compte de la nouvelle vitalité de la LACC dans la pratique contemporaine, ni des avantages qu'offrait, en présence de réorganisations de plus en plus complexes, un processus souple de réorganisation sous surveillance judiciaire par rapport au régime plus rigide de la *LFI*, fondé sur des règles préétablies. La "souplesse de la LACC [était considérée comme offrant] de grands avantages car elle permet de prendre des décisions créatives et efficaces" (Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *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* (2002), p. 50). Au cours des trois dernières décennies, la résurrection de la LACC a donc été le moteur d'un processus grâce auquel, selon un auteur, [TRADUCTION] "le régime juridique canadien de restructuration en

cas d'insolvabilité – qui était au départ un instrument plutôt rudimentaire – a évolué pour devenir un des systèmes les plus sophistiqués du monde développé” (R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law”, dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law* 2005(2006), 481, p. 481)¹¹. »

Les dispositions contenues à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en matière de faillite ne s'appliquent que lorsque les créanciers refusent toute proposition du débiteur aux termes de cette loi ou lors de l'échec du processus de réorganisation régi par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

1.2.2. Cadre juridique

Tel qu'il est mentionné précédemment, le recours à une restructuration en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est normalement réservé aux plus petites sociétés ayant des dettes d'un montant inférieur à 5 M\$, ce type de société ne pouvant se prévaloir de la protection offerte par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Contrairement à une société s'étant placée sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, la *Loi de l'impôt sur le revenu* encadre de façon précise une société faillie à plusieurs égards.

Il est important de mentionner qu'aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, une société faillie peut présenter une proposition à ses créanciers qui, si elle est acceptée, a pour effet d'annuler la faillite. L'article 61 L.F.I. prévoit que l'approbation par le tribunal d'une proposition faite après la faillite a pour effet d'annuler la faillite et de réattribuer au débiteur le droit, le titre et l'intérêt complets du syndic aux biens du débiteur. Comme il en sera question plus loin, cette annulation de la faillite a des conséquences fiscales. Par exemple, comme lors du processus d'arrangement prévu par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, en cas d'acceptation d'une proposition par les créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et étant donné que la société ne sera plus considérée comme étant en faillite, les règles de l'article 80 L.I.R. seront applicables au processus de restructuration de la dette selon les termes de la proposition. De plus, contrairement à la faillite, l'acceptation d'une proposition ne provoquera pas de fin d'année fiscale pour la société concernée.

¹¹ Century Services, précité, note 4, par. 20 et 21.

1.2.3. Faillite – Liquidation

La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit le terme « failli » au paragraphe 248(1) en référence à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* définit pour sa part le terme « failli » à l'article 2, comme une personne qui a fait une cession ou contre laquelle a été rendue une ordonnance de faillite. La cession de biens visée par l'article 49 L.F.I. est un geste volontaire qui permet à une personne insolvable ou, si elle est décédée, à un liquidateur de succession de faire cession de tous ses biens au profit de ses créanciers. La cession est présentée au séquestre officiel dans la localité du débiteur. Le séquestre officiel, sur acceptation de la cession, nomme un syndic responsable de la distribution ou de la vente des biens au profit des créanciers.

L'article 43 L.F.I. permet à un créancier de déposer une requête en faillite au tribunal (Cour supérieure au Québec) en vue d'obtenir une ordonnance de faillite. Une telle requête peut être accordée si les dettes du débiteur s'élèvent à au moins 1 000 \$ ou si le débiteur a commis un « acte de faillite » dans les six mois précédant le dépôt de la requête. Selon l'article 42 L.F.I., un « acte de faillite » signifie notamment la cession des biens à un syndic ou le transfert des biens en fraude des créanciers du débiteur ou tout acte commis par le débiteur en vue de frustrer ou de retarder ses créanciers.

En vertu de l'article 71 L.F.I., l'ordonnance de faillite a pour effet de dessaisir le débiteur de ses biens pour le bénéfice de ses créanciers. Les biens sont alors dévolus au syndic qui peut exercer, à leur égard, tous les droits qu'avait le failli dans ces biens avant la faillite.

1.2.4. Dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives aux sociétés faillies

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit diverses règles particulières s'appliquant à une société qui fait l'objet d'une faillite au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Par exemple, l'article 128 L.I.R. prévoit ce qui suit :

- i) **Alinéa 128(1)a) L.I.R.** – Le syndic de faillite est considéré comme le mandataire du failli. Ainsi, le syndic aura la capacité, voire l'obligation, de produire les déclarations de revenus de la société faillie, d'effectuer le paiement des impôts requis et, de façon générale, de prendre toutes les mesures de nature fiscale au nom de la société. Les tribunaux ont déterminé que seul le syndic de faillite peut s'opposer à une cotisation établie à l'encontre d'une société en faillite ou produire un avis d'appel

à la Cour canadienne de l'impôt, et que les dirigeants et les administrateurs d'une telle société ne possèdent pas ce pouvoir¹².

- ii) **Alinéa 128(1)b) L.I.R.** – L'actif du failli est considéré comme ne constituant ni une fiducie ni une succession. Cet actif conservera ses attributs aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le calcul du revenu net et de l'impôt payable. Cette disposition fait en sorte que le paragraphe 104(1) L.I.R., qui assimile la notion de fiduciaire à la notion de fiducie, ne soit pas applicable dans le contexte d'une faillite.
- iii) **Alinéa 128(1)c) L.I.R.** – Le revenu imposable de la société faillie pour toute année d'imposition de celle-ci au cours de laquelle elle était en faillite et pour toute année postérieure doit être calculé :
 - a) comme si le syndic de faillite n'était ni saisi ni mis en possession des biens du failli dès que l'ordonnance de faillite est rendue ou que la cession est produite, mais comme si le failli en restait saisi; et
 - b) comme si le syndic accomplissait les opérations portant sur l'actif du failli ou les actes concernant la poursuite des activités de l'entreprise en faillite à titre de mandataire agissant pour le compte du failli et comme si tout revenu du syndic tiré de ces opérations ou actes était le revenu du failli et non celui du syndic.

En vertu de l'article 71 L.F.I., l'actif du failli est réputé être transféré au syndic pour la durée de la faillite. L'alinéa 128(1)c) L.I.R., selon lequel les biens de la société en faillite sont réputés demeurer la propriété de celle-ci, a pour but d'éviter la réalisation de gains ou pertes en capital pouvant se produire lors de telles dispositions réputées. De plus, le fait que le syndic de faillite soit considéré comme le mandataire du failli en vertu du sous-alinéa 128(1)c) L.I.R. fait en sorte que le revenu attribuable à la période de faillite est imposé au niveau de la société.

¹² *Biron c. La Reine*, [2001] 2 C.T.C. 258 (C.A.F.), version française sur le site de la Cour d'appel fédérale; *475830 Alberta Ltd. c. La Reine*, [1998] G.S.T.C. 103 (C.C.I.), version française sur le site de la Cour canadienne de l'impôt; *4028490 Canada Inc. c. La Reine*, [2005] G.S.T.C. 48 (C.C.I.), 2005 CCI 50; *Lacroix c. La Reine*, [2010] G.S.T.C. 287 (C.C.I.), 2010 CCI 160.

- iv) **Alinéa 128(1)d) L.I.R.** – L'année d'imposition de la société faillie est réputée avoir commencé le jour où la société est entrée en faillite¹³ et une année d'imposition de la société qui se serait terminée après la faillite est réputée avoir pris fin le jour précédant l'entrée en faillite¹⁴. La Cour d'appel fédérale a confirmé, dans l'affaire *Canada c. Marchessault*¹⁵, que l'alinéa 128(1)d) L.I.R. s'applique seulement à une société faillie et non à une société qui présente une proposition concordataire à ses créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Tel qu'il est mentionné précédemment, la proposition concordataire, si elle est acceptée par les créanciers, évite la remise des biens de la société au syndic et, par le fait même, la faillite. La fin d'année d'imposition réputée peut évidemment avoir des conséquences fiscales importantes pour la société en faillite, notamment à l'égard de l'obligation de calculer au prorata certaines déductions, comme la déduction pour amortissement. En vertu du paragraphe 150(3) L.I.R., le syndic a l'obligation de produire les déclarations de revenus de la société en faillite après la fin d'année réputée.
- v) **Alinéa 128(1)e) L.I.R.** – La société faillie ainsi que le syndic de faillite sont solidairement responsables du paiement des impôts se rapportant à la période de faillite. La responsabilité du syndic de faillite à cet égard est limitée à la valeur des biens de la société qu'il a en sa possession¹⁶.
- vi) **Alinéa 128(1)f) L.I.R.** – Au cours de la période de faillite, la société est réputée n'être associée à aucune autre société.
- vii) **Alinéa 128(1)g) L.I.R.** – Dans le cas où une société bénéficie d'une ordonnance de libération de faillite ne comportant aucune réserve selon

¹³ L'ARC interprète l'expression « entrée en faillite » comme étant la date de la requête en faillite et non la date de l'ordonnance en faillite. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9607945.

¹⁴ Dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 8, 30 septembre 1996, à la rubrique « Société en faillite – Changement d'exercice », l'ARC prend la position que suivant une fin d'année réputée en vertu de l'alinéa 128(1)d) L.I.R., une société libérée de la faillite conservera sa fin d'année en vigueur préalablement à la faillite à moins de demander formellement un changement.

¹⁵ 2007 CAF 345. À noter que la Cour d'appel du Québec, dans la décision *Bernier c. MRQ*, [2000] R.D.F.Q. 7, a adopté la position inverse dans le contexte de l'application de l'article 779 de la *Loi sur les impôts* (Québec), L.R.Q., c. I-3 et mod.

¹⁶ Un syndic de faillite est cependant exclu du paragraphe 159(2) L.I.R. qui établit une responsabilité personnelle lors de la distribution de biens par un représentant légal.

l'article 172 L.F.I. et aux fins de l'application de l'article 111 L.I.R. qui traite des périodes de report des pertes en capital et des pertes autres qu'en capital, aucune perte subie par la société au cours d'une année d'imposition antérieure à l'année au cours de laquelle l'ordonnance de libération a été rendue n'est déductible par la société dans le calcul de son revenu imposable pour l'année d'imposition au cours de laquelle cette ordonnance a été rendue ou pour toute année d'imposition postérieure. Ainsi, toute perte en capital ou toute perte autre qu'une perte en capital inutilisée au moment de l'ordonnance de libération expire à ce moment et ne peut être déduite par la société pour les années d'imposition qui suivent la libération. Pour les périodes qui précèdent cette libération, les pertes inutilisées de la société en faillite peuvent être reportées selon les règles générales de l'article 111 L.I.R.¹⁷ Les pertes subies dans l'année de la libération de la faillite peuvent cependant être reportées dans les années d'imposition ultérieures¹⁸.

La société en faillite qui s'entend avec ses créanciers aux termes d'une proposition peut éviter la délivrance d'une ordonnance de libération formelle en vertu de l'article 172 L.F.I. Dans ce contexte, la faillite est simplement annulée selon l'article 71 L.F.I. L'ARC a indiqué que dans le cas d'une annulation de faillite, les règles de l'alinéa 128(1)g) L.I.R. cessent de trouver application¹⁹. Comme aucune ordonnance de libération n'est rendue relativement à la société en raison de l'annulation de la faillite, l'alinéa 128(1)g) L.I.R. ne s'appliquera pas afin d'éliminer les pertes inutilisées. L'annulation de la faillite ne devrait cependant pas avoir d'application rétroactive, de sorte que les autres alinéas du paragraphe 128(1) L.I.R. ayant déjà trouvé application, comme l'alinéa 128(1)d) L.I.R. prévoyant une fin d'année au moment de la faillite, continueraient de trouver application.

Outre le paragraphe 128(1) L.I.R., certaines autres dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquent à une société en faillite. Par exemple, en vertu de l'alinéa 186.1a) L.I.R., une société privée en faillite à la fin d'une année d'imposition ne sera pas assujettie à l'impôt de la partie IV L.I.R. sur les dividendes imposables reçus par les sociétés privées. Par ailleurs, aux termes du paragraphe 129(1.1) L.I.R., un dividende

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0316341I7, « Pre-bankruptcy losses claimed post-bankruptcy », 20 août 2009.

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0385131I7, « Offsetting a loss carry back », 7 décembre 2010.

¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9924355, « Bankruptcy and carryforward of losses », 23 septembre 1999.

imposable versé à une société en faillite détenant le contrôle (au sens du paragraphe 186(2) L.I.R.) du payeur ne donnera pas droit à un remboursement au titre de dividendes selon le paragraphe 129(1) L.I.R.

2. UTILISATION DES ATTRIBUTS FISCAUX D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ FINANCIÈRE ET CONSIDÉRATIONS CONNEXES

Dans un contexte de difficultés financières, une société peut envisager des formes de monétisation de ses attributs fiscaux, comme les pertes autres qu'en capital accumulées. Ce type d'arrangement est cependant encadré par diverses dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui visent à empêcher ou à limiter les transferts ou acquisitions de pertes fiscales et d'autres attributs fiscaux entre sociétés.

2.1. UTILISATION DES PERTES FISCALES ENTRE SOCIÉTÉS AFFILIÉES

L'ARC accepte généralement les mécanismes d'utilisation de pertes fiscales entre sociétés dans la mesure où celles-ci sont des « personnes affiliées » au sens du paragraphe 251.1(1) L.I.R. Ce type de structure implique normalement la création d'une dette artificielle entre la société à profit et la société à perte d'un groupe de sociétés affiliées. La déduction d'intérêts est demandée par la société à profit alors que la société à perte s'impose sur les montants d'intérêts reçus. Aucun impôt n'est toutefois payable par la société à perte en raison des pertes accumulées. Pour ce faire, la société à profit procède normalement à un emprunt de courte durée auprès d'une institution financière. Le produit de l'emprunt est utilisé afin de souscrire à des actions privilégiées du capital-actions de la société à perte, laquelle utilisera le produit de souscription pour consentir un prêt à la société à profit qui pourra immédiatement rembourser le prêt contracté auprès de l'institution financière²⁰.

²⁰ Les structures d'utilisation de pertes entre personnes affiliées sont normalement acceptées par l'ARC. Voir par exemple, AGENCE DU REVENUE DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité des intérêts », 31 octobre 2003 et AGENCE DU REVENUE DU CANADA, décision anticipée 2006-0180321R3. Voir aussi CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2010-112, « Le ministre des Finances annonce des consultations publiques sur l'imposition des groupes de sociétés », 23 novembre 2010 et le document de consultation joint au communiqué « L'imposition des groupes de sociétés ». Ces consultations pourraient mener à l'instauration d'un régime fiscal au Canada qui permettrait notamment le transfert de pertes entre sociétés du même groupe par l'effet de la consolidation. Notons que le paragraphe 248(24) L.I.R. empêche actuellement l'utilisation de la consolidation à des fins fiscales.

2.2. UTILISATION LIMITÉE DES PERTES FISCALES À L'EXTÉRIEUR D'UN GROUPE DE SOCIÉTÉS AFFILIÉES

Parmi les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui peuvent s'appliquer à des tentatives d'utilisation ou d'acquisition de pertes fiscales à l'extérieur d'un groupe de sociétés affiliées, notons les paragraphes 111(4) et 111(5) L.I.R. Sous réserve du choix prévu à l'alinéa 111(4)e) L.I.R., le paragraphe 111(4) L.I.R. fait en sorte que les pertes en capital d'une société ne peuvent être utilisées à la suite d'une acquisition de contrôle alors que le paragraphe 111(5) L.I.R. restreint la possibilité de bénéficier des pertes d'entreprise en cas d'acquisition de contrôle dans la mesure où l'entreprise ayant donné lieu aux pertes ou une entreprise similaire n'est pas continuée à la suite de l'acquisition de contrôle.

Le paragraphe 69(11) L.I.R. doit aussi être pris en considération dans le contexte de l'utilisation possible d'attributs fiscaux d'une société en difficulté financière. Ce paragraphe vise à empêcher qu'un vendeur dispose d'un bien en franchise d'impôt, notamment par voie de roulement en vertu de l'article 85 L.I.R., en faveur d'une personne qui ne lui est pas « affiliée ». Le paragraphe 69(11) L.I.R. ne permet pas que la disposition initiale du bien soit effectuée par voie de roulement en prévoyant que le produit de disposition du bien pour le vendeur est réputé être égal à la juste valeur marchande (« JVM ») du bien. Sans le paragraphe 69(11) L.I.R., il serait possible de transférer un bien ayant une plus-value latente à une société en difficulté financière qui a accumulé des pertes autres qu'en capital pour faire en sorte que celle-ci dispose ultimement du bien en réalisant ainsi un gain en capital qui pourrait être épongé par les pertes disponibles.

Certaines structures complexes ont été utilisées afin de contourner les diverses règles techniques de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui visent à empêcher la monétisation de pertes fiscales entre des sociétés qui ne sont pas des personnes affiliées au sens du paragraphe 251.1(1) L.I.R. Celles-ci faisaient en sorte que la société cible ayant des attributs fiscaux comme des pertes autres qu'en capital inutilisées émettait des débentures convertibles en actions ordinaires à un « acquéreur » des pertes fiscales de façon à éviter de provoquer une acquisition de contrôle donnant ouverture à l'application des paragraphes 111(4) et 111(5) L.I.R. Le prix d'émission des débentures était fonction de la valeur des pertes fiscales pour l'acquéreur. Subséquemment, de nouvelles sources de revenu provenant de l'exploitation d'une entreprise étaient introduites dans la société cible et les pertes de celles-ci étaient utilisées à l'encontre du revenu ainsi généré. Dans la plupart des cas, ces sociétés avaient cessé leurs activités commerciales. Une acquisition de contrôle aurait eu comme conséquence immédiate de rendre inutilisables les

pertes autres qu'en capital puisqu'il aurait été impossible de remplir les exigences du paragraphe 111(5) L.I.R. dans cette situation, à savoir la continuation de l'entreprise ayant donné lieu aux pertes ou d'une entreprise similaire. Il est en effet impossible pour un acquéreur de continuer l'exploitation d'une entreprise d'une société qui a cessé toute activité.

Ce type d'arrangement doit désormais être structuré afin d'éviter l'application du paragraphe 256(8) L.I.R. qui, s'il était applicable (par exemple, dans le cas d'une débenture convertible en actions), pourrait faire en sorte qu'une personne qui détient des droits d'acquisition d'actions serait réputée être en possession des actions aux fins, notamment, du paragraphe 111(5) L.I.R.

Par ailleurs, selon l'alinéa 128(1)g) L.I.R., ce type d'arrangement ne peut s'appliquer à une société faillie au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Dans ce cas, et tel qu'il est mentionné précédemment, dans la mesure où la société est déjà faillie, la faillite doit faire l'objet d'une annulation en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* afin de permettre l'utilisation des pertes fiscales dans les années subséquentes selon les règles de l'article 111 L.I.R.

La règle générale antiévitement (« RGAÉ ») prévue à l'article 245 L.I.R. doit aussi être prise en considération dans tout arrangement visant l'utilisation d'attributs fiscaux d'une société en difficulté financière à l'extérieur du groupe de sociétés affiliées. Les tribunaux se sont penchés à diverses reprises sur des situations d'utilisation de pertes fiscales dans un tel contexte. Les arrêts *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*²¹ et *Mathew c. Canada*²² traitent de transferts de pertes entre sociétés non affiliées. Il ressort de ces décisions que le transfert et la consolidation de pertes fiscales à l'intérieur d'un groupe de sociétés affiliées ne sont pas visés par la RGAÉ. Cependant, un même transfert de pertes entre personnes non affiliées est contraire à l'esprit de la loi et peut être visé par la RGAÉ.

Dans les arrêts *OSFC Holdings* et *Mathew*, des opérations complexes avec des sociétés de personnes avaient été mises en place afin de se soustraire à l'application du paragraphe 18(13) L.I.R. Ce paragraphe vise à interdire à un contribuable qui exploite une entreprise de prêt d'argent de déduire la perte qu'il a subie en raison de la disposition du bien si ce contribuable ou une personne affiliée acquiert de nouveau le bien ou un bien

²¹ 2001 CAF 260, [2002] 2 C.F. 288 (« *OSFC Holdings* »).

²² [2005] 2 R.C.S. 643 (« *Mathew* »).

identique au cours de la période prévue à ce paragraphe. Reconnaissant que les opérations effectuées constituaient des opérations d'évitement au sens du paragraphe 245(2) L.I.R., la Cour suprême du Canada a jugé que celles-ci étaient abusives aux fins du paragraphe 245(4) L.I.R. Selon la Cour, il en est ainsi lorsque l'avantage fiscal ne peut être réconcilié avec une interprétation raisonnable de la disposition législative sur laquelle un contribuable s'appuie afin d'engendrer cet avantage fiscal. La Cour suprême s'exprime ainsi sur ce point dans l'arrêt *Mathew* :

« Nous sommes d'avis que permettre aux appelants de demander la déduction des pertes en l'espèce contrecarrerait les objets du par. 18(13) et des dispositions relatives aux sociétés de personnes, et que le ministre a eu raison de leur refuser cette déduction en application de la RGAÉ. Lorsqu'ils sont interprétés de manière textuelle, contextuelle et téléologique, le par. 18(13) et l'art. 96 ne permettent pas aux parties sans lien de dépendance d'acheter les pertes fiscales maintenues par le par. 18(13) et d'en demander la déduction comme s'il s'agissait de leurs propres pertes. Le paragraphe 18(13) a pour objet de transférer une perte à une partie avec lien de dépendance, afin d'empêcher le contribuable qui exploite une entreprise de prêt d'argent de réaliser une perte apparente. Le traitement général du partage de pertes entre associés a pour objet de favoriser la mise en place d'une structure organisationnelle permettant à ces derniers d'exploiter ensemble une entreprise dans le cadre de rapports avec lien de dépendance. Le paragraphe 18(13) permet le maintien et le transfert d'une perte en tenant pour acquis qu'elle sera réalisée par un contribuable ayant un lien de dépendance avec l'auteur du transfert. Le législateur ne peut pas avoir voulu que les règles relatives aux sociétés de personnes et le par. 18(13) aient pour effet combiné de maintenir et de transférer une perte devant être réalisée par un contribuable n'ayant aucun lien de dépendance avec l'auteur du transfert. Utiliser ces dispositions pour maintenir et vendre une perte non réalisée à une partie sans lien de dépendance donne lieu à un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4). De telles opérations ne sont pas conformes à l'esprit et à l'objet du par. 18(13) et de l'art. 96 interprétés correctement²³. »

La position de l'ARC sur ce type d'opération est décrite comme suit dans le bulletin numéro 34 *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* :

« Nous sommes d'avis que les opérations qui visent à permettre à une personne d'acquérir un intérêt financier très important dans une société (p. ex., peut-être en ayant à la fois le contrôle de fait et un intérêt financier important dans celle-ci) et à profiter des pertes fiscales de la société, sans être assujettie aux "mêmes" restrictions ou à des restrictions "semblables" à celles prévues au paragraphe 111(5), pourraient raisonnablement être considérées comme

²³ *Id.*, par. 58.

entraînant un abus relativement à la politique générale de la Loi qui interdit le transfert de pertes autres que des pertes en capital entre sociétés non liées²⁴. »

2.3. TRANSFERT DE REVENUS À L'INTÉRIEUR DU GROUPE DE SOCIÉTÉS AFFILIÉES

À l'instar du transfert de pertes fiscales à l'intérieur d'un groupe de sociétés affiliées, les tribunaux acceptent aussi, dans une certaine mesure, le transfert de revenus à l'intérieur d'un groupe de sociétés affiliées. À titre d'exemple, dans l'affaire *Loyens c. La Reine*²⁵ entendue par la Cour canadienne de l'impôt, l'ARC prenait la position que la RGAÉ était applicable dans le cadre d'une opération visant le transfert de terrains en inventaire en faveur d'une société ayant des pertes accumulées par le biais d'une société de personnes²⁶. Les contribuables, deux frères, avaient transféré, selon le paragraphe 97(2) L.I.R., des terrains en inventaire à une société de personnes dont ils étaient associés en échange de participations dans celle-ci. Par la suite, ces participations avaient été transférées à une société ayant des pertes fiscales accumulées en vertu de l'article 85 L.I.R. Ayant seulement un associé à la suite de ce transfert, la société de personnes fut liquidée dans la société et les terrains furent transférés à celle-ci. Le revenu réalisé à l'occasion de la disposition des terrains en inventaire fut réduit par les pertes accumulées de la société.

L'ARC plaidait qu'une opération selon laquelle les pertes accumulées d'une société sont utilisées à l'encontre du revenu réalisé lors de la vente de biens en inventaire constituait un abus des dispositions de la loi lue dans son ensemble au sens du paragraphe 245(4) L.I.R. L'ARC s'appuyait notamment sur la décision *OSFC Holdings* de la Cour d'appel fédérale dans laquelle le transfert de pertes entre personnes non affiliées fut considéré comme étant abusif aux fins de la RGAÉ.

Étant donné les faits dans l'affaire *Loyens*, la Cour canadienne de l'impôt refusa d'appliquer la décision *OSFC Holdings*. La juge Campbell s'exprima ainsi à cet égard :

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 7 avril 2006.

²⁵ 2003 CCI 214 (« *Loyens* »).

²⁶ Le transfert d'un bien immeuble en inventaire ne peut se faire en faveur d'une société en utilisant les règles du paragraphe 85(1) L.I.R., car ce type de bien ne constitue pas un bien admissible selon l'alinéa 85(1.1)f) L.I.R.

« Après avoir lu les affaires en question, je ne vois pas comment l'intimée peut dégager des commentaires quelconques qui appuient l'assertion selon laquelle le partage des profits est interdit. Je suis également d'avis que son interprétation de l'affaire *OSFC Holdings Ltd.* est viciée. De toute évidence, la décision *OSFC Holdings Ltd.* interdit l'échange de pertes. Toutefois, je n'entendrai pas la portée des principes énoncés dans l'affaire *OSFC Holdings Ltd.* concernant l'échange de pertes pour conclure que le partage des profits est interchangeable avec l'échange de pertes. Rien, dans la décision *OSFC Holdings Ltd.*, ne fait allusion à une telle substitution. La situation de fait dans l'affaire *OSFC Holdings Ltd.* est tout à fait différente de celle en l'espèce. Elle porte sur des étrangers qui ont acquis des entités sur le plan fiscal ayant tiré partie de pertes qu'avaient subies d'autres entités²⁷. »

La décision *Loyens* s'avère utile dans le contexte d'une planification fiscale à l'intérieur d'un groupe de sociétés affiliées qui compte une société en difficulté financière ayant des pertes fiscales inutilisées.

Soulignons que le paragraphe 69(11) L.I.R. ne s'appliquait pas aux opérations à l'étude dans l'affaire *Loyens* étant donné que les frères étaient liés à la société à perte. Ces opérations ont été réalisées en 1993, avant le remplacement du concept de personnes liées par le concept de personnes affiliées aux fins du paragraphe 69(11) L.I.R. Les contribuables n'auraient pas été en mesure de réaliser ces opérations après le 26 avril 1995, date à 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. La société à perte n'aurait pas été affiliée aux deux frères et le paragraphe 69(11) L.I.R. se serait appliqué à cette situation.

2.4. MINIMISATION DES PERTES FISCALES ENTRE PERSONNES AFFILIÉES

La décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada c. Cascades Inc.*²⁸ concerne aussi des opérations de transfert ou d'utilisation de pertes fiscales visant à éviter l'application des règles sur les minimisations de pertes prévues aux paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R.

Dans l'arrêt *Cascades*, le contribuable détenait des actions d'une société (« PII ») qui avait une perte en capital non réalisée de plus de 15 M\$. En vue de la réalisation de cette perte en capital, *Cascades* a vendu ses actions à une filiale nouvellement constituée en contrepartie des actions de celle-ci. PII et

²⁷ *Loyens*, précité, note 25, par. 110.

²⁸ 2009 CAF 135 (« *Cascades* »). Cette décision n'a pas fait l'objet d'une demande de permission d'appel à la Cour suprême du Canada.

la filiale fusionnèrent 26 jours après le transfert pour former une société appelée par commodité PII Fusionco. Cascades a réclaté la perte en capital réalisée lors du transfert des actions de PII et a pris la position que les dispositions des paragraphes 40(3.3), 40(3.4) et 40(3.5) L.I.R. n'étaient pas applicables en raison du fait que les actions de la filiale n'existaient plus 30 jours après la disposition étant donné la fusion réalisée. Plus particulièrement, l'argument de Cascades s'appuyait sur l'interprétation de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. applicable en cas de fusion aux fins des règles sur la minimisation des pertes. Selon cet alinéa, lorsque les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. s'appliquent à la disposition par un cédant d'actions d'une société et que, après la disposition, la société est fusionnée avec une ou plusieurs autres sociétés, la société issue de la fusion est réputée être propriétaire des actions tant qu'elle est affiliée au cédant. Cascades soutenait que comme la fusion avait eu lieu avant la fin du délai de 30 jours suivant la disposition prévue au paragraphe 40(3.3) L.I.R., celui-ci ne s'était jamais appliqué et qu'en conséquence, la présomption prévue à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. ne pouvait opérer.

Renversant la décision de la Cour canadienne de l'impôt²⁹, la Cour d'appel fédérale décida que l'expression « lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent » à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. n'a pas pour effet d'exiger que les trois conditions du paragraphe 40(3.3) L.I.R. soient remplies afin que l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. puisse trouver application.

Contrairement à la Cour canadienne de l'impôt, la Cour d'appel fédérale a adopté l'analyse contextuelle et téléologique mise de l'avant par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*³⁰. L'interprétation de la Cour d'appel fédérale tient compte du contexte et de l'objet des dispositions sur la minimisation des pertes fiscales provenant d'opérations entre personnes affiliées. À cet égard, la Cour d'appel fédérale mentionne ce qui suit :

« [34] En l'espèce, une interprétation textuelle des paragraphes 40(3.3), (3.4) et (3.5) mène donc à la conclusion qu'il n'est pas nécessaire que les conditions prévues aux alinéas 40(3.3)a) et b) soient toutes remplies et, par conséquent, que les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent avant que le paragraphe (3.5) puisse trouver application. D'autre part, si l'on considère l'esprit général de la Loi et des dispositions en question, il faut considérer que celles-ci établissent une règle sur la minimisation des pertes. Comme le souligne Gerald D. Courage dans son article *Utilization of Tax Losses and Debt Restructuring*, 2006 Ontario

²⁹ 2007 CCI 1730.

³⁰ [2005] 2 R.C.S. 601 (« *Hypothèques Trustco* »).

Tax Conference, (Toronto; Canadian Tax Foundation, 2006), 9 :1-86, à la page 2 :

[...] the Act contains a number of so called “stop-loss rules” where there has been a transfer of property with an accrued loss within a statutorily defined closely held group. While the transfer might otherwise be treated as a sufficient realization so as to permit recognition of the loss, nevertheless the loss is denied until the property (or, in some cases, property received in exchange on the transfer) is transferred out of the group, at which point there is effectively a “true” realization by the group of the loss for tax purposes.

[35] Comme le suggère l'appelante dans son mémoire des faits et du droit, la décision de la juge mène à un résultat illogique : dans les cas où il y a, comme en l'espèce, une disposition d'actions suivie d'une fusion durant la période qui se termine 30 jours après la disposition, la règle ne s'appliquerait pas et les contribuables pourraient déduire leur perte pour l'année de la disposition, même si celle-ci n'a pas véritablement été réalisée par le groupe de sociétés affiliées. Cependant, dans les cas où la fusion a lieu à la suite de la période se terminant 30 jours après la disposition, le paragraphe 40(3.4) s'appliquerait et la perte serait réputée nulle jusqu'à ce qu'elle soit véritablement réalisée par le groupe de sociétés affiliées³¹. »

À notre avis, possiblement afin de remédier à une lacune de rédaction, la Cour d'appel fédérale a donné au terme « s'appliquent » utilisé à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. le sens large de « concernent » ou « visent », en s'appuyant sur des dictionnaires. Cette approche soulève, selon nous, certaines interrogations en regard du principe de prévisibilité et d'équité des lois fiscales décrit par la Cour suprême dans la décision *Hypothèques Trustco*³². D'ailleurs, la Cour d'appel fédérale a elle-même établi, dans la décision *Canada c. Landrus*³³, que les pertes fiscales doivent normalement être déductibles sous réserve d'une disposition claire de la loi à l'effet contraire³⁴.

L'arrêt *Cascades* de la Cour d'appel fédérale sert tout de même d'avertissement aux contribuables désireux de se lancer dans des opérations juridiques complexes et coûteuses visant la réalisation ou le transfert de pertes fiscales dans le contexte des règles sur la minimisation des pertes.

³¹ *Cascades*, précité, note 28, par. 34 et 35.

³² Précité, note 30, par. 61.

³³ 2009 CAF 113.

³⁴ Voir Michael N. KANDEV et Brandon WIENER, « Interprétation téléologique », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 17, n° 8, Association canadienne d'études fiscales, 25 août 2009.

2.5. ÉCHEC D'UNE TENTATIVE D'UTILISATION DES PERTES FISCALES D'UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE

Certains contribuables vont encore plus loin dans leur tentative d'utiliser les pertes fiscales d'autres sociétés. À cet égard, la décision récente de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Saipem UK Ltd. c. La Reine*³⁵ traite d'une tentative d'utilisation de pertes fiscales d'une société étrangère par une autre société étrangère exploitant une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'un établissement stable. Cette décision a par ailleurs été confirmée par la Cour d'appel fédérale en date du 6 septembre 2011³⁶, laquelle a entièrement endossé les motifs de la Cour canadienne de l'impôt sans autre commentaire. Pour cette raison, nous nous référerons uniquement à la décision de la Cour canadienne de l'impôt aux fins de la présente analyse.

Cette affaire est intéressante à plus d'un titre, particulièrement quant à la nature des arguments soulevés par Saipem UK Ltd. (« Saipem ») : celle-ci se fondait sur la clause antidiscrimination prévue à l'article 22 de la *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et les gains en capital*³⁷ (« Convention ») afin de faire valoir l'argument selon lequel une société mère non résidente exploitant une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'un établissement stable peut bénéficier des pertes autres qu'en capital non utilisées de sa filiale, elle-même une société non résidente faisant l'objet d'une liquidation, aux termes du paragraphe 88(1.1) L.I.R.

Saipem et Saipem Energy International Ltd. (« SEI ») étaient constituées au Royaume-Uni et y étaient résidentes aux fins de la loi et de la Convention à tout moment pertinent. Saipem et SEI faisaient partie du même groupe de sociétés. SEI avait des pertes autres qu'en capital inutilisées de l'ordre de 7 M\$ provenant de l'exploitation d'une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'un établissement stable, pour les années d'imposition 2001, 2002 et 2003. Durant les années d'imposition 2004, 2005 et 2006, Saipem exploitait aussi une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'un

³⁵ 2011 CCI 25 (« *Saipem UK* »).

³⁶ 2011 CAF 243.

³⁷ Convention signée le 8 septembre 1978 et modifiée par les protocoles signés le 15 avril 1980, le 16 octobre 1985 et le 7 mai 2003.

établissement stable. Dans le contexte d'une réorganisation de ce groupe de sociétés, Saipem fit, en 2003, l'acquisition des actions de SEI. SEI, devenue filiale de Saipem, fut liquidée en 2006, le début de la liquidation ayant commencé en 2003. Saipem demanda des déductions à l'égard des pertes de SEI dans le calcul de son revenu imposable gagné au Canada pour les années d'imposition 2004, 2005 et 2006.

Le ministre du Revenu national refusa la déduction de ces pertes à Saipem essentiellement au motif que la condition de base d'application du paragraphe 88(1.1) L.I.R. n'était pas respectée, à savoir que ni SEI ni Saipem n'étaient une « société canadienne » au sens du paragraphe 89(1) L.I.R.

L'argument central de Saipem était que la condition d'application du paragraphe 88(1) L.I.R. selon laquelle la société faisant l'objet de la liquidation (SEI) ainsi que la société mère (Saipem) devaient toutes deux être des « sociétés canadiennes » équivalait à de la discrimination fondée sur la nationalité ou sur le statut d'établissement stable, le tout, contrairement aux paragraphes 1 et 2 de l'article 22 de la Convention qui se lisent ainsi :

« 1. Les nationaux d'un État contractant ne sont soumis dans l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celle à laquelle sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État se trouvant dans la même situation.

2. L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant n'est pas établie dans cet autre État d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre État qui exercent la même activité. La présente disposition ne peut être interprétée comme obligeant l'un ou l'autre État contractant à accorder aux personnes physiques qui ne résident pas sur son territoire les déductions personnelles et les abattements d'impôt qui sont, de par la loi, accordés uniquement aux personnes physiques résidentes. »

Ainsi, Saipem demandait à la Cour de déterminer si l'application du paragraphe 88(1) L.I.R., qui était restreinte aux « sociétés canadiennes » et faisait en sorte que Saipem ne pouvait bénéficier des pertes autres qu'en capital de SEI à la suite de la liquidation de cette dernière, violait le droit de Saipem à un traitement non discriminatoire en tant que résident du Royaume-Uni et en tant que société exploitant une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'un établissement stable, droits garantis par les paragraphes 1 et 2 de l'article 22 de la Convention.

Les arguments de Saipem peuvent se résumer ainsi :

- 1) Aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les non-résidents qui exploitent une entreprise au Canada sont traités de la même façon que les résidents du Canada en vertu du régime précis de l'article 115 L.I.R.
- 2) Les établissements stables de Saipem et de SEI ont été assujettis à l'impôt au Canada selon ce même article 115 L.I.R. Il s'agit donc de permettre à Saipem l'accès à des pertes de SEI qui ont résulté d'une entreprise exploitée au Canada par l'entremise d'un établissement stable.
- 3) Les non-résidents exploitant une entreprise au Canada ont, à l'instar des résidents du Canada, la faculté de déduire les pertes provenant d'une telle exploitation à l'encontre de leurs revenus de même source. L'alinéa 115(1)f) L.I.R. prévoit expressément cette possibilité.
- 4) Les dispositions de l'article 111 L.I.R., qui permettent la déduction des pertes autres qu'en capital, s'appliquent uniformément aux résidents du Canada et aux non-résidents.
- 5) Les dispositions du paragraphe 88(1.1) L.I.R., qui permettent à la société mère de déduire les pertes autres qu'en capital de la filiale liquidée, reconnaissent clairement le principe que de telles pertes peuvent être utilisées à l'intérieur d'un même groupe de sociétés.
- 6) Saipem renvoie à l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³⁸, qui contient certaines règles d'interprétation applicables aux traités internationaux et indique notamment que les traités doivent recevoir une interprétation large afin de donner effet à l'intention des parties.
- 7) Sur la base de témoignages d'experts, certaines formes de discrimination sont admises s'il existe une justification pour des motifs d'intérêt public.
- 8) L'exigence relative aux sociétés canadiennes prévue au paragraphe 88(1.1) L.I.R. est discriminatoire, contraire à l'article 22 de la Convention et n'est justifiable par aucun intérêt public.

La position de Saipem est résumée de cette façon par son procureur :

³⁸ Faite à Vienne le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980. NATIONS UNIES, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

« [TRADUCTION] Selon la position que nous avons prise en ce qui concerne l'application du paragraphe 88(1.1), le fait que l'appelante réside au R.-U. ne suffit pas pour faire une distinction, en ce qui concerne les pertes, entre la situation de cette société en tant que société du Royaume-Uni et celle d'une société canadienne; la résidence en soi n'est pas un élément distinctif suffisant. Comme je l'ai déjà dit, le point de départ est que l'article 111 s'applique à tous de la même façon, qu'il s'agisse de résidents ou de non-résidents, de sorte que le critère à appliquer se rapporte aux activités canadiennes³⁹. »

Le ministre du Revenu national soutenait, de son côté, qu'on ne peut dire qu'une société qui ne réside pas au Canada, aux fins de l'impôt sur le revenu, se trouve « dans la même situation » qu'un contribuable qui réside au Canada. De plus, une société qui est un national canadien, mais qui ne réside pas au Canada, ne peut pas bénéficier de l'application du paragraphe 88(1.1) L.I.R. étant donné que, comme société non résidente, elle n'est pas une « société canadienne ». Saipem n'était donc pas traitée de façon différente des nationaux canadiens se trouvant dans la même situation qu'elle. Le ministre s'appuyait à cet égard sur l'article 24 du *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »)⁴⁰ (similaire à l'article 22 de la Convention) et sur le paragraphe 7 du commentaire y afférent. Saipem n'avait donc subi aucune discrimination similaire à celle décrite au paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention.

Quant au paragraphe 2 de l'article 22 de la Convention, le ministre soulignait essentiellement que les pertes en cause n'étaient pas des pertes provenant de l'exploitation d'une entreprise par Saipem, mais étaient plutôt des pertes intersociétés. Ainsi, le fait pour une société non résidente de se voir limiter l'accès aux pertes d'une autre société étrangère ne pouvait aller à l'encontre du paragraphe 2 de l'article 22 de la Convention. Le ministre se fondait notamment sur le passage suivant du commentaire de l'OCDE, version 2008, concernant l'article 24 du Modèle de convention, relativement aux types de pertes disponibles pour report dans le cas d'un établissement stable :

« [...], le principe d'égalité de traitement du paragraphe 3 [de l'article 24 du Modèle de convention] ne s'applique qu'à l'imposition des seules activités de l'établissement stable. Ce principe se limite donc à une comparaison entre les règles régissant l'imposition des activités propres à un établissement stable et

³⁹ *Saipem UK*, précité, note 35, par. 25.

⁴⁰ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, 2000 (« Modèle de convention »).

celles s'appliquant aux activités d'entreprise similaires menées par une entreprise résidente indépendante. Il ne s'étend pas aux règles qui tiennent compte des relations qu'une entreprise peut entretenir avec d'autres entreprises (par exemple les règles autorisant la consolidation, le transfert des pertes [...]), celles-ci ne portant pas sur l'imposition des activités d'entreprise propres à une entreprise qui seraient similaires à celles d'un établissement stable, mais plutôt sur l'imposition d'une entreprise résidente en tant que partie intégrante d'un groupe d'entreprises associées. De telles règles permettent souvent de garantir ou de faciliter le respect des obligations fiscales et l'administration fiscale au sein d'un groupe national. Il s'ensuit donc que le principe d'égalité de traitement n'est pas applicable⁴¹. [...] »

Par conséquent, sur la base de ce qui précède, le ministre prétendait que le paragraphe 88(1.1) L.I.R. n'était pas visé par l'article 22 de la Convention.

La Cour a essentiellement adopté la position du ministre selon laquelle le report de pertes est limité aux pertes réalisées par les activités du non-résident lui-même, liées à un établissement stable au Canada. Cette conclusion est compatible avec les dispositions des paragraphes 1 à 3 de l'article 7 de la Convention quant à la méthode de calcul des profits attribuables à un établissement stable.

Le paragraphe 3 de l'article 7 de la Convention se lit comme suit :

« Dans le calcul des bénéfices d'un établissement stable situé dans un État contractant, sont admises en déduction les dépenses de l'entreprise (autres que les dépenses qui ne seraient pas déductibles selon la législation de cet État si l'établissement stable constituait une entreprise séparée) qui sont exposées aux fins poursuivies par cet établissement stable, y compris les dépenses de direction et les frais généraux d'administration ainsi exposés, soit dans l'État où est situé cet établissement stable, soit ailleurs. »

Reconnaissant que l'article 7 de la Convention ne traite pas expressément de la déduction de pertes, la Cour mentionne que :

« [...] il semble logique de supposer et conclure que les seules déductions de pertes possibles aux fins du calcul des bénéfices de l'établissement stable sont celles qui se rapportent à des pertes imputables à l'établissement stable si celui-ci traitait en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable⁴². »

⁴¹ *Id.*, 2008.

⁴² *Saipem UK*, précité, note 35, par. 67.

La Cour conclut ainsi que le refus, par le ministre, de la déduction des pertes autres qu'en capital de SEI dans le calcul du revenu imposable gagné au Canada de Saipem, au motif que l'exigence de société canadienne au paragraphe 88(1.1) L.I.R. n'était pas respectée, ne peut constituer une discrimination fondée sur la nationalité ou sur le statut d'établissement stable aux termes des paragraphes 1 et 2 de l'article 22 de la Convention⁴³.

Les arguments de Saipem dans cette cause ne manquent pas d'originalité. Malgré les conditions claires d'application du paragraphe 88(1.1) L.I.R., Saipem a eu recours aux dispositions de l'article 22 de la Convention pour invoquer une discrimination. La Cour d'appel fédérale a rejeté cette approche et conclu que le report de pertes entre établissements stables n'était pas possible aux termes de l'article 7 de la Convention. Seules les pertes provenant de l'exploitation d'une entreprise au Canada par l'entremise d'un établissement stable peuvent faire l'objet d'un report à l'encontre du revenu de la même entreprise⁴⁴.

3. EFFET DE L'ARTICLE 80 L.I.R. LORS DU PROCESSUS DE RESTRUCTURATION DE DETTES

Dans le contexte de la restructuration d'une société insolvable, les créanciers accepteront souvent un règlement partiel de leur créance ou encore une conversion de celle-ci en actions de la société débitrice. Dans la mesure où une société n'est pas faillie au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le règlement d'une créance pour un montant inférieur au principal de celle-ci engendrera l'application de l'article 80 L.I.R. Il en sera ainsi en cas de restructuration de dettes dans le cadre d'une proposition concordataire en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou dans le contexte d'une société placée sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

Une société faillie est généralement exclue des règles concernant les remises de dettes prévues par l'article 80 L.I.R. En vertu de l'alinéa i) de l'élément B de la définition de « montant remis » au paragraphe 80(1) L.I.R., dans le cas où le débiteur est un failli, le « montant remis » qui sert à déterminer dans quelles mesures les attributs fiscaux d'une société peuvent être réduits est égal au principal de la dette même si un règlement de celle-ci pour un montant inférieur au principal est intervenu.

⁴³ *Id.*, par. 53 et 68.

⁴⁴ Voir aussi Eric GÉLINAS, « La décision de la Cour canadienne de l'impôt dans Saipem UK Limited », dans *Bulletin CCH fiscalité*, 21 février 2011.

Dans le cas où une société faillie bénéficie d'une entente avec ses créanciers selon laquelle des créances sont éteintes pour un montant inférieur au principal de celles-ci et que ces ententes interviennent au cours de la période pendant laquelle la société est faillie au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, les dispositions de l'article 80 L.I.R. ne seront pas applicables à ce règlement. Cependant, si la société émerge de la faillite à la suite d'une annulation de celle-ci à la suite de l'acceptation d'une proposition concordataire et donc sans qu'une ordonnance de libération inconditionnelle soit rendue⁴⁵, la question de l'application possible de l'article 80 L.I.R. doit être analysée.

Dans ce contexte, la position de l'ARC est que les pertes seraient conservées dans la mesure où la société fait l'objet d'une annulation de la faillite. L'alinéa 128(1)g) L.I.R. ne serait pas applicable afin d'éliminer les pertes de la société étant donné qu'aucune ordonnance de libération inconditionnelle ne serait rendue dans ce cas (la société étant considérée comme n'ayant pas fait faillite)⁴⁶. En effet, l'alinéa 128(1)g) L.I.R. n'est applicable que si une ordonnance de libération inconditionnelle est rendue à l'égard de la société faillie. En cas d'annulation de la faillite, une telle ordonnance devient inutile.

L'ARC ne s'est cependant pas prononcée sur l'effet rétroactif potentiel de l'article 80 L.I.R. dans une situation d'annulation de la faillite dans le cas où une dette a été éteinte pour un montant inférieur au principal au moment où la société était en faillite. Il apparaît que les dispositions de l'article 80 L.I.R. ne devraient pas s'appliquer alors, car dans la mesure où la société était faillie au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* au moment du règlement partiel des créances selon une entente avec les créanciers, l'exception prévue au paragraphe 80(1) L.I.R. relatif au calcul du montant remis devrait trouver application. L'annulation subséquente de la faillite ne devrait pas altérer cette analyse.

Dans les situations d'insolvabilité autres que la faillite, notamment en cas de transaction ou d'arrangement avec les créanciers en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou en cas de proposition acceptée par les créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, un règlement partiel d'une créance engendrera l'application

⁴⁵ Tel qu'il est mentionné selon l'article 61 L.F.I., l'acceptation de la proposition concordataire annule la faillite.

⁴⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 19.

de l'article 80 L.I.R. Tel qu'il est mentionné précédemment, seule une société faillie peut être soustraite à l'application de l'article 80 L.I.R.

Dans ce contexte, le montant remis devra, selon l'alinéa 80(2)c) L.I.R., être porté en réduction des attributs fiscaux de la société selon l'ordre établi par les paragraphes 80(4) à 80(8) L.I.R. Le montant remis sera appliqué en réduction des attributs fiscaux suivants :

- i) pertes autres qu'en capital;
- ii) pertes en capital;
- iii) coût en capital des biens amortissables;
- iv) fraction non amortie du coût en capital des biens amortissables;
- v) montant cumulatif d'immobilisations admissibles;
- vi) dépenses relatives à des ressources;
- vii) prix de base des immobilisations autres que certaines actions ou dettes dont la société débitrice est un actionnaire déterminé ou un actionnaire lié;
- viii) prix de base rajusté des actions ou dettes de sociétés liées;
- ix) pertes en capital de l'année courante excédant les gains en capital de l'année courante.

Dans la mesure où tous les attributs fiscaux de la société ne peuvent absorber le montant remis, 50 % de l'excédent devra être inclus dans le calcul du revenu de la société pour l'année du règlement de la dette en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R.

Toutefois, en vertu de l'article 61.4 L.I.R., le débiteur peut étaler l'inclusion dans le calcul du revenu sur une période de cinq ans si ce débiteur est une société ou fiducie résidant au Canada ou une personne non résidente qui exploite une entreprise par l'entremise d'un lieu fixe d'affaires au Canada.

L'article 61.3 L.I.R. prévoit, de son côté, qu'une déduction correspondant à deux fois la JVM de l'actif net de la société peut être demandée par une société insolvable quant au montant inclus dans le calcul

du revenu selon le paragraphe 80(13) L.I.R. Une société en difficulté financière peut donc se prévaloir de l'article 61.3 L.I.R. sans pour autant être faillie au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Le critère à remplir est celui de l'insolvabilité.

Aux fins de l'article 61.3 L.I.R., une société sera considérée comme étant insolvable dans la mesure où la valeur de ses actifs est inférieure à la valeur de ses passifs à la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle une créance est éteinte. La déduction pour insolvabilité correspondant à deux fois la JVM de l'actif net de la société pourrait ne pas être disponible pour une société en difficulté financière si, à la suite du règlement de la créance entraînant l'application du paragraphe 80(13) L.I.R., la situation financière de la société débitrice s'est améliorée au cours de la période qui comprend le moment du règlement de la créance et se termine à la fin de son année d'imposition, à cause d'une injection de capitaux dans la société ou en raison d'une amélioration des affaires de la société.

Par ailleurs, il est à noter que la remise d'une dette commerciale dans l'année d'imposition au cours de laquelle cette dette a été contractée entraînera une inclusion dans le calcul du revenu du débiteur selon l'article 9 L.I.R.⁴⁷ L'article 80 L.I.R. s'appliquera cependant dans cette situation lorsque le règlement d'une créance commerciale, tels des comptes fournisseurs, se produit dans le contexte d'une proposition concordataire en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁴⁸.

3.1. CONVERSION D'UNE DETTE EN ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ FINANCIÈRE

Une des possibilités qui s'offre à une société en difficulté financière consiste en la conversion d'une dette en actions de cette société. Dans ces circonstances, diverses règles prévues à l'article 80 L.I.R. doivent être analysées. Plus particulièrement, les alinéas 80(2)g) et 80(2)g.1) L.I.R. indiquent le montant qui sera considéré comme ayant été remboursé par la société lors de la conversion.

⁴⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-293R, « Gain d'un débiteur provenant d'un règlement de dette », 16 juillet 1979, par. 25.

⁴⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9809385F, 29 mai 1998 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 47, par. 25 et 26.

3.1.1. Alinéa 80(2)g) L.I.R.

En vertu de l'alinéa 80(2)g) L.I.R., le montant réputé être payé par la société en règlement de la dette lors de l'émission des actions sera réputé être égal à la JVM des actions au moment de leur émission⁴⁹. Afin que cette disposition puisse être applicable, les actions émises lors de la conversion ne doivent pas être des « valeurs mobilières exclues ». Une « action privilégiée de renflouement » sera notamment considérée comme une « valeur mobilière exclue » au sens du paragraphe 80(1) L.I.R. La notion d'action privilégiée de renflouement dans le contexte de l'application de l'article 80 L.I.R. sera abordée dans les pages qui suivent.

La détermination de la JVM des actions émises lors de la conversion de la dette peut poser problème dans le contexte de la conversion d'une dette d'une société privée en difficulté financière en actions de celle-ci. Il est en effet possible que les actions d'une telle société n'aient aucune valeur. Dans ce cas, l'article 80 L.I.R. s'appliquera sur la partie de la dette éteinte pour un montant inférieur à son principal.

Dans le contexte où la société débitrice et les créanciers traitent sans lien de dépendance et en l'absence de difficultés financières, la question de l'évaluation des actions ne devrait pas poser de problème : les créanciers n'accepteront normalement pas de convertir leurs créances contre des actions ayant une valeur marchande inférieure au principal de la créance. Mais si la conversion de la créance en actions se produit dans le cadre d'une transaction ou d'un arrangement en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou lors de l'acceptation d'une proposition concordataire en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, il est alors possible que les créanciers n'aient d'autre choix que de consentir à la conversion de leurs créances en actions de la société dont la JVM est inférieure au principal de leurs créances. Conséquemment, les dispositions de l'alinéa 80(2)g) L.I.R. pourraient faire en sorte que la société émettrice soit considérée comme ayant un « montant remis » relativement à l'extinction de la dette égal à l'excédent du principal de la créance sur la JVM des actions émises lors de la conversion de celles-ci.

⁴⁹ L'alinéa 80(2)g) L.I.R. a été modifié à la suite de la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *King Rentals Ltd. c. La Reine*, 96 D.T.C. 1132 (C.C.I.), selon laquelle, dans le cas où des actions sont émises en contrepartie de l'extinction d'une dette, le montant payé par la société émettrice sera généralement considéré comme étant le montant ajouté au capital versé des actions émises selon l'entente des parties.

Dans la mesure où le critère de JVM des actions prévu à l'alinéa 80(2)g) L.I.R. ne peut être respecté en raison d'une baisse de la valeur des actions de la société débitrice, il sera possible de recourir à l'exception prévue à l'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. lorsque cette société est une filiale détenue à 100 % par le créancier et que l'actif de celle-ci a une valeur égale ou supérieure à l'ensemble de son passif.

3.1.2. Alinéa 80(2)g.1) L.I.R.

L'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. prévoit que l'augmentation de la JVM des actions du capital-actions détenues par le créancier dans la société débitrice à la suite de l'extinction de la dette est réputée être un montant payé à ce moment en règlement de cette dernière. Par exemple, si Aco détient la totalité des actions de Bco ainsi qu'une créance au montant de 1 M\$ dans Bco qui, par ailleurs, a une valeur du même montant, l'extinction pure et simple de la dette, même sans contrepartie, fera en sorte que la valeur des actions de Bco détenues par Aco augmentera d'un montant correspondant à la dette pour se porter à 2 M\$. Dans ce cas, l'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. fera en sorte que l'extinction de la dette sans paiement ne causera pas l'application de l'article 80 L.I.R. pour Bco.

L'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. ne serait cependant pas applicable si une société débitrice a une valeur négative, c'est-à-dire si la valeur de ses passifs excède la valeur de ses actifs. Dans l'exemple précédent, si la valeur de Bco était négative de 1 M\$, l'extinction de la dette porterait la valeur de Bco à zéro. La JVM des actions de Bco détenues par Aco ne pourrait alors être considérée comme étant augmentée d'un montant égal au principal de la dette éteinte.

L'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. ne sera également pas applicable dans l'exemple suivant : Aco détient 100 % des actions de Bco. Bco détient 100 % des actions de Cco. Cco est débitrice d'un montant de 1 M\$ envers Aco. En raison du fait qu'Aco ne détient pas directement des actions dans Cco, l'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. ne pourra s'appliquer à l'extinction de la dette entre Aco et Cco étant donné que cela n'entraînera pas une augmentation de la valeur des actions de la société qui appartiennent au débiteur, c'est-à-dire Bco. Afin que l'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. puisse être applicable, le créancier doit être détenteur des actions de la société débitrice.

Afin de bénéficier des dispositions de l'alinéa 80(2)g.1) L.I.R., Aco pourrait procéder à une assignation de la dette détenue dans Cco en faveur de Bco, en contrepartie de l'émission d'actions additionnelles de Bco. La dette entre Cco et Bco pourrait alors être éteinte soit par conversion en actions,

soit autrement. En tenant pour acquis que Cco a une valeur égale à zéro ou positive, l'extinction de la dette aurait pour effet de provoquer une augmentation de la JVM des actions de Cco détenues par Bco du montant du principal de la dette, de façon que l'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. puisse être applicable afin d'éviter l'effet de l'article 80 L.I.R. sur cette opération.

Tel qu'il est mentionné précédemment, lorsque la valeur de l'actif de la société débitrice est moins élevée que le montant de son passif, la conversion de la dette entraîne normalement l'application de l'article 80 L.I.R. En effet, dans cette situation, aucune des exceptions prévues aux alinéas 80(2)g) et 80(2)g.1) L.I.R. ne sera applicable.

3.1.3. Autres options

D'autres options pourraient être disponibles pour une société privée qui a un nombre limité d'actionnaires afin d'éviter l'application de l'article 80 L.I.R. dans le contexte d'une restructuration de dettes selon une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou selon un arrangement aux termes de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Malgré la position actuelle de l'ARC, nous considérons qu'il serait possible à un actionnaire d'effectuer les opérations suivantes afin d'éviter l'application des règles de l'article 80 L.I.R. L'actionnaire pourrait en premier lieu effectuer une souscription additionnelle d'actions dans le capital-actions de la société débitrice pour un montant d'argent égal au principal de la dette. Le produit de souscription serait par la suite utilisé par la société débitrice afin de procéder au remboursement de la dette. Dans cette situation, il nous apparaît que les dispositions de l'article 80 L.I.R. ne s'appliqueraient pas étant donné qu'il y aurait remboursement de la totalité de la dette. Ce type d'opération requiert cependant une circulation réelle de fonds afin que celle-ci soit légalement valide. À cette fin, un prêt d'un jour (*day light loan*) est normalement effectué.

La position de l'ARC concernant ce type d'arrangement est décrite dans le *Bulletin d'interprétation* IT-293R datant de 1983, donc avant l'introduction des nouvelles règles en 1995. L'ARC est d'opinion qu'il serait normalement visé par l'article 80 L.I.R.⁵⁰ La situation décrite dans ce bulletin concerne un emprunt par la société débitrice pour une somme égale à la créance auprès d'une banque ou d'un prêteur comme prêt d'un jour suivi d'un remboursement de la créance. Par la suite, le créancier se sert des fonds reçus lors du remboursement pour acheter des actions de la société débitrice,

⁵⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 47, par. 11, 19 septembre 1983.

laquelle rembourse le prêt d'un jour en utilisant le produit de souscription pour ce faire. L'ARC mentionne que l'article 80 L.I.R. s'appliquera si le principal de la dette éteinte dépasse la JVM des actions acquises par le créancier. Étant donné que les fonds reçus par la société débitrice lors de cette souscription d'actions sont immédiatement utilisés afin de rembourser la créance, il est peu probable que la JVM des actions ainsi souscrites sera égale au principal de la dette.

L'ARC, dans le cadre d'interprétations techniques plus récentes⁵¹, a émis l'opinion que dans la situation où une société mère fait une contribution au capital d'une filiale et que celle-ci utilise ces fonds pour repayer une dette à une autre société du même groupe, l'article 80 L.I.R. ne serait normalement pas applicable étant donné que la totalité de la dette serait remboursée. L'ARC a néanmoins mentionné que le paragraphe 245(2) L.I.R. pourrait être applicable dans la situation où une société débitrice ne pourrait bénéficier de l'exception prévue à l'alinéa 80(2)g) L.I.R.⁵² en cas de conversion de la créance en actions de la société débitrice. De façon générale, l'ARC semble donc conclure que la RGAÉ serait applicable à ce type de transaction.

La position de l'ARC est, à notre avis, discutable, et ce, particulièrement en regard de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Shell Canada ltée c. Canada*⁵³ selon laquelle la forme juridique d'une opération ne peut être « recaractérisée » à moins d'un trompe-l'œil. À cet égard, nous reproduisons le passage pertinent tiré de cette décision :

« [...] en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables [...] »⁵⁴.

⁵¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0141005, « Debt forgiveness and capital contribution », 9 septembre 2002 et 2003-0022357, « Forgiveness of debt shares », 25 septembre 2003.

⁵² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0022357, précité, note 51.

⁵³ [1999] 3 R.C.S. 622.

⁵⁴ *Id.*, par. 39.

Dans la situation décrite précédemment, la créance est remboursée en totalité. Les rapports juridiques établis entre débiteur et créancier sont clairs. L'article 80 L.I.R. ne doit donc pas s'appliquer à cette situation, le « montant remis » étant de zéro en raison du remboursement complet de la créance.

De plus, il nous semble difficile de concevoir que le paragraphe 245(2) L.I.R. puisse s'appliquer à une telle opération. Dans ce contexte, il apparaît qu'aucune disposition particulière de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est utilisée. Afin que le paragraphe 245(2) L.I.R. puisse être applicable, il doit notamment y avoir un abus dans l'application des dispositions de la loi. Or, le paragraphe 245(2) L.I.R. ne peut logiquement s'appliquer à une opération qui ne s'appuie sur aucune disposition particulière de la loi et qui ne fait qu'éviter l'application d'une disposition, soit l'article 80 L.I.R. Cette conclusion a d'ailleurs été confirmée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Jabin Investment Ltd. c. La Reine*⁵⁵. Dans le contexte de cette décision, une dette du contribuable a été vendue à perte par le créancier (la banque) à une société (« W720 ») constituée afin de « parquer » la dette dans le but d'éviter au contribuable l'application de l'article 80 L.I.R. tel qu'il se lisait avant l'introduction des règles sur les « remisages » de dettes prévues à l'article 80.01 L.I.R. La créance transférée à W720 avait fait l'objet d'une entente selon laquelle W720 ne chercherait pas à la recouvrer malgré le fait que la créance demeurerait juridiquement exécutoire. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt⁵⁶ selon laquelle le fait d'éviter l'application d'une disposition particulière de la loi, comme l'article 80 L.I.R., n'entre pas dans la notion d'abus de la loi aux fins du paragraphe 245(4) L.I.R., car il ne peut y avoir un abus (*misuse*) d'une disposition de la loi qui n'a pas été utilisée⁵⁷. De plus, la Cour d'appel fédérale a jugé que l'opération en question n'entraînait pas d'abus dans l'application de la loi lue dans son ensemble (*abuse*), car la dette n'était pas juridiquement éteinte. Le passage suivant tiré de la décision de la Cour d'appel fédérale illustre ce point :

« Le ministre prétend qu'à moins que la créance ne soit traitée comme n'étant plus exécutoire sur le plan juridique, l'article 80 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (dans sa version antérieure à 1995) est mal utilisé. Le juge Hamlyn a examiné sommairement cet argument. Lorsque le créancier n'essaie pas de recouvrer sa créance, mais que celle-ci demeure exécutoire sur le plan juridique, on évite l'application de l'article 80. Le juge Hamlyn a dit au paragraphe 35 :

⁵⁵ 2002 CAF 520 (« *Jabin Investment* »).

⁵⁶ C.C.I. n° 99-2166 (IT) G.

⁵⁷ *Id.*, par. 45 et 46.

Logiquement, le fait d'éviter l'application d'une disposition particulière de la *Loi* n'entre pas dans le champ sémantique du mot "*misuse*". Il va de soi que, si l'article 80 n'a pas été utilisé, il ne peut avoir fait l'objet d'un abus ("*misuse*").

Nous sommes d'accord avec sa conclusion. Si une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas utilisée, on ne peut mal l'utiliser⁵⁸. »

L'article 80 L.I.R. visait, avant 1995, une imposition provoquée par l'extinction juridique d'une créance. Comme l'a écrit la Cour d'appel fédérale : « [...] nous ne sommes pas convaincus qu'il existe une politique claire et non équivoque que les créances qui ne sont pas éteintes sur le plan juridique doivent être considérées comme si elles l'étaient. »

Ce faisant, le fait d'éviter l'application de l'article 80 L.I.R. dans les circonstances de cette décision ne constitue pas un abus aux fins de la RGAÉ. Sur ce point, il est important de mentionner que la distinction entre la notion de *misuse* et la notion d'*abuse* aux fins de l'article 245 L.I.R. n'a plus lieu d'être depuis la décision *Hypothèques Trustco*⁵⁹. Ce principe a été réitéré récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*⁶⁰ :

« L'analyse fait conclure à l'évitement fiscal abusif lorsque l'opération (1) produit un résultat que la disposition législative vise à empêcher, (2) va à l'encontre de la raison d'être de la disposition ou (3) contourne l'application de la disposition de manière à contrecarrer son objet ou son esprit : *Trustco*, par. 45, *Lipson* par. 40. Ces considérations ne jouent pas indépendamment les unes des autres, et elles peuvent se chevaucher. À cette étape, le ministre doit montrer clairement que l'opération a un caractère abusif, et le contribuable a le bénéfice du doute.

Ce critère n'appelle pas de distinction entre les termes "*abuse*" et "*misuse*" employés dans la version anglaise, mais plutôt l'application d'une seule méthode unifiée (*Trustco*, par. 43)⁶¹. » (Notre soulignement)

Ainsi, il ne reste de la décision *Jabin Investment* que l'affirmation qu'il ne peut y avoir d'abus d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui n'a pas été utilisée.

⁵⁸ *Jabin Investment*, précité, note 55, par. 2.

⁵⁹ Précité, note 30, par. 43.

⁶⁰ 2011 R.C.S. 63.

⁶¹ *Id.*, par. 72 et 73.

3.2. ÉCHANGE DE CRÉANCE CONTRE UNE NOUVELLE CRÉANCE D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ FINANCIÈRE

Dans le cas où une société en difficulté financière désire plutôt procéder à une restructuration de ses dettes en remplaçant des créances existantes contre des créances ayant des caractéristiques plus avantageuses, à la suite d'une entente avec les créanciers, l'alinéa 80(2)h) L.I.R. trouvera application. Cette disposition prévoit que lorsqu'une partie de la contrepartie qu'un débiteur donne à une autre personne en règlement d'une créance consiste en une nouvelle créance émise par le même débiteur, un montant égal au principal de la nouvelle créance est réputé être payé par le débiteur en raison de l'émission de cette nouvelle créance en règlement du principal de l'ancienne créance. L'alinéa 80(2)h) L.I.R., contrairement à l'alinéa 80(2)g) L.I.R., ne prévoit pas que la JVM de la nouvelle dette doit être égale à la JVM de la dette remplacée. Ainsi, une société en difficulté financière pourra procéder à une restructuration de sa dette afin de prévoir des modalités plus favorables à celle-ci sans risque relatif à l'application potentielle de l'article 80 L.I.R. au motif que la JVM de la nouvelle créance est inférieure à la JVM de la créance remplacée.

Dans certains cas, la conversion d'une créance en une autre créance avec des modalités de remboursement favorables au débiteur peut soulever la question de l'application de la RGAÉ. Par exemple, une société en difficulté financière pourrait procéder à une conversion de sa créance en contrepartie d'une créance prévoyant que celle-ci ne serait pas remboursable avant plusieurs années. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si une telle conversion peut occasionner un abus de l'alinéa 80(2)h) L.I.R., lequel ne prend en considération que le principal de la dette émise en contrepartie, et non la valeur de celle-ci. L'ARC a rendu une décision anticipée en 2002 concernant cette situation⁶². Dans le cadre de cette décision anticipée, un employé qui devait des montants à son ancien employeur, mais qui était en difficulté financière ne pouvait rembourser le montant des prêts consentis par cet employeur. Les prêts ont été échangés contre de nouveaux prêts avec le même principal, mais à l'égard desquels aucun montant n'était payable avant le jour suivant la mort de l'employé. L'ARC a indiqué que l'alinéa 80(2)h) L.I.R. s'appliquerait et qu'en conséquence, l'article 80 L.I.R. n'aurait aucun effet. De plus, il fut déterminé que la RGAÉ ne s'appliquerait pas à une telle conversion.

⁶² AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2002-052183, 8 novembre 2002.

Il est important de mentionner que l'employé avait souscrit une assurance vie lui permettant de rembourser les prêts à maturité. Il y avait donc une expectative raisonnable de remboursement de la dette à échéance. La position de l'ARC serait-elle potentiellement différente dans la situation où aucune possibilité de remboursement ne serait présente à ce moment?

Il était intéressant de noter que les dispositions de l'alinéa 80(2)g L.I.R. pourraient être contournées par l'émission d'une créance convertible en actions de la société débitrice, et ce, dans la mesure où la créance est inscrite à la cote d'une bourse de valeurs désignée située au Canada⁶³. Dans cette situation, et en vertu de l'alinéa 80(2)a) L.I.R., la conversion subséquente de la créance en actions n'entraînerait pas un règlement de la dette aux fins de l'article 80 L.I.R. De plus, les règles de l'article 80 L.I.R. ne s'appliqueront pas même si la JVM des actions émises lors de la conversion de la créance est inférieure au principal de celle-ci.

3.3. PAIEMENTS EFFECTUÉS PAR DES TIERS

Les créances d'une société en difficulté financière peuvent être payées par une personne ayant cautionné la créance ou, alternativement, être assumées en tout ou en partie par un tiers. Dans la situation où un paiement est fait par une tierce partie en vertu d'un cautionnement, l'alinéa 80(2)l) L.I.R. s'applique et fait en sorte que le montant payé en vertu du cautionnement est réputé être une dette commerciale contractée par le débiteur aux fins de l'application de l'article 80 L.I.R. L'effet de l'article 80 L.I.R. est ainsi retardé mais ne sera pas évité. Dans la mesure où cette créance distincte est par la suite éteinte sans paiement, ou pour un paiement inférieur à ce qui a été payé en vertu du cautionnement, l'article 80 L.I.R. s'appliquera à ce moment. Ce type de cautionnement est fréquemment donné par une société mère à l'égard de la dette d'une filiale ou vice-versa. Dans ce contexte, lorsque la société mère et la filiale sont toutes deux des sociétés canadiennes imposables au sens de l'article 89 L.I.R., il sera possible d'éviter l'application des règles de l'article 80 L.I.R. lorsque aucun paiement n'est effectué par la caution, dans la mesure où les deux sociétés sont fusionnées ou encore que la filiale est liquidée dans la société mère et que la fusion ou la liquidation est visée par l'article 87 ou 88 L.I.R. Dans cette situation, en vertu des paragraphes 80.01(3) ou 80.01(4) L.I.R., la créance est réputée être réglée pour un montant égal au principal de celle-ci.

⁶³ *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), art. 3200.

Lorsque la créance est plutôt prise en charge par une tierce personne, l'alinéa l) de l'élément B prévu à la définition de « montant remis » au paragraphe 80(1) L.I.R. trouve application. Cet alinéa prévoit que le montant donné par le débiteur à une autre personne en contrepartie de la prise en charge de la dette par cette dernière est porté en réduction du montant remis aux fins de l'application de l'article 80 L.I.R. Dans la mesure où aucune contrepartie n'est donnée par le débiteur à cette personne, l'article 80 L.I.R. s'appliquera à l'égard du principal de la dette prise en charge par la tierce partie. Dans la majorité des opérations commerciales où des dettes sont prises en charge par un éventuel acheteur, une contrepartie est effectivement donnée par la société débitrice en contrepartie de la prise en charge de ces dettes. Le risque survient particulièrement dans un contexte de prise en charge de dettes par une tierce partie qui a un lien de dépendance avec la société débitrice.

Dans le cas, par exemple, où une créance d'une filiale détenue à 100 % par la société mère est assumée par celle-ci, la filiale devra payer un montant d'argent à sa société mère égal à la dette assumée par celle-ci, et ce, afin d'éviter l'application de l'article 80 L.I.R. Alternativement, la filiale pourrait émettre des actions à la société mère en contrepartie de la dette ainsi assumée. Mais l'exception prévue à l'alinéa 80(2)g.1) L.I.R. ne serait pas applicable étant donné que cet alinéa vise uniquement le cas où la dette est détenue directement par la société mère et convertie subséquentement en actions de la filiale. En conséquence, afin d'éviter l'application de l'article 80 L.I.R. dans ce dernier cas, la JVM des actions émises par la filiale à sa société mère doit être égale au montant de la dette assumée par celle-ci. Dans une situation de difficultés financières, cette condition pourrait être difficile à respecter.

3.4. ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE RENFLOUEMENT

L'expression « action privilégiée de renflouement » (« APR ») est définie au paragraphe 80(1) L.I.R. comme étant à un moment donné 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 » au paragraphe 248(1) L.I.R. et qui serait une action privilégiée à terme à ce moment compte non tenu des alinéas e) et f) de cette définition.

L'alinéa e) de la définition d'« action privilégiée à terme » exclut notamment de cette définition :

« [...] une action émise après le 12 novembre 1981, pour une durée n'excédant pas 5 ans, suivant la date de son émission si l'action a été émise par une société qui réside au Canada :

(i) soit conformément à une proposition faite à ses créanciers ou à un arrangement conclu avec eux et approuvé par un tribunal conformément à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*,

(ii) soit 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) soit à un moment où, en raison de difficultés financières, l'émettrice ou une autre société qui réside au Canada, et avec laquelle elle a un lien de dépendance manquait, ou on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle manquât, à un engagement résultant d'un titre de créance détenu par une personne avec laquelle l'émettrice ou l'autre société n'avait aucun lien de dépendance, si, à ce moment, l'action était en totalité, ou presque, émise directement ou indirectement en échange ou en remplacement de tout ou en partie du titre de créance,

et [...] 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'action; [...] »

L'alinéa f) de cette définition renvoie à une action visée à l'article 6201 R.I.R.

Une APR est essentiellement une action émise par une société en difficulté financière qui a les caractéristiques d'une dette et qui est notamment rachetable au gré du détenteur.

Un des avantages liés à l'émission d'APR pour le détenteur est que le paragraphe 112(2.1) L.I.R., qui restreint la déductibilité des dividendes intersociétés reçus sur des actions privilégiées à terme par une institution financière, n'est pas applicable. En effet, la restriction prévue au paragraphe 112(2.1) L.I.R. vise uniquement les dividendes reçus par une institution financière à l'égard d'actions privilégiées à terme. Or, l'alinéa e) de la définition d'« action privilégiée à terme » au paragraphe 248(1) L.I.R. exclut expressément de cette définition les actions qui constituent des APR par ailleurs définies au paragraphe 80(1) L.I.R. Cette exclusion implique donc qu'une institution financière pourrait souscrire à des APR et ainsi recevoir des dividendes à l'égard desquels la déduction prévue à l'article 112 L.I.R. pourrait être applicable.

Lorsque des APR sont émises par une société en difficulté financière lors de la conversion d'une créance, le montant réputé être payé par la société débitrice est égal au moins élevé du montant du principal de la dette ou du capital versé des actions. Cela implique que la JVM des APR émises lors de la conversion de la créance n'est pas prise en compte. En vertu du paragraphe 80.02(2) L.I.R., afin d'éviter l'application de l'article 80 L.I.R. lors de la conversion d'une créance, il ne sera pas nécessaire de remplir les conditions des alinéas 80(2)g) et 80(2)g.1) L.I.R. lorsque des APR sont émises lors d'une telle conversion. L'avantage pour la société débitrice ayant émis les APR est notamment de permettre un taux de dividendes inférieur au taux d'intérêt qui serait applicable sur la créance avant la conversion. Un créancier acceptera normalement une telle diminution étant donné que les dividendes reçus pourront bénéficier de la déduction pour dividendes prévue à l'article 112 L.I.R., et ce, pour une durée de cinq ans suivant la conversion ou l'émission des APR. Après cette période, les actions émises ne seront plus considérées comme des APR selon le passage introductif de l'alinéa e) de la définition d'« action privilégiée à terme » au paragraphe 248(1) L.I.R.

Les APR constituent une dette commerciale aux fins du régime de l'article 80 L.I.R., dont le principal est égal au montant du capital versé des actions selon le paragraphe 80.02(2) L.I.R. À l'expiration du délai de cinq ans suivant l'émission des actions, celles-ci seront réputées avoir été réglées pour un paiement égal à leur JVM au moment de leur émission. Ainsi, les règles générales de l'article 80 L.I.R. seront applicables à ce moment. Il sera donc nécessaire pour la société émettrice d'effectuer un paiement égal au capital versé des actions afin d'éviter l'application des règles normales prévues à l'article 80 L.I.R. Dans la mesure où des APR sont reconverties en créance après l'expiration du délai de cinq ans, elles seront réputées avoir été réglées pour un montant égal au principal de la nouvelle dette selon les règles du paragraphe 80.02(4) L.I.R.

CONCLUSION

Les aspects fiscaux liés au processus de restructuration d'une société en difficulté financière ne peuvent être ignorés pour ne pas risquer de compromettre le rétablissement de la société recherché par cette restructuration. Qu'il s'agisse des règles de l'article 80 L.I.R. qui peuvent entraîner une inclusion dans le calcul du revenu d'une société déjà fragilisée faisant l'objet d'une restructuration en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou qu'il s'agisse de la préservation des pertes fiscales d'une société faillie au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, les effets

imprévus de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont omniprésents mais, lorsqu'ils sont bien compris, ceux-ci peuvent être grandement diminués.

CONSÉQUENCES FISCALES D'UN VICE CACHÉ DANS UN IMMEUBLE



Karine Gaouette Précourt

Avocate, LL.M. fisc.

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

PRÉCIS

Le secteur de l'immobilier a ses bons et ses mauvais côtés. Parmi les moins reluisants, se trouve la présence de vices cachés dans de nombreux immeubles. Or, cette notion est peu connue tant des acheteurs que des vendeurs. Il en est de même des droits et des responsabilités des parties. De plus, le traitement fiscal des dépenses et des dédommagements que prévoient les lois et qu'appliquent les tribunaux demeure abstrait pour beaucoup.

L'auteure aborde le sujet ainsi : la notion de vice caché, les responsabilités, les recours, l'indemnité et le traitement fiscal. Elle apporte des réponses à plusieurs questions importantes : Qu'entend-on par « vice caché » au sens du *Code civil du Québec*? Quels sont les recours civils accessibles à l'acheteur? Le vendeur a-t-il intérêt à corriger le vice caché avant de vendre son immeuble? Quel traitement fiscal est accordé aux dépenses engagées et aux dédommagements versés et reçus? L'approche fiscale des tribunaux du Québec se distingue-t-elle de celle des tribunaux canadiens?

ABSTRACT

The real estate sector has its good and bad sides. Among the less appealing aspects are the hidden defects found in many residential properties, a concept of which both buyers and sellers are largely unaware. The same goes for both parties' rights and responsibilities. Furthermore, the tax treatment of expenses and compensation provided for by the law and applied by the courts is an abstraction for many people.

The author deals with the matter in the following sequence of topics: concept of hidden defects – responsibility – recourses – compensation – tax treatment. She gives answers to several important questions: What does “hidden defect” mean in light of the *Civil Code of Québec*? What civil recourses does the buyer have? Is it in the interest of the seller to fix the hidden defect before selling? What is the tax treatment of the expenses incurred and compensation paid and received? How does the tax approach by the Quebec courts differ from the approach by the Canadian courts?

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	177
1. GARANTIE DE QUALITÉ DU <i>CODE CIVIL DU QUÉBEC</i>	178
1.1. EXISTENCE DU VICE CACHÉ	180
1.2. OBLIGATIONS DU VENDEUR	183
1.3. RÉGIME INDEMNITAIRE.....	185
2. TRAITEMENT FISCAL DES DÉDOMMAGEMENTS REÇUS PAR L'ACHETEUR	188
2.1. DÉDOMMAGEMENT REÇU EN VERTU D'UN RECOURS EN CORRECTION DU VICE CACHÉ	192
2.2. DÉDOMMAGEMENT REÇU EN VERTU D'UN RECOURS EN RÉDUCTION DE PRIX	195
2.3. DÉDOMMAGEMENT REÇU EN VERTU D'UN RECOURS EN RÉOLUTION DE LA VENTE	198
2.4. DÉDOMMAGEMENT REÇU EN VERTU D'UN RECOURS EN DOMMAGES-INTÉRÊTS	199
2.5. DOMMAGES – GAINS FORTUITS	200
2.6. HONORAIRES PROFESSIONNELS	202
2.7. INTÉRÊTS	203
2.8. INDEMNITÉ D'ASSURANCE	205
3. TRAITEMENT FISCAL DES DÉDOMMAGEMENTS VERSÉS PAR LE VENDEUR	206
3.1. VENTE DE BIENS EN INVENTAIRE	207
3.1.1. Principes.....	207
3.1.2. Traitement des dédommagements versés	215
3.2. VENTE D'IMMOBILISATIONS	217
3.3. RÉSIDENCE PRINCIPALE	221
CONCLUSION	221
ANNEXE	225

INTRODUCTION

Le présent texte s'inscrit dans un contexte d'opérations immobilières et porte sur la garantie de qualité à l'égard des vices cachés contenue dans le *Code civil du Québec*¹. Il en expose les fondements légaux puis analyse les conséquences fiscales de la présence d'un vice caché dans un immeuble vendu ou acquis en tant que bien en inventaire ou en tant qu'immobilisation. Il se situe au croisement de deux domaines du droit : le droit civil et le droit fiscal. La section 1. circonscrit les éléments essentiels de la protection à l'égard des vices cachés. Les deux sections suivantes portent sur le traitement fiscal, d'une part, des montants reçus par l'acheteur et, d'autre part, de ceux versés par le vendeur à la suite des recours légaux exercés par l'acheteur et lorsqu'une entente hors cour survient. Le présent texte tient compte des différences de traitement lorsque le recours légal ou l'entente hors cour concerne un bien en inventaire et lorsqu'il concerne une immobilisation. En outre, il apporte les nuances voulues lorsque la *Loi de l'impôt sur le revenu*² fédérale diffère de la *Loi sur les impôts*³ du Québec.

Une annexe détaille les critères utilisés par les tribunaux pour établir la nature des dépenses de rénovation d'un immeuble.

Dans le cadre du présent texte, il a été nécessaire de choisir une terminologie pour nommer les montants reçus par l'acheteur et ceux versés par le vendeur. En droit civil, ces montants sont appelés « dommages-intérêts »⁴. Mais les autorités fiscales font une distinction entre des « dommages » et des « dédommagements ». En effet, les *Bulletins d'interprétation* IT-365R⁵ et IT-182⁶ de l'Agence du revenu du

¹ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

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

³ À moins d'indication contraire, toute référence à une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* implique une référence à la disposition correspondante de la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »).

⁴ François AUGER, « Traitement fiscal des dommages et intérêts », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 22:1-58, aux pages 22:4-5.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-365R2, « Dommages-intérêts, indemnités et recettes semblables », 8 mai 1987.

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-182 (annulé), « Dédommagement pour la perte d'un revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien utilisé dans une entreprise », 28 octobre 1974.

Canada (« ARC ») considèrent les montants comme des « dommages » lorsqu'ils compensent une blessure ou un décès et comme des « dédommagements » lorsqu'ils indemnisent la perte d'un bien ou d'un revenu. Dans le *Bulletin d'interprétation IT-467R2*⁷, il est mentionné que tous les montants versés par un vendeur sont des dédommagements. Aux fins du présent texte, nous avons retenu la terminologie de l'ARC. Plus précisément, les définitions de « dommage », « dédommagement reçu » et « dédommagement versé » retenues sont les suivantes.

Un dommage est une somme reçue par un contribuable ou une personne à sa charge pour blessures ou décès et qui ne peut vraisemblablement pas être considérée comme un revenu d'emploi⁸. Un dédommagement reçu est une somme encaissée par un contribuable pour la perte d'un bien ou d'un revenu découlant de l'inexécution des clauses d'un contrat d'entreprise. Un dédommagement versé se définit comme suit :

« Des dédommagements peuvent découler d'un acte illégal, d'une omission ou d'une négligence d'un contribuable, selon ce que détermine un tribunal. Les dédommagements peuvent avoir trait à une perte ou à un préjudice causé à une personne ou à son entreprise ou à un bien lui appartenant. La perte ou le préjudice peut être physique ou autre, et peut prendre la forme d'une douleur, d'une souffrance, d'un tort, d'une perte financière, de la perte de la réputation, d'un désavantage ou d'un inconvénient. Une perte ou un préjudice financier causé à une entreprise ou à un bien peut avoir diverses sources, comme l'inobservation des conditions d'un contrat, la négligence, l'inobservation des dispositions d'une loi ou des règles de sécurité ou des règles de sécurité ou quelque autre faute. [...] Un paiement en règlement d'une réclamation en dédommagements pour éviter ou mettre fin à un litige sera considéré comme un "dédommagement" aux fins de ce bulletin même s'il n'y a pas eu admission de méfait⁹. »

1. GARANTIE DE QUALITÉ DU CODE CIVIL DU QUÉBEC

De tous les textes législatifs en vigueur au Québec, seuls le *Code civil du Québec*, la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰ et la *Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de*

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-467R2*, « Dédommagements, règlements et autres paiements semblables », 13 novembre 2002.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 5.

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 7, par. 2.

¹⁰ L.R.Q., c. P-40.1.

*marchandises*¹¹ traitent de garantie de qualité. De ces textes, seul le *Code civil du Québec* contient des dispositions relatives à la qualité des biens immobiliers qui fixent les termes de la responsabilité du vendeur ainsi que ceux de la protection de l'acheteur.

Les dispositions relatives à la garantie de qualité des biens vendus sont regroupées dans deux sections du *Code civil du Québec*. L'une est de portée générale¹², il y est fait référence en tant que régime extracontractuel parce que ses dispositions trouvent application lorsqu'il n'y a pas de contrat entre les parties. Cette section comprend aussi des dispositions relatives aux biens non sécuritaires¹³, c'est-à-dire aux biens qui n'offrent pas toute la sécurité à laquelle l'acheteur est en droit de s'attendre. L'autre section est de portée plus spécifique, il s'agit d'un régime contractuel¹⁴. Ses dispositions s'appliquent lorsqu'un contrat a été conclu entre les parties.

En général, au Québec, le transfert de propriété se conclut par un contrat d'entreprise pour les immeubles neufs construits ou à construire à des fins d'habitation ou par un contrat de vente pour les immeubles usagés. Ces deux types de contrats sont régis par le *Code civil du Québec*. Les dispositions relatives à la garantie de qualité du régime contractuel s'appliquent aussi bien au contrat d'entreprise qu'au contrat de vente puisque les deux contrats recherchent la qualité; cependant, ils le font par des voies différentes. La garantie du contrat d'entreprise protège contre la perte physique de l'ouvrage causée par un défaut de conception, de construction ou de sol¹⁵ alors que la garantie de qualité du contrat de vente protège l'acheteur des vices cachés, c'est-à-dire du défaut d'usage. Cette protection assure à l'acheteur l'utilité du bien vendu en référence à un usage normal ou à un usage spécifique que les parties ont défini dans un contrat de vente ou dans une entente. La garantie de qualité du contrat de vente repose sur deux principes : le vendeur doit garantir à l'acheteur que le bien vendu est exempt de vice et apte à l'usage auquel il est destiné; puis, de façon impérative, le vendeur doit dénoncer tout vice connu à l'acheteur. Le *Code civil du Québec* est particulièrement sévère à l'endroit du vendeur qui manque à cette seconde obligation, il est alors tenu à tous les dommages-intérêts en compensation des préjudices soufferts

¹¹ L.R.Q., c. C-67.01, principalement l'article 35.

¹² Art. 1371 à 1707 C.c.Q.

¹³ Art. 1468, 1469 et 1473 C.c.Q.

¹⁴ Art. 1726 et suiv. C.c.Q.

¹⁵ Art. 2118 et suiv. C.c.Q.

par l'acheteur. Le *Code civil du Québec* est aussi très sévère à l'endroit du vendeur qui fait des déclarations dolosives¹⁶.

En pratique, seule la garantie de qualité du contrat de vente protège l'acheteur des vices cachés; ainsi, la personne qui est assujettie aux règles du contrat d'entreprise devra se prévaloir du régime de protection du contrat de vente en cas de vice caché dans un immeuble.

La présente section traite des éléments essentiels de la garantie de qualité des vices cachés : la qualification du vice, les obligations du vendeur et le régime indemnitaire. Ces éléments sont nécessaires à la compréhension des deux sections suivantes. En effet, c'est le droit civil qui régit les contrats de vente et leurs protections implicites, c'est aussi le droit civil qui donne le statut de « vice caché » au défaut, qui définit les notions de vendeur et d'obligation, qui permet les recours et établit leurs modalités. En outre, c'est le droit civil qui régit la théorie des obligations ainsi que les régimes contractuel et extracontractuel de la garantie de qualité. Ces notions, règles et principes constituent les fondements juridiques des indemnités versées par le vendeur et reçues par l'acheteur. Or, comme le soulignait le juge Décary dans l'affaire *La Reine c. Laqueux*¹⁷, « sans contrat, sans droit et sans obligation, il ne peut y avoir d'incidences fiscales ».

1.1. EXISTENCE DU VICE CACHÉ

Le vice caché n'est ni une imperfection ni un défaut proscrit par le contrat d'entreprise, il possède un sens particulier. Pour être considéré comme un « vice caché », le défaut doit générer un déficit d'usage, être grave, antérieur à la vente, inconnu de l'acheteur, occulte et déclaré dans un délai raisonnable, habituellement, à l'intérieur de six mois¹⁸. Un défaut qui ne remplit pas ces conditions n'est pas un « vice caché ».

Déficit d'usage – L'article 1726 C.c.Q. précise que le déficit d'usage est ce qui rend le bien « impropre à l'usage auquel il est destiné ou qui diminue tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté, ou n'aurait pas

¹⁶ Clemens MAYR, « Certains aspects civils et commerciaux de la vente d'une entreprise au Québec », (1997), vol. 19, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 417-468, aux pages 433-435.

¹⁷ 74 D.T.C. 6569, 6572 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁸ Jeffrey EDWARDS, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, par. 304.

donné si haut prix »¹⁹. Le vice n'existe que parce que le bien auquel il se réfère comporte un déficit d'usage²⁰. Ce dernier peut se manifester autant par un fait précis que par un ensemble de faits, il peut se révéler dans une réduction objective et notable de la valeur du bien, il peut apparaître subitement ou de façon progressive, mais il est essentiel à la qualification du vice²¹. Le déficit d'usage est la première caractéristique du vice caché.

Vice grave – En vertu de l'article 1726 C.c.Q., le vice est grave s'il entraîne un déficit d'usage au point « que l'acheteur ne l'aurait pas acheté ou n'aurait pas donné si haut prix » s'il l'avait connu. La gravité du vice s'apprécie par son effet attendu sur l'usage du bien. En revanche, le vice n'est pas grave si cette qualification dépend des attentes personnelles de l'acheteur qu'il n'aurait pas dévoilées au vendeur ou encore si le vice n'occasionne qu'une diminution infime de la valeur du bien²².

Vice précédant la vente – L'article 1726 C.c.Q. limite la garantie expressément aux vices touchant le bien « lors de la vente ». Toutefois, le vice découvert après la vente d'un bien réalisée par un vendeur professionnel est considéré exister lors de la vente en vertu de la présomption à laquelle ce dernier est assujéti²³.

Vice inconnu de l'acheteur – Le vice « connu » est celui dont l'acheteur possède une connaissance réelle, notamment parce qu'il était observable ou parce qu'il lui a été dénoncé par le vendeur. Le vice « inconnu » est celui qui n'a pas été révélé à l'acheteur et qui n'est pas apparent²⁴.

¹⁹ *Mallory c. Canadian Fairbanks Morse Co. Ltd.*, [1942] C.S. 132; *Robillard c. Duhaime*, [2000] R.D.I. 527 (C.Q.).

²⁰ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 299 et 657.

²¹ Léon FARIBEAULT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, p. 276.

²² J. EDWARDS, précité, note 18, par. 362. Voir *Gauthier c. Bureau*, 2006 QCCQ 3117; *Tremblay c. Tourigny*, 2006 QCCQ 12919; *Godin c. Labranche*, J.E. 2001-1984 (C.Q.).

²³ Art. 1729 C.c.Q. Le concept de présomption qui est un des fondements de la garantie de qualité du contrat de vente sera expliqué dans la section 1.2. du présent texte.

²⁴ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 372; Jacques DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 155.

Vice occulte – Selon le deuxième alinéa de l'article 1726 C.c.Q., le vice apparent est celui qui peut être constaté « par un acheteur prudent et diligent sans avoir besoin de recourir à un expert ». Le vice occulte s'oppose au vice apparent. Toutefois, lorsque l'acheteur n'a pas les connaissances suffisantes, la doctrine et la jurisprudence l'obligent à faire appel à un expert²⁵. Si le vice se révèle à l'examen, il est apparent; dans le cas contraire, il est occulte. Enfin, des manœuvres trompeuses de la part du vendeur peuvent conduire les tribunaux à juger « caché » un vice qui, autrement, aurait été apparent²⁶.

Délai raisonnable pour dénoncer le vice – L'article 1739 C.c.Q. oblige l'acheteur à dénoncer par écrit au vendeur le vice découvert dans un délai raisonnable à compter de sa première manifestation²⁷. Bien que la loi ne fixe pas de limite à ce qui est un délai raisonnable, les tribunaux ont toujours qualifié de « tardive » la dénonciation du vice caché qui dépassait six mois²⁸. Ensuite, en vertu des articles 2925 et 2926 C.c.Q., l'acheteur dispose de trois années pour exercer un recours²⁹. Les tribunaux peuvent prolonger ce délai de trois années si l'acheteur est dans l'incapacité d'agir ou si le vendeur pose des gestes qui l'empêchent d'agir³⁰. L'acheteur doit se conformer au délai de dénonciation prévu pour éviter que le vendeur non professionnel de bonne foi puisse se prévaloir d'une défense basée sur une dénonciation tardive.

²⁵ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 381; J. DESLAURIERS, précité, note 24, pp. 147-148. Pour un exemple jurisprudentiel où le tribunal a jugé que l'acheteur se devait d'obtenir de l'aide d'un expert préalablement à l'achat d'un immeuble, voir *Bayard c. McCourt*, *Droit civil en bref* EYB 2005-96298 (C.Q.). Dans le cas d'un vieil immeuble, l'acheteur doit le faire inspecter avant l'achat puisqu'il pourrait se retrouver avec divers problèmes dont une tuyauterie, des réservoirs ou un champ d'épuration non conformes aux normes réglementaires ou même manquants. Voir *Ford c. Cholette*, 2006 QCCS 1223; *Fortin c. Gauthier*, SOQUIJ AZ-50261103 (C.Q.), 18 juin 2004; *Perron c. Bergeron*, [1993] R.D.I. 410 (C.Q.).

²⁶ Jacques DESLAURIERS, « Le droit commun de la vente », dans *École du Barreau*, dir., *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 188.

²⁷ Art. 2926 C.c.Q.

²⁸ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 485. Voir *Fréchette c. Bernier*, B.E. 2006BE-643 (C.Q.) (14 mois); *Lowry c. Laliberté*, B.E. 2005BE-561 (C.Q.) (11 mois); *Berthelot c. Cardinal*, B.E. 2002BE-683 (C.Q.) (2 ans et demi); *Lebeau Tremblay c. Penner*, [2002] R.D.I. 876 (C.Q.) (7 mois); *Leclerc c. Rochefort*, B.E. 2001BE-805 (C.Q.) (2 ans).

²⁹ J. DESLAURIERS, précité, note 24, p. 170.

³⁰ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 501.

1.2. OBLIGATIONS DU VENDEUR

La présente section définit la notion de « vendeur » au sens de la garantie de qualité et précise certains aspects de ses obligations, à savoir : son assujettissement à une double présomption, les restrictions qui lui sont imposées quant à l'exclusion de la garantie de qualité ainsi que les conséquences d'un comportement dolosif.

La notion élargie de vendeur – Tous les vendeurs de biens immobiliers, tant professionnels que non professionnels, sont soumis à l'obligation de garantie de qualité du *Code civil du Québec*. Le vendeur professionnel est celui qui a comme occupation habituelle le commerce ou la vente de biens immobiliers au sens du *Code civil du Québec*, il est reconnu comme expert dans ce domaine d'activités. Le vendeur non professionnel est celui qui ne fait que très occasionnellement la vente d'immeubles³¹. En plus, le constructeur, l'entrepreneur-vendeur, le promoteur, l'agent immobilier et même tout entrepreneur qui effectue des rénovations dans un immeuble neuf ou usagé est assimilé au vendeur professionnel³².

Présomption de connaissance du vice caché – Ce qui distingue le vendeur professionnel du vendeur non professionnel est le fait que le premier est assujéti à une double présomption de connaissance du vice au moment de la vente alors que le second ne l'est pas. Le vendeur non professionnel devra tout de même répondre de tous les préjudices subis par l'acheteur si sa connaissance du vice et sa mauvaise foi sont démontrées³³.

Une présomption peut être définie comme le fait d'imputer au vendeur professionnel la connaissance du vice affectant un immeuble même s'il ne le connaît pas réellement. En raison de son statut d'expert dans un domaine, le *Code civil du Québec* impute au vendeur professionnel la connaissance présumée de tous les vices et défauts des biens qu'il vend³⁴.

³¹ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 612; J. DESLAURIERS, précité, note 24, p. 136. Il importe de préciser que, dans le cadre du présent article, au plan fiscal, ce sont respectivement le vendeur d'un bien en inventaire et le vendeur d'un bien en immobilisation. La définition de chacun de ces types de vendeurs sera étudiée à la section 3. du présent document.

³² J. DESLAURIERS, précité, note 24, p. 129.

³³ Art. 2805 et 2849 C.c.Q.

³⁴ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 612.1.

La première présomption à laquelle le vendeur professionnel est assujéti est la connaissance de l'existence du vice au moment de la vente si le bien vendu se détériore prématurément compte tenu de son prix par rapport à des biens identiques ou de même nature³⁵. La deuxième présomption est celle de la connaissance du vice au moment de la vente s'il s'avère que, par la suite, l'immeuble comporte un vice³⁶.

Exclusion de responsabilité – L'article 1732 C.c.Q. prévoit que certains vendeurs peuvent ajouter, limiter ou même exclure entièrement leur responsabilité à l'égard du vice caché. En pratique, certaines règles en restreignent l'application :

- Habituellement, les tribunaux adoptent une interprétation restrictive de cet article. Seules les clauses inscrites au contrat de vente énonçant clairement l'exclusion de la garantie ont pour effet de l'écarter. Dans le doute, la garantie subsiste en faveur de l'acheteur³⁷.
- L'article 1733 C.c.Q. ne permet à aucun vendeur d'exclure sa responsabilité à l'égard d'un vice, sauf si l'acheteur achète à ses risques et périls d'un vendeur non professionnel et sauf si, dans le cas où l'achat se fait auprès d'un vendeur professionnel, ce dernier a dénoncé à l'acheteur l'existence du vice avant l'achat.
- Tant le vendeur non professionnel que le vendeur professionnel ne peuvent se dégager de leurs faits personnels selon l'article 1732 C.c.Q.
- En raison de leur statut, les vendeurs professionnels sont soumis à la présomption de connaissance quant aux vices des biens qu'ils vendent. Connaissant les vices, ils ne peuvent exclure la garantie de qualité. S'ils le font, ils commettent un dol et perdent toute protection de la loi³⁸.

³⁵ Art. 1729 C.c.Q. Néanmoins, cette présomption peut être repoussée s'il est démontré que le défaut est causé par une mauvaise utilisation du bien par l'acheteur.

³⁶ Le vendeur professionnel pourra repousser cette présomption en démontrant qu'il lui était impossible de connaître le vice au moment de la vente. Quant à l'entrepreneur-vendeur, assimilé au vendeur professionnel, il éprouvera beaucoup plus de difficultés à repousser sa responsabilité parce qu'en principe, en sa qualité d'entrepreneur, il contrôle tous les aspects de la construction de l'immeuble.

³⁷ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 283 et 285.

³⁸ Selon une lecture *a contrario* de l'article 1733 C.c.Q. Voir aussi J. EDWARDS, précité, note 18, par. 290-292.

- En dernier lieu, en vertu du deuxième alinéa de l'article 1474 C.c.Q., aucun vendeur, professionnel ou non professionnel, ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour un préjudice corporel ou moral puisqu'il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle.

Dol – Selon la doctrine québécoise, le dol est le fait de provoquer volontairement une erreur dans l'esprit d'autrui³⁹. Il s'agit d'un acte illégal qui expose la partie fautive à des dommages-intérêts. Ainsi, si le vendeur professionnel connaît un fait important qui pourrait influencer la décision de l'acheteur de contracter ou les conditions auxquelles il accepterait de le faire, il est tenu de le dénoncer avant la vente sinon il commet un dol⁴⁰. Cependant, il n'est pas suffisant de ne pas dissimuler un vice caché; la garantie de qualité oblige le vendeur à dénoncer l'existence d'un vice connu à l'acheteur. En outre, les tribunaux rendent « occulte » tout vice qui autrement aurait été considéré comme apparent, lorsque les agissements, les déclarations ou les manœuvres du vendeur ont pour objectif de tromper l'acheteur⁴¹. Toute manœuvre trompeuse expose le vendeur à des dommages-intérêts⁴².

1.3. RÉGIME INDEMNITAIRE

Une fois le défaut qualifié de « vice caché » et les principaux aspects des obligations du vendeur précisés, il importe de déterminer les recours disponibles pour l'acheteur en cas d'inexécution des obligations du vendeur.

La première notion qui mérite attention est celle du « recours direct ». À ce sujet, les articles 1442 et 1730 C.c.Q. accordent formellement à tout acquéreur et sous-acquéreur d'un bien immobilier un recours direct à l'endroit du constructeur ou d'un vendeur subséquent même en l'absence d'un lien contractuel entre eux⁴³. En 1979, dans le cadre de l'affaire *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*⁴⁴, la Cour suprême du Canada a énoncé que la garantie à l'égard des vices cachés était un

³⁹ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 210.

⁴⁰ *Id.*, par. 214.1.

⁴¹ J. DESLAURIERS, précité, note 26, p. 188.

⁴² Art. 1728 C.c.Q.

⁴³ *Hay c. Jacques*, [1999] R.J.Q. 2318 (C.A.); J. EDWARDS, précité, note 18, par. 182 et 183.1; J. DESLAURIERS, précité, note 24, p. 171.

⁴⁴ [1979] 1 R.C.S. 790.

instrument légal à l'usage de l'acheteur en tant que propriétaire du bien acheté et donc transmissible d'un propriétaire à un autre en même temps que le bien lui-même⁴⁵. Ainsi, par son interprétation de la loi⁴⁶ et après analyse de la jurisprudence d'alors, la Cour évite au dernier acheteur de devoir poursuivre son vendeur immédiat lequel poursuivrait son propre vendeur en garantie et ainsi de suite jusqu'au constructeur; un tel procédé entraînerait des coûts élevés et un enchevêtrement de procédures inutiles⁴⁷. Par conséquent, l'article 1442 C.c.Q. permet au dernier acheteur de poursuivre directement le constructeur de l'immeuble. Ce droit donne ouverture à tous les recours prévus à l'article 1590 C.c.Q. du régime indemnitaire de la garantie de qualité, à savoir : les réparations⁴⁸, la réduction du prix⁴⁹, la résolution du contrat⁵⁰ et les dommages-intérêts⁵¹.

Recours en réparation – Ce recours est prévu aux articles 1590 et 1601 C.c.Q. et permet à l'acheteur de réclamer du vendeur la correction du vice caché. S'il n'obtempère pas, l'article 1602 C.c.Q. autorise l'acheteur à exécuter lui-même les travaux ou à les faire exécuter par un tiers aux frais du vendeur. Les coûts de correction ne peuvent excéder le prix d'achat de l'immeuble et les coûts d'amélioration sont exclus. Ce recours est limité aux cas permis par les tribunaux et ces derniers peuvent juger que son application n'est pas réaliste. Dans un tel cas, en vertu de l'article 1607 C.c.Q., l'acheteur pourra réclamer des dommages-intérêts.

Recours en réduction de prix – L'acheteur peut préférer monnayer le vice caché et réclamer une réduction de prix. Le recours existe dans le régime général des obligations⁵² ainsi que dans l'obligation de garantie de qualité⁵³. Le but de ce recours est de rééquilibrer les prestations réciproques

⁴⁵ *Id.*, 814. Voir aussi J. DESLAURIERS, précité, note 24, pp. 191-192; J. EDWARDS, précité, note 18, par. 172-174.

⁴⁶ *Code civil du Bas-Canada*, art. 1522 et 1527.

⁴⁷ J. DESLAURIERS, précité, note 24, p. 176.

⁴⁸ Art. 1590, al. 1 C.c.Q.

⁴⁹ Prévus aussi à l'article 1604 C.c.Q.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Prévus aussi à l'article 1728 C.c.Q. Consulter Jeffrey EDWARDS, « La garantie de qualité ou contre les vices cachés en matière d'immeubles » (en ligne : <http://www.avocat.qc.ca/public/iivicescaches.htm>).

⁵² Art. 1604 C.c.Q.

⁵³ Art. 1727 C.c.Q.

des cocontractants, le prix payé devant être équivalent à la valeur de l'immeuble reçu. La réduction du prix s'apprécie selon la norme de « l'acheteur raisonnable » en tenant compte de toutes les circonstances et de tous les faits pertinents. La méthode utilisée par les tribunaux pour calculer le montant de la réduction est fondée sur les frais de correction, en excluant les frais d'amélioration du bien. Lorsque la réduction du prix ne peut avoir lieu, l'acheteur n'a droit qu'à des dommages-intérêts⁵⁴. Toutefois, ces derniers visent un objectif différent; ils chercheront à indemniser les conséquences des préjudices qui n'ont pu être corrigés par la réduction du prix.

Recours en résolution de la vente – Ce recours est une mesure exceptionnelle⁵⁵; il accorde à tout acheteur d'immeuble comportant un vice qui le rend « impropre à son usage ou diminue tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté », le droit à la résolution de la vente⁵⁶. Cette mesure est toutefois conditionnelle à la présence d'un vice d'une gravité très élevée que seuls les tribunaux sont habilités à évaluer⁵⁷. La résolution de la vente a pour but de replacer les cocontractants dans la situation économique dans laquelle ils se trouvaient avant la vente. Le recours est prévu au régime général des obligations⁵⁸ et au régime particulier des contrats⁵⁹. Certaines règles relevant de l'application du pouvoir discrétionnaire du tribunal sont prévues au *Code civil du Québec*.

Il est notamment prévu que la détérioration « anormale » et non justifiée du bien pendant la période de détention par l'acheteur soit prise en compte⁶⁰; de plus, il y est mentionné que chaque partie conserve les revenus engendrés par le bien pendant la période de détention⁶¹. Pour l'acheteur, il s'agit des revenus de loyer et de l'appréciation de l'immeuble; pour le vendeur, ce sont les intérêts sur le montant reçu⁶². Enfin, les articles 958 et 959 C.c.Q.

⁵⁴ Art. 1604, al. 3 C.c.Q.

⁵⁵ J. DESLAURIERS, précité, note 24, p. 180.

⁵⁶ Art. 1604, 1726 et 1794 C.c.Q.

⁵⁷ *Roberge c. Bouchard*, [2004] CanLII 14173 (C.S.) (« Roberge »); *Trottier c. Sintra inc.*, [2002] CanLII 7889 (C.S.) (« Trottier »).

⁵⁸ Art. 1604 C.c.Q.

⁵⁹ Art. 1727 C.c.Q.

⁶⁰ Art. 1702 C.c.Q.

⁶¹ Art. 1704 C.c.Q.

⁶² J. EDWARDS, précité, note 18, par. 555.

prévoient le remboursement des frais de correction du vice engagés. L'article 1607 C.c.Q. indique qu'un recours en dommages-intérêts peut être ajouté à la résolution du contrat dans le cas où le vice aurait causé un préjudice qui ne serait pas effacé.

Recours en dommages-intérêts – On entend par dommages-intérêts, une indemnité pécuniaire reçue en réparation d'un préjudice d'ordre matériel, corporel ou moral⁶³. Un préjudice se définit comme l'effet d'un acte dommageable qui se manifeste par des pertes pécuniaires et non pécuniaires⁶⁴; il peut concerner le bien vendu ou toute autre chose. Des dommages-intérêts sont prévus dans le régime de la garantie de qualité et dans le régime général des contrats. Dans le régime de la garantie de qualité, le recours en dommages est subordonné à la connaissance du vice par le vendeur de façon réelle ou fictive⁶⁵. En somme, le vendeur qui connaît le vice caché doit le dénoncer à l'acheteur; en ne le faisant pas, il se rend responsable de tout préjudice causé par le vice parce qu'en droit, il commet un dol⁶⁶. Dans le régime général des contrats, le recours est inconditionnel⁶⁷. L'utilisation de l'un ou de l'autre de ces régimes dépend du préjudice à compenser. Le régime de la garantie de qualité est contractuel, il est prévu pour compenser les préjudices au bien vendu; le régime général est extracontractuel, il vise à compenser les préjudices subis par toute autre chose que le bien vendu⁶⁸.

2. TRAITEMENT FISCAL DES DÉDOMMAGEMENTS REÇUS PAR L'ACHETEUR

Le dédommagement reçu par l'acheteur résulte de l'application de l'article 1728 C.c.Q. Cet article prévoit que tout vendeur qui connaissait le vice caché ou ne pouvait l'ignorer est tenu de tous les dommages-intérêts soufferts par l'acheteur. Dans ce contexte, l'acheteur peut prendre des mesures dites restitutoires⁶⁹ telles que les recours en correction de vice, en réduction du prix ou en résolution de la vente ou encore réclamer des

⁶³ Art. 1458 C.c.Q. À cet effet, voir J. EDWARDS, précité, note 18, par. 586.

⁶⁴ F. AUGER, précité, note 4.

⁶⁵ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 574.

⁶⁶ *Id.*, par. 565 et 577.

⁶⁷ Art. 1604 C.c.Q.

⁶⁸ Art. 1607 C.c.Q.

⁶⁹ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 559-560.

dommages-intérêts à titre compensatoire. Cette dernière mesure vise à compenser tout préjudice qui ne l'aurait pas été par les recours en restitution. Les dédommagements reçus peuvent aussi être punitifs ou exemplaires⁷⁰; en outre, ils peuvent compenser des préjudices subis par des tiers ou par les autres biens que le bien vendu. Les préjudices sont d'ordre matériel, physique ou moral⁷¹. Habituellement, ceux d'ordre matériel constituent une perte de revenu ou une perte de gain pour l'acheteur, parfois les deux.

Le traitement fiscal des dédommagements reçus pour vice caché en vertu de la *Loi sur les impôts* du Québec ne comporte pas de différence significative par rapport au traitement fiscal prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les articles 12, 43 et 79 L.I.R. ont leur équivalent respectif aux articles 87, 254 et 484 L.I. Il importe néanmoins de mentionner que cette similarité se limite aux montants des dédommagements reçus pour compenser les préjudices causés directement par le vice caché. Le traitement fiscal des dépenses engagées à des fins d'amélioration de l'immeuble vicié diffère de façon notable selon qu'elles sont examinées par les tribunaux du Québec ou par les tribunaux canadiens⁷².

Le traitement fiscal des dédommagements reçus pour vice caché peut différer selon qu'il concerne un bien immobilier acquis à des fins d'inventaire ou à des fins d'immobilisation. Dans le présent texte, un bien en inventaire est un bien immobilier acquis par un particulier ou une société qui exploite une entreprise dans le domaine de la construction, de la vente ou de la revente d'immeubles. Par ailleurs, dans le présent texte, une immobilisation est un bien immobilier acquis par un particulier ou une société qui exploite une entreprise dans un autre domaine que la construction, la vente ou la revente d'immeubles. L'acquisition d'un bien immobilier qui est une immobilisation peut aussi être faite :

- par un particulier ou une société qui exploite une entreprise dans le domaine de la construction, de la vente ou de la revente d'immeubles, si le bien immobilier est acquis dans le but de l'utiliser dans le cadre de ses activités d'entreprise⁷³;
- par un particulier qui n'exploite pas d'entreprise;

⁷⁰ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 574.

⁷¹ À titre d'exemple la crainte, la peur ou la dépression.

⁷² À cet effet, voir l'annexe du présent texte.

⁷³ Par exemple, à titre de siège social.

- par une société dont le but principal est de réaliser un revenu de loyer.

En l'absence de disposition précise tant dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* que dans la *Loi sur les impôts* du Québec pour établir le traitement fiscal des dédommagements reçus, c'est-à-dire pour déterminer si les montants reçus doivent être ajoutés au capital ou aux revenus ou même s'ils doivent être ignorés, il faut se référer à la jurisprudence et aux positions administratives. Le principe directeur sous-jacent au traitement fiscal des dédommagements reçus est le « principe de substitution ».

Principe de substitution – Le principe de substitution a été élaboré par les tribunaux anglais au cours du 20^e siècle. Il a été énoncé dans les affaires *London and Thames Haven Oil Wharves Ltd. v. Attwood*⁷⁴ et *Commissioner of Inland Revenue v. Fleming and Co. (Machinery) Ltd.*⁷⁵ puis a été repris au Canada dans plusieurs affaires dont *Canadian National Railway c. MRN*⁷⁶ et *Pe Ben Industries Company Ltd. c. La Reine*⁷⁷ et dans l'arrêt *Tsiaprailis c. Canada*⁷⁸ rendu par la Cour suprême du Canada.

Ainsi, au paragraphe 7 des motifs de la juge Charron pour la majorité dans l'arrêt *Tsiaprailis*, il est dit :

« [...] Elle [la juge Abella] explique que, pour déterminer si une somme est imposable, il faut considérer sa nature et son objet et se demander ce qu'elle est censée remplacer. L'examen est factuel. Les conséquences fiscales du versement d'une somme à titre d'indemnité ou de règlement d'un litige sont ensuite établies en fonction de cette qualification. Autrement dit, le traitement fiscal dépend de ce que la somme vise à remplacer. Il s'agit du principe de substitution⁷⁹. »

Les causes *Canadian National Railway* et *Pe Ben* ont été jugées ensemble; bien que, dans les deux cas, la décision repose sur le principe de substitution, la division de première instance de la Cour fédérale en arrive à

⁷⁴ [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.).

⁷⁵ 33 T.C. 57 (H.L.).

⁷⁶ [1988] A.C.F. n° 524 (Q.L.) (« *Canadian National Railway* »).

⁷⁷ 88 D.T.C. 6347 (C.F.) (« *Pe Ben* »).

⁷⁸ [2005] 1 R.C.S. 113, 2005 CSC 8 (« *Tsiaprailis* »).

⁷⁹ À l'unanimité, les juges étaient d'accord sur l'explication donnée par la juge Abella sur le principe de substitution. Toutefois, cette dernière était dissidente sur l'issue du litige.

des conclusions opposées. Dans l'affaire *Canadian National Railway*, CNR avait sous-traité à Pe Ben le contrat de transport qu'elle avait conclu avec Bechtel. Cette dernière mit fin au contrat avant l'échéance et versa des dommages à CNR qui en remit une partie à Pe Ben. CNR considéra le montant comme du capital. Les autorités fiscales soutenaient qu'il s'agissait d'un revenu. La cause fut portée devant la Cour fédérale qui s'intéressa essentiellement aux effets de la rupture du contrat. Elle jugea que le montant avait été reçu pour absorber le choc d'un événement normal dans la conduite des affaires de l'entreprise puisque aucune activité distincte parmi ses opérations courantes n'avait été détruite par la rupture du contrat. Selon la Cour fédérale, le montant remplaçait des profits anticipés et il fut considéré comme du revenu. Quant à l'affaire *Pe Ben*, comme cette dernière avait dû établir un centre distinct d'activités pour respecter les termes du contrat avec CNR, la Cour fédérale jugea que Pe Ben avait reçu le dédommagement en contrepartie de la disposition d'un droit qu'elle détenait en vertu du contrat. Le droit devenait un « bien » au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. et il y avait disposition selon l'article 54 L.I.R. Ainsi, dans ces deux affaires, le juge Strayer a appliqué le principe de substitution mais a rendu des décisions différentes en s'appuyant sur les faits propres à chaque affaire.

Quant à la position administrative de l'ARC, elle est présentée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-365R2 :

« [...]

- a) si l'indemnité est reçue pour la non-réception d'une somme qui aurait constitué un revenu si elle avait été reçue, l'indemnité sera vraisemblablement un revenu;
- b) si, par exemple, la structure de l'entreprise du bénéficiaire est telle qu'elle absorbe le choc comme un accident normal auquel il faut s'attendre, et s'il semble que l'indemnité reçue n'est rien de plus qu'un remplacement des bénéfices ultérieurs abandonnés, l'indemnité reçue doit, dans la pratique, être traitée comme un revenu et non comme du capital; et
- c) lorsque l'abandon des droits et avantages au moment de l'annulation détruit ou paralyse sensiblement toute la structure génératrice des bénéfices du bénéficiaire en entraînant la dislocation grave de l'organisation commerciale normale et, peut-être la réduction de l'effectif, le bénéficiaire de l'indemnité peut dûment affirmer que cette dernière représente le prix payé pour la perte ou la stérilisation d'une immobilisation et qu'elle est, par conséquent, reçue comme du capital et non comme un revenu.

(Les citations en b) et c) ci-dessus sont des traductions tirées de la décision rendue en anglais dans l'affaire *Commissioner of Inland Revenue v. Fleming and Co. (Machinery) Ltd.*, 33 T.C. 57 (House of Lords)⁸⁰. »

Au début du même paragraphe, il est indiqué ceci :

« Un montant reçu par un contribuable en remplacement de l'inexécution des clauses d'un contrat d'entreprise par l'autre partie à ce contrat peut, selon les circonstances, être considéré comme un revenu ou comme du capital. Si le montant est reçu en compensation de la perte d'un bien rapportant un revenu, il sera considéré comme du capital; si, d'autre part, il est reçu en compensation de la perte d'un revenu, il sera considéré comme un revenu d'entreprise. »

Ainsi, en vertu du principe de substitution, la nature du dédommagement reçu est la même que celle du bien qu'il remplace. Par conséquent, pour chacun des montants reçus, il faudra déterminer ce qu'a perdu l'acheteur par l'acte dommageable et ce que le montant cherche à remplacer⁸¹. Comme le préjudice matériel pourra être une perte de revenu ou de capital ou même les deux, le montant reçu sera de nature « revenu » ou « capital ». Les dédommagements qualifiés de capital pourront être un gain en capital ou un montant fortuit⁸².

2.1. DÉDOMMAGEMENT REÇU EN VERTU D'UN RECOURS EN CORRECTION DU VICE CACHÉ

Le recours en correction d'un vice caché s'exécute en nature⁸³ ou en espèce⁸⁴. L'exécution en nature suppose que l'acheteur n'a pas acquis l'immeuble à un prix réduit et que le vendeur corrige le vice. Ce dernier assume tous les frais et il n'y a aucune conséquence fiscale pour l'acheteur. Si l'acheteur a acquis l'immeuble à un prix réduit, le recours ne peut être fondé.

L'exécution en espèce s'appelle aussi « exécution par équivalence ». En vertu de l'article 1602 C.c.Q., une fois le vice dénoncé au vendeur, si ce dernier n'obtempère pas, l'acheteur est autorisé à procéder lui-même aux travaux ou à le faire par l'entremise d'un tiers aux frais du vendeur. Les frais

⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 5, par. 8.

⁸¹ F. AUGER, précité, note 4, 22:30-37.

⁸² Voir la section 2.5. du présent texte.

⁸³ Art. 1590, al. 2 et 1601 C.c.Q.

⁸⁴ Art. 1602 et 1728 C.c.Q.

de correction sont limités au coût de l'immeuble⁸⁵ et ils excluent les frais d'amélioration⁸⁶. Cependant, même si la loi prévoit le remboursement des frais par le vendeur, les tribunaux sont peu ouverts à ce type de recours⁸⁷ et ils ont tendance à le traiter comme s'il s'agissait d'un recours en réduction de prix⁸⁸. À ce sujet, dans l'affaire *Stepanian c. Marmor*⁸⁹, le juge Gagnon de la Cour du Québec dira :

« La réduction du prix pour vice caché vise à compenser la différence entre le prix et la valeur diminuée du bien. Or, [...] le coût de correction d'un vice constitue la limite supérieure de la moins-value correspondante. [...] Deux dispositions nouvelles, les articles 1590, al. 2, par. 2^o, et 1604, al. 2 *in fine*, généralisent la réduction de l'obligation du créancier comme sanction d'un manquement du débiteur. Dans cette optique, la diminution du prix apparaît comme l'illustration d'une règle plus large. [...] [L]es frais de correction suffisent à fonder une demande de réduction du prix⁹⁰. »

Ainsi, au plan fiscal, le remboursement des frais de correction est assimilé à la réduction du prix et reçoit le même traitement⁹¹.

Ici, il importe de mentionner qu'en raison du sens de l'expression « vice caché » dans le *Code civil du Québec*, sauf certaines exceptions⁹², les frais engagés pour corriger un vice caché sont de nature capital plutôt que de nature courante. En effet, rappelons que pour être considéré comme un vice caché, le défaut doit générer un déficit d'usage qui rend l'immeuble ou une partie de celui-ci impropre à l'usage ou en réduit la valeur de façon significative. En outre, pour être un vice caché, le défaut doit être à ce point grave que l'acheteur n'aurait pas acheté l'immeuble ou n'aurait pas donné si

⁸⁵ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 524-529.

⁸⁶ *Id.*, par. 527; J. DESLAURIERS, précité, note 24, p. 183.

⁸⁷ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 527.

⁸⁸ J. DESLAURIERS, précité, note 24, p. 183.

⁸⁹ [2001] CanLII 4 (C.Q.) (« *Stepanian* »).

⁹⁰ *Id.*, par. 27-35.

⁹¹ À la lecture de l'affaire *Stepanian*, précité, note 89.

⁹² Pour ce qui est de la jurisprudence canadienne, l'affaire *Gold Bar Developments Ltd. c. La Reine*, [1987] 1 C.T.C. 262 (C.F. 1^{re} inst.) (« *Gold Bar* »), semble être la seule exception où des dépenses habituellement de nature capital ont été jugées de nature courante. Dans cette affaire, le juge Jerome a justifié sa décision par le critère de l'urgence de la réparation en raison de l'impact que le problème pouvait avoir sur la sécurité de la population.

haut prix. Ainsi, la présence d'un vice caché dans un immeuble réduit la valeur de l'immeuble.

Les tribunaux canadiens considèrent comme des dépenses en capital les dépenses qui créent un bien nouveau, constituent un avantage durable ou sont faites une fois pour toutes⁹³. À l'inverse, ils considèrent comme des dépenses courantes les dépenses qui sont engagées pour l'entretien régulier d'un immeuble, qui ne lui confèrent pas d'avantage durable ou qui ne sont pas faites une fois pour toutes. Pour les tribunaux du Québec, les dépenses sont de nature capital lorsqu'elles augmentent la valeur capitale normale de l'immeuble, créent un bien capital nouveau ou remplacent un bien disparu par un autre. Une dépense qui ne produit aucun de ces effets est considérée comme une dépense de nature courante.

Or, toujours en raison du sens de l'expression « vice caché » dans le *Code civil du Québec* (déficit d'usage, gravité et diminution significative de valeur), il est rare que les tribunaux canadiens concluent que la correction d'un vice caché ne crée pas un bien nouveau ou ne constitue pas une dépense faite une fois pour toutes. En outre, il serait quelque peu surprenant que les frais de correction d'un vice caché puissent être considérés comme des dépenses courantes par les tribunaux canadiens puisque, habituellement, ils appliquent les critères indiqués dans l'affaire *Earl c. La Reine*⁹⁴.

Au Québec, la situation est différente; compte tenu des critères utilisés par les tribunaux du Québec, il arrive plus fréquemment que les frais de correction d'un vice caché n'influent pas sur la valeur capitale normale de l'immeuble ou ne crée pas un bien capital nouveau. Dans certaines décisions⁹⁵, les frais de correction ont été considérés comme des dépenses courantes et il n'est pas impossible qu'au cours des prochaines années, d'autres décisions aillent dans le même sens. Cette situation peut se présenter lorsque l'acheteur a acquis un immeuble vicié sans obtenir une réduction de prix à l'achat. Dans un tel cas, la correction pourrait ne pas accroître la valeur capitale normale de l'immeuble, ne pas remplacer un bien capital par un autre et ne pas créer un nouveau bien de nature capital.

⁹³ Voir l'annexe du présent texte sur les critères utilisés pour déterminer la nature d'une dépense de « rénovation ».

⁹⁴ [1993] 1 C.T.C. 2081, 93 D.T.C. 65 (C.C.I.) (« *Earl* »), par. 13.

⁹⁵ Notamment *SMRQ c. Denise Goyer*, [1987] R.J.Q. 988 (C.A.) (« *Goyer* »); *Pinel c. Québec (Ministère du Revenu)*, [2000] R.D.F.Q. 155 (C.Q.) (« *Pinel* »).

2.2. DÉDOMMAGEMENT REÇU EN VERTU D'UN RECOURS EN RÉDUCTION DE PRIX

D'un point de vue général, le recours en réduction de prix a pour objectif de replacer l'acheteur dans la situation où il aurait dû se trouver si l'obligation avait été exécutée. Plus précisément, il vise à compenser la perte de valeur du bien ou les frais de correction engagés. L'acheteur peut soit demander une réduction du prix équivalente au montant des frais de correction à engager qui correspond à la perte de valeur de l'immeuble, soit demander le remboursement des frais de correction engagés⁹⁶.

En ce qui a trait à la réduction de prix, l'article 43 L.I.R. concerne la disposition partielle d'immobilisations mais peut aussi trouver application dans le cas d'un bien en inventaire. Le paragraphe 4 du *Bulletin d'interprétation* IT-264R mentionne qu'en vertu de l'ancienne division 54c)(ii)(A) L.I.R., « le versement d'un acompte provisionnel sur une hypothèque constitue une disposition de bien car il s'agit d'une opération ou d'un événement par lequel le bien (c.-à-d. le principal de l'hypothèque) est racheté en partie »⁹⁷. Par analogie, le remboursement d'une partie du prix du bien immobilier par le vendeur à l'acheteur constitue une disposition partielle puisqu'il s'agit d'un événement par lequel le bien est racheté en partie par le vendeur.

L'article 43 L.I.R. prévoit qu'aux fins du calcul du gain ou de la perte découlant de la disposition d'une partie d'un bien, le prix de base rajusté (« PBR ») du bien, immédiatement avant la disposition, doit être raisonnablement divisé entre la partie dont il a été disposé et la partie conservée. En vertu de l'article 43 L.I.R. et de l'alinéa 53(2)d) L.I.R., le montant de dédommagement reçu réduit, selon le cas, le PBR ou le coût d'inventaire du bien pour l'acheteur⁹⁸.

Au Québec, dans l'interprétation technique 05-010492, il est indiqué que « le montant reçu par un contribuable à titre de compensation pour la

⁹⁶ Art. 1590 et 1604, al. 2 et 3 C.c.Q. À cet effet, voir J. EDWARDS, précité, note 18, par. 534.

⁹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-264R, « Dispositions partielles », 29 décembre 1980.

⁹⁸ Martin Daniel BOILY, « Disposition d'un bien immobilier », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 42:1-42, aux pages 42:19-22.

diminution de valeur d'un immeuble, en raison d'un vice caché l'affectant, devrait réduire le coût de cet immeuble pour ce contribuable »⁹⁹.

Dans l'affaire *Desrochers c. SMRQ*¹⁰⁰, le juge Paradis de la Cour du Québec indique le traitement fiscal à appliquer aux frais de correction du vice caché engagés par l'acheteur. Dans cette affaire, des contribuables avaient acquis un immeuble qui, en raison de son état, avait été payé au prix de l'évaluation municipale, ce qui était relativement bas par rapport au prix d'un immeuble comparable. Les contribuables avaient engagé des frais pour des travaux de réparation de l'immeuble. Ils ont considéré ces frais comme des dépenses de nature courante. Dans son jugement, le juge Paradis dira : « Les dépenses encourues pour le remettre en bon état et le ramener à sa valeur normale sont des dépenses en capital et doivent être calculées comme telles¹⁰¹. »

De même, dans l'interprétation technique 05-010492, il est indiqué que « [...] les dépenses encourues par le contribuable afin de remédier au vice caché devraient être capitalisées puisqu'ayant acquis cet immeuble à un coût inférieur à sa valeur normale, ces dépenses ont pour but de ramener l'immeuble à sa valeur normale »¹⁰².

Ailleurs, dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 128-4/R2¹⁰³, il est mentionné que si un contribuable acquiert un immeuble à un prix inférieur à sa valeur normale et qu'en raison de l'état du bien lors de l'acquisition, il doit engager une dépense pour ramener l'immeuble à sa valeur normale, cette dépense est une dépense en capital et doit être ajoutée au coût du bien.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-264R¹⁰⁴, en se référant à l'article 43 L.I.R., on indique que lorsqu'un dédommagement « est reçu en réparation d'un dommage causé à une petite partie du bien et que ce dommage n'est pas

⁹⁹ CRA Views, dans *Taxnetpro* (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 05-010492, « Dépenses d'opération vs dépenses en capital – Décontamination d'un terrain », 22 novembre 2005.

¹⁰⁰ 2007 QCCQ 11534 (« *Desrochers* »).

¹⁰¹ *Id.*, par. 51.

¹⁰² CRA Views, précité, note 99.

¹⁰³ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 128-4/R2, « Location d'immeubles – Dépenses de nature courante et dépenses en capital », 30 décembre 2009, par. 12.

¹⁰⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 97, par. 3.

réparé », l'ARC accepte la disposition partielle du bien « d'une fraction quelconque du PBR qui ne dépasse pas le montant de l'indemnité ». Le PBR ou le coût d'inventaire du bien, selon le cas, est ainsi réduit du montant du dédommagement reçu. Si l'acheteur n'est plus en possession de l'immeuble, le montant du dédommagement reçu augmentera le produit de disposition (« PD ») du bien et sera imposé comme tel¹⁰⁵.

Ainsi, tant au fédéral qu'au Québec, lorsque les frais de correction à engager ou engagés sont de nature capital, le dédommagement reçu pour compenser la perte de valeur de l'immeuble aura pour effet d'en réduire le PBR ou le coût pour l'acheteur. Quant aux frais de correction du vice caché engagés par l'acheteur, ils viendront augmenter le PBR ou le coût de l'immeuble. Dans chaque cas, la double écriture comptable aura pour effet de replacer l'acheteur dans la situation économique dans laquelle il aurait dû se trouver si l'immeuble n'avait pas été vicié.

En ce qui concerne les frais de correction considérés comme des dépenses courantes, deux situations peuvent se présenter. La première est celle de l'acheteur qui, en pleine connaissance de cause lors de l'achat, obtient une réduction de prix pour un immeuble vicié. Dans une telle situation, la réduction de prix fait du vice, un vice apparent. Aucun recours ne peut être fondé, la réduction de prix agissant comme dédommagement à la présence du vice.

La deuxième situation est celle de l'acheteur qui n'a pas obtenu de réduction de prix pour un immeuble affecté d'un vice caché. L'acheteur pourrait alors engager des frais de correction de nature courante pour corriger l'immeuble et, par suite d'un recours en remboursement des frais de correction ou en réduction de prix, avoir gain de cause. Dans une telle situation, nous sommes d'avis que le dédommagement reçu devrait être traité comme une indemnité d'assurance tel qu'il est indiqué à l'alinéa 12(1)f) L.I.R. et au paragraphe 87f) L.I.¹⁰⁶

Cette position est justifiée parce que la garantie de qualité par laquelle le vendeur est redevable vis-à-vis de l'acheteur d'un bien immobilier exempt de vice caché est assimilable à une assurance dont le produit est visé par l'alinéa 12(1)f) L.I.R. et l'article 87 L.I. Nous faisons nôtre l'explication de l'auteur Jeffrey Edwards selon laquelle ce qui fait l'étiquette de la garantie

¹⁰⁵ Selon le cas, en vertu des articles 9, 10, 13, 38, 39, 40 et 54 ainsi que du paragraphe 248(1) L.I.R.

¹⁰⁶ Le traitement prévu par ces dispositions fait l'objet de la section 2.8. du présent texte.

de qualité est qu'elle assure l'acheteur que l'obligation du vendeur sera respectée « de manière absolue et sans qu'aucune excuse ne puisse le décharger »¹⁰⁷.

2.3. DÉDOMMAGEMENT REÇU EN VERTU D'UN RECOURS EN RÉOLUTION DE LA VENTE

En vertu de l'article 1606 C.c.Q., « [l]e contrat résolu est réputé n'avoir jamais existé; chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues ». L'acheteur remet l'immeuble au vendeur en retour du prix de l'opération. La plupart du temps, les tribunaux tiennent aussi compte de la détérioration ou de la plus-value de l'immeuble¹⁰⁸, des frais engagés pour corriger le vice¹⁰⁹, des frais de résolution de la vente¹¹⁰ et, parfois, ils accordent des dommages-intérêts comme en font foi les décisions *Trottier*¹¹¹ et *Roberge*¹¹² rendues par la Cour supérieure du Québec et l'arrêt *Perreault c. Dion, Guévin et l'Officier*¹¹³ rendu par la Cour d'appel du Québec. Dans ces décisions, en plus d'annuler rétroactivement la vente, divers frais ou des dommages-intérêts ont été accordés.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas de disposition précise permettant d'établir le traitement fiscal d'une vente résolue. Toutefois, des indications peuvent être obtenues à partir de l'article 79 L.I.R. qui traite de la reprise de biens vendus. Le *Bulletin d'interprétation* IT-170R de l'ARC, se référant à l'article 79 L.I.R., indique ce qui suit :

« [...] Bien que la Loi ne prévoit aucune règle précise lorsqu'une reprise de biens se produit dans des situations où l'article 79 ne s'applique pas, il est clair qu'une telle situation n'annule pas de façon rétroactive les effets de la disposition originale aux fins de l'impôt sur le revenu si l'entente rétablit le

¹⁰⁷ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 26.

¹⁰⁸ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 550 et 557; J. DESLAURIERS, précité, note 24, p. 179.

¹⁰⁹ Art. 958 et 959 C.c.Q.

¹¹⁰ Art. 1699, al. 2 C.c.Q.

¹¹¹ Précité, note 57.

¹¹² *Id.*

¹¹³ C.A. Montréal, n° 500-05-001336-914, 13 juillet 1998, jj. Michaud, Brossard et Rousseau-Houle.

vendeur et l'acheteur dans la position que chacun occupait avant que la vente n'ait eu lieu¹¹⁴. »

Ainsi, le contenu de l'article 79 L.I.R. concorde avec les articles 1606 et suivants C.c.Q., à savoir qu'en situation de résolution de la vente, il importe de tenir compte des gains et des pertes des cocontractants pendant la période de détention. Pour l'acheteur, la détérioration ou la plus-value de l'immeuble ainsi que le remboursement des frais de correction doivent être pris en compte dans le PD aux fins du calcul d'une perte ou d'un gain en capital ou encore aux fins du calcul d'une perte ou d'un revenu d'entreprise, selon le cas¹¹⁵.

2.4. DÉDOMMAGEMENT REÇU EN VERTU D'UN RECOURS EN DOMMAGES-INTÉRÊTS

Les préjudices matériels non compensés par des mesures restitutoires sont admissibles aux dommages-intérêts. Ces préjudices peuvent représenter une perte de revenu de bien, une perte de valeur ou une perte de gain selon que l'immeuble est une immobilisation ou un bien en inventaire.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas de disposition précise qui permet d'établir la nature des dédommagements reçus à la suite d'un recours en dommages-intérêts. C'est une question de fait. La jurisprudence a énoncé le principe de substitution qui veut que la nature du montant reçu soit la même que celle du bien qu'il remplace. La détermination de ce qu'a perdu l'acheteur par l'acte dommageable est donc essentielle pour établir ce que le dédommagement remplace.

Ainsi, en ce qui a trait à une immobilisation, la présence d'un vice caché peut entraîner une perte de revenu de bien si, à titre d'exemple, l'acheteur ne peut obtenir un revenu de loyer aussi élevé qu'il l'avait anticipé. Le dédommagement qu'il recevra en remplacement du loyer perdu sera de nature revenu et sera inclus dans le calcul du revenu de bien du contribuable pour l'année d'imposition au cours de laquelle le montant sera reçu.

¹¹⁴ AGENCE 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, par. 19.

¹¹⁵ Les dommages-intérêts ou les honoraires professionnels remboursés à l'acheteur seront traités aux sections 2.4. à 2.6. du présent texte.

Par ailleurs, la présence d'un vice caché dans un immeuble acquis à des fins d'immobilisation ou d'inventaire peut entraîner une perte de valeur, notamment si l'immeuble ne peut être vendu au même prix qu'un immeuble comparable mais non vicié. Le dédommagement reçu en raison d'une telle perte de valeur dans un immeuble acquis à des fins d'immobilisation sera de nature capital puisqu'il est reçu en remplacement de la partie viciée de l'immeuble qui est de nature capital; c'est l'équivalent d'une disposition partielle¹¹⁶ de l'immeuble. Au plan fiscal, en vertu de l'article 43 L.I.R., le montant de dédommagement reçu pour compenser une perte de valeur réduit le PBR ou le coût d'inventaire de l'immeuble, selon le cas.

En outre, la présence d'un vice caché dans un immeuble acquis à des fins d'immobilisation pourra aussi conduire à une perte de gain en capital lorsque l'acheteur en disposera. Dans un tel cas, le dédommagement reçu sera toujours de nature capital puisqu'il remplace la partie de l'immeuble vicié qui n'aurait pu être vendu en raison de la présence du vice caché. Le montant de dédommagement reçu sera ajouté au PD de l'immeuble¹¹⁷.

2.5. DOMMAGES – GAINS FORTUITS

Le montant reçu en dommages de nature capital peut être un gain en capital ou un gain fortuit. Le gain fortuit n'est pas imposable parce qu'il ne constitue pas une source de revenu. En principe, les tribunaux ont tendance à considérer le dommage comme un gain fortuit lorsqu'il est reçu à titre punitif ou exemplaire ou vise à compenser des préjudices d'ordre physique ou moral mais pas pour compenser les préjudices d'ordre matériel¹¹⁸. Pour être considérés comme des « gains fortuits », les montants accordés doivent respecter les principes énoncés dans les causes *Federal Farms Ltd. c. MRN*¹¹⁹ et *Cranswick c. MRN*¹²⁰.

Dans la cause *Federal Farms*, le contribuable avait reçu un montant d'un fonds de secours à la suite d'une tornade qui avait détruit une partie de

¹¹⁶ Voir l'article 43 L.I.R. dont il a été question à la section 2.2. du présent texte.

¹¹⁷ Dans le cas d'une immobilisation, l'opération peut donner lieu à une récupération d'amortissement.

¹¹⁸ Michelle DESROSIERS, « Pot-pourri fiscal – Partie C », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 26:47-83, aux pages 26:60-62.

¹¹⁹ [1959] R.C. de l'É. 91 (« *Federal Farms* »).

¹²⁰ 82 D.T.C. 6073 (C.A.F.) (« *Cranswick* »).

son entreprise. La Cour de l'Échiquier considéra que le montant n'était pas imposable parce que le contribuable n'avait cédé aucun droit en contrepartie du montant et que, de plus, le montant n'était pas lié aux activités de l'entreprise.

Dans l'affaire *Cranswick*, WCF accepte de vendre son entreprise d'appareils électroménagers à Westinghouse. Dans le but de prévenir toute contestation de la part de l'actionnaire minoritaire de WCF, Westinghouse lui versa un montant. La division de première instance de la Cour fédérale conclut que le montant n'était pas imposable entre les mains de l'actionnaire minoritaire parce qu'il ne constituait pas un revenu¹²¹. La Cour d'appel fédérale confirma cette décision puis énonça les critères qu'un dédommagement doit remplir pour être un gain fortuit¹²² :

- l'actionnaire minoritaire n'a aucun droit de réclamer le montant;
- aucun effort de sa part n'a été déployé en ce sens;
- aucune sollicitation de quelque sorte que ce soit n'a été faite dans ce sens;
- l'actionnaire minoritaire ne s'y attend pas, ni expressément ni selon l'usage;
- le versement du montant n'a pas de suite prévisible;
- le montant ne vient pas d'une source habituelle de revenus pour l'actionnaire minoritaire;
- le montant ne constitue ni la contrepartie ni la reconnaissance de biens, de services ou de quoi que ce soit, fournis ou à fournir par l'intimé par suite de quelque activité ou poursuite de profit, ni de quelque autre manière.

En résumé, un montant de dommages peut être un gain fortuit s'il est démontré que l'acheteur n'y avait pas droit et qu'il ne pouvait s'y attendre. Ce sera notamment le cas lorsque les dommages reçus sont directement

¹²¹ 80 D.T.C. 6057 (C.F. 1^{re} inst.).

¹²² *Cranswick*, précité, note 120, 6075; J. DESLAURIERS, précité, note 24, pp. 7-10.

reliés à un préjudice physique ou moral. La position de l'ARC à l'égard des montants fortuits est formulée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-365R2 :

« [...] Tous les montants reçus par un contribuable ou une personne à sa charge, selon le cas, admissibles comme dommages-intérêts particuliers ou généraux pour blessures ou décès seront exclus du revenu, même s'ils ont été établis d'après les pertes de revenus du contribuable à l'égard de qui ils ont été versés¹²³. »

Cette position a été réitérée dans l'interprétation technique 2001-008500A¹²⁴.

2.6. HONORAIRES PROFESSIONNELS

Des honoraires professionnels peuvent être engagés par l'acheteur relativement aux mesures restitutoires que sont le remboursement des frais de correction, la réduction du prix ou la résolution de la vente de l'immeuble. En outre, ils peuvent être engagés en vue d'obtenir des dommages-intérêts. Tel qu'il a été expliqué précédemment, au plan fiscal, les mesures restitutoires impliquent une disposition partielle ou totale de l'immeuble. Le paragraphe 40(1) L.I.R. précise que toutes les dépenses engagées en vue de disposer partiellement ou totalement d'un bien sont prises en considération dans le PD du bien pour le calcul du gain en capital, de la perte en capital, de la perte finale ou de la perte au titre d'un placement d'entreprise, selon le cas, résultant de la disposition.

Dans la cause *British Insulated and Helsby Cables Ltd. v. Atherton*¹²⁵, la Chambre des Lords énonce le principe selon lequel les honoraires professionnels liés à la disposition d'un bien immobilier font partie du calcul du gain en capital ou de la perte en capital. L'interprétation technique 2003-0006191E5 portant sur le traitement fiscal des frais engagés lors d'une poursuite indique ce qui suit :

« [L]a compensation reçue pour la perte réalisée lors de la disposition des placements ou de leur diminution de valeur pourrait être une indemnité afférente aux dommages causés aux biens de sorte que cette compensation pourrait représenter le produit de disposition d'immobilisation. Dans un tel cas, lors du calcul du gain en capital résultant de cette disposition, (les frais légaux

¹²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 5, par. 2.

¹²⁴ CRA Views, précité, note 99, interprétation technique 2001-008500A, « Damage – Compensation receipts », 25 mai 2001.

¹²⁵ [1926] A.C. 205 (H.L.) (« *British Insulated* »).

et d'expertise non remboursés) seraient des dépenses engagées en vue de réaliser la disposition et seraient déductibles lors du calcul du gain¹²⁶. »

Nous en concluons que les honoraires professionnels engagés et non remboursés relatifs à la disposition partielle d'un bien immobilier seront considérés comme des frais en vue de la disposition d'un bien immobilier. Ils réduiront le PD ainsi que le gain en capital s'il s'agit d'une immobilisation. Ils réduiront le revenu d'entreprise s'il s'agit d'un bien en inventaire. Les honoraires professionnels engagés et non remboursés relatifs à l'obtention de dommages-intérêts seront de la même nature que les dommages eux-mêmes. Ils peuvent être de nature revenu ou capital selon qu'ils remplacent un revenu ou un capital. Les honoraires professionnels engagés et remboursés par le vendeur à la suite d'un jugement ou d'une entente hors cour n'ont aucune conséquence fiscale pour l'acheteur.

Les tribunaux du Québec et les tribunaux canadiens appliquent le même traitement fiscal aux honoraires professionnels tel qu'en témoigne l'affaire *Bertrand c. SMRQ*¹²⁷. Dans cette affaire, le juge Sheehan de la Cour du Québec mentionne que les frais juridiques engagés dans un recours en résolution de vente ou en réduction de prix visent à récupérer un investissement plutôt qu'à gagner un revenu. En faisant référence aux arrêts *Dominion Natural Gas c. MRN*¹²⁸ de la Cour suprême du Canada et *Neonex International c. La Reine*¹²⁹ de la Cour d'appel fédérale, il dira que les frais juridiques engagés dans un recours pour préserver un actif immobilier, pour obtenir un avantage durable ou pour récupérer un élément d'actif sont de nature capital.

2.7. INTÉRÊTS

L'alinéa 12(1)c) L.I.R. a son équivalent québécois au paragraphe 87c) L.I. Les intérêts reçus en même temps que les dédommagements peuvent être une partie intégrante de ces derniers ou une partie distincte. En principe, les intérêts qui accompagnent les dédommagements font partie intégrante des dédommagements et sont de la même nature que ces derniers¹³⁰.

¹²⁶ *CRA Views*, précité, note 99, interprétation technique 2003-0006191E5, « Frais et montant reçus lors de poursuite », 22 janvier 2004.

¹²⁷ 2009 QCCQ 5378.

¹²⁸ [1941] R.C.S. 9.

¹²⁹ [1978] C.T.C. 485 (C.A.F.).

¹³⁰ F. AUGER, précité, note 4, 22:21-22.

Cependant, il arrive que des intérêts soient accordés pour une période antérieure au jugement. Dans ces cas, habituellement, ils ne font pas partie des dédommagements et représentent plutôt un revenu en vertu de l'alinéa 12(1)c) L.I.R. Cette situation s'explique par le fait que, comme le montant des dédommagements n'est déterminé qu'au moment du jugement mais que des intérêts doivent être accordés pour une période antérieure au jugement, il devient difficile de prétendre que ces intérêts sont liés aux dédommagements comme le serait le rendement sur une somme investie¹³¹. De surcroît, ils sont souvent fixés de façon arbitraire et donc sans lien avec les dédommagements. Dans ces cas, les intérêts sont inclus dans le calcul du revenu en vertu de l'alinéa 12(1)c) L.I.R.¹³²

Quant aux intérêts qui accompagnent les gains fortuits, ils ne sont pas imposables comme l'indique le *Bulletin d'interprétation* IT-365R2 :

« Lorsque des dommages pour blessures ou décès ont été adjugés par un tribunal ou déterminés en vertu d'un règlement à l'amiable et que le montant comprend une somme ou est augmenté d'une somme qui, selon les modalités du jugement ou de l'accord, est identifiable comme un intérêt, aucun des montants décrits ne constituera un revenu du bénéficiaire¹³³. »

Cependant, à compter du moment où ils sont octroyés, si le contribuable y a un droit absolu et inconditionnel, les intérêts composés ou calculés sur les dédommagements accordés sont inclus dans le calcul du revenu en vertu de l'alinéa 12(1)c) L.I.R. Les décisions *MRN c. John Colford Contracting Co.*¹³⁴, *Commonwealth Construction Company Limited c. MRN*¹³⁵ et *Outboard Marine Corp. of Canada Ltd. c. MRN*¹³⁶ confirment ce principe. Même si l'acheteur ne dispose pas immédiatement du montant de dommages, les intérêts sont imposables¹³⁷. En outre, sauf si les alinéas 81(1)g.1) ou 81(1)g.2) L.I.R. s'appliquent, même les intérêts accordés sur un

¹³¹ *Coughlan c. La Reine*, [2001] 4 C.T.C. 2004, 2001 D.T.C. 719 (C.C.I.), par. 14.

¹³² *Id.*

¹³³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 5, par. 4.

¹³⁴ [1960] C.T.C. 178, [1960] R.C. de l'É. 433, 26 D.L.R. (2d) 15.

¹³⁵ 84 D.T.C. 6420 (C.A.F.).

¹³⁶ [1990] 1 C.T.C. 2444, 90 D.T.C. 1350 (C.C.I.).

¹³⁷ F. AUGER, précité, note 4, 22:42-43.

montant non imposable deviennent imposables s'ils sont accumulés sur un montant gardé en dépôt¹³⁸.

2.8. INDEMNITÉ D'ASSURANCE

L'alinéa 12(1)f) L.I.R. a son équivalent québécois au paragraphe 87f) L.I. Bien que ces alinéas ne concernent que l'indemnité d'assurance versée à l'égard d'une immobilisation, par analogie, ils trouvent application pour un bien en inventaire.

L'alinéa 12(1)f) L.I.R. indique ce qui suit :

« 12.(1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition [...] :

[...]

f) la partie des sommes payables au contribuable à titre d'indemnité ou en vertu d'une police d'assurance, relative aux dommages causés aux biens amortissables du contribuable, qui a été dépensée, pour réparer les dommages, par le contribuable :

(i) au cours de l'année,

(ii) en outre, dans un délai raisonnable après que les dommages ont été subis; [...]. »

La question du « délai raisonnable » n'est pas précisée dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il s'agit d'une question de fait à trancher par les tribunaux.

En vertu de l'alinéa 12(1)f) L.I.R., l'acheteur d'un bien immobilier qui reçoit une indemnité d'assurance au cours d'une année d'imposition donnée doit inclure dans son revenu de bien ou d'entreprise de la même année la partie de l'indemnité payable qui a servi à réparer l'immeuble vicié au cours de cette même année. Cette règle a pour but de compenser la somme déduite du revenu à titre de frais de correction du vice. La partie de l'indemnité qui n'a pas été dépensée au cours de l'année sera considérée comme un PD de l'immeuble. Ainsi, le coût d'acquisition ou le PBR de l'immeuble ainsi que sa fraction non amortie du coût en capital (« FNACC »), selon le cas, seront diminués du montant de l'indemnité d'assurance non utilisé.

¹³⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 5, par. 4 et 6.

Si le bien immobilier devait être une perte totale¹³⁹ et devait être remplacé, le montant total de l'indemnité d'assurance sera considéré comme le PD du bien. Le montant dépensé pour remplacer le bien sera une dépense en capital et pourra faire l'objet d'amortissement ou non¹⁴⁰. Si l'immeuble est cédé ou sur le point de l'être, en vertu de l'alinéa f) de la définition de « produit de disposition » à l'article 54 L.I.R., le montant total de l'indemnité d'assurance reçue sera ajouté au PD de l'immeuble puisqu'il n'aura pas servi à corriger le vice caché. L'alinéa f) de cette définition prévoit ce qui suit :

« “produit de disposition” Sont compris dans le produit de disposition d'un bien :

[...]

f) toute indemnité afférente aux dommages causés aux biens et toute somme payable en vertu d'une police d'assurance au titre de dommages causés à des biens, sauf dans la mesure où cette indemnité ou cette somme, suivant le cas, a, dans un délai raisonnable après que les dommages ont été subis, été dépensée pour réparer les dommages. »

3. TRAITEMENT FISCAL DES DÉDOMMAGEMENTS VERSÉS PAR LE VENDEUR

Le dédommagement versé pourra être déduit soit du revenu du vendeur, soit de son capital et le traitement différera selon que le bien a été vendu à des fins d'inventaire ou d'immobilisation. Les ventes de biens immobiliers qui sont des biens en inventaire sont effectuées par un particulier ou une société qui exploite une entreprise dans le domaine de la construction, de la vente ou de la revente d'immeubles. Quant aux ventes de biens immobiliers qui sont des immobilisations, elles sont effectuées :

- par un particulier ou une société qui exploite une entreprise dans tout autre domaine que la construction, la vente ou la revente d'immeubles;
- par un particulier ou une société qui exploite une entreprise dans un de ces domaines si l'immeuble qui fait l'objet de la disposition a été utilisé dans le cadre de ses activités d'entreprise;

¹³⁹ Par exemple, une défaillance électrique peut causer un incendie et mener à la destruction totale de l'immeuble; de même, l'absence d'un mur porteur peut causer l'effondrement de l'immeuble qui sera alors considéré comme une perte totale.

¹⁴⁰ Par. 13(21) « produit de disposition », al. f) L.I.R.

- par un particulier qui n'exploite pas d'entreprise.

Les ventes de biens immobiliers peuvent aussi être des ventes d'immobilisations si elles sont effectuées par une société dont le but principal est de réaliser un revenu de loyer.

Le traitement fiscal des dédommagements versés pour vice caché en vertu de la *Loi sur les impôts* du Québec ne comporte pas de différence significative par rapport au traitement prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁴¹. Les paragraphes 9(1), 18(1) et 18(3.1) L.I.R. ainsi que l'article 67 L.I.R. ont leur équivalent dans la *Loi sur les impôts*¹⁴². De même, le principe de substitution s'applique de la même façon au Québec que dans l'ensemble du Canada. Enfin, l'article 42 L.I.R. sur lequel repose le traitement fiscal d'un dédommagement versé en raison d'un vice caché dans une immobilisation a son équivalent dans la *Loi sur les impôts*¹⁴³.

3.1. VENTE DE BIENS EN INVENTAIRE

3.1.1. Principes

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient aucune disposition précise portant sur le traitement des dédommagements versés en raison d'un vice caché dans un immeuble en inventaire; il faut s'en remettre aux dispositions générales de cette loi, à la jurisprudence et à la doctrine.

Un dédommagement est une dépense et une dépense est déductible si elle remplit les conditions suivantes¹⁴⁴ :

- elle doit être engagée pour gagner un revenu de bien ou d'entreprise¹⁴⁵ ou, s'il s'agit d'une dépense accessoire, elle ne doit pas être engagée pendant la période de construction ou de rénovation¹⁴⁶;

¹⁴¹ F. AUGER, précité, note 4, 22:6-8.

¹⁴² Les concordances québécoises sont respectivement les articles 80, 128, 129, 135.4, 135.5 et 420 L.I.

¹⁴³ Art. 270 L.I.

¹⁴⁴ *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695 (« Symes »). En doctrine, voir F. AUGER, précité, note 4, 22:6-16; M. DESROSIERS, précité, note 118, 26:73.

¹⁴⁵ Al. 18(1)a) L.I.R.

¹⁴⁶ Par. 18(3.1) L.I.R.

- elle doit être de nature courante et non de nature capital¹⁴⁷;
- elle ne doit pas représenter des frais personnels ou de subsistance¹⁴⁸;
- elle doit être raisonnable dans les circonstances¹⁴⁹.

A) Le dédommagement doit être engagé pour gagner un revenu de bien ou d'entreprise et sa déduction ne doit pas être empêchée par le paragraphe 18(3.1) L.I.R.

Paragraphe 9(1) L.I.R. – Pour être engagée pour gagner un revenu de bien ou d'entreprise, une dépense doit être permise en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. et sa déduction ne doit pas être empêchée par les paragraphes 18(1) et 18(3.1) L.I.R. Le paragraphe 9(1) L.I.R. précise la notion de « revenu ». Il y est indiqué ceci : « [...] le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année ». Le président Thorson de la Cour de l'Échiquier a précisé la notion de bénéfice dans l'affaire *The Royal Trust Co. c. MRN*¹⁵⁰; elle fut citée dans l'arrêt *Symes*¹⁵¹ par le juge Iacobucci pour la majorité :

« [TRADUCTION] [...] pour savoir si un débours ou une dépense était déductible aux fins d'impôt la première étape était de déterminer si la déduction était conforme aux principes ordinaires des affaires commerciales ou aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires [...] [Je souligne.]¹⁵². »

¹⁴⁷ Al. 18(1)b) L.I.R.

¹⁴⁸ Al. 18(1)h) L.I.R.

¹⁴⁹ Art. 67 L.I.R. Par ailleurs, il importe de mentionner qu'en théorie, pour déterminer si une dépense est déductible, plusieurs dispositions qui ne sont pas présentées dans la présente section doivent être prises en considération. Seules les dispositions jugées pertinentes aux fins du présent texte sont mentionnées.

¹⁵⁰ 57 D.T.C. 1055, 1059 (C. de l'É.).

¹⁵¹ Précité, note 144.

¹⁵² *Id.*, 6009. De plus, dans l'affaire *Associated Investors of Canada Limited c. MRN*, 67 D.T.C. 5096, le juge Jactett de la Cour de l'Échiquier dira : « [...] on détermine le profit annuel d'une entreprise en défalquant des revenus de cette dernière pour l'année les dépenses engagées en vue de tirer lesdits revenus ».

Ainsi, une dépense est engagée pour gagner un revenu si, en vertu de la pratique courante des affaires et des principes bien reconnus des affaires commerciales, il est permis de déduire cette dépense du revenu pour en établir le bénéfice pour une année donnée¹⁵³. De plus, le paragraphe 9(1) L.I.R. prévoit qu'une dépense n'est admise dans le calcul du revenu d'entreprise ou de bien que si elle se rapporte entièrement à cette entreprise ou à ce bien. En outre, une dépense sera engagée pour gagner un revenu si elle est engagée en vue de réaliser un profit¹⁵⁴.

Dans le domaine immobilier, le revenu d'entreprise est généré à la disposition d'un immeuble en inventaire¹⁵⁵. Cet immeuble ne produit aucun revenu par sa seule détention¹⁵⁶, il est acquis avec l'intention d'être revendu¹⁵⁷. En revanche, le revenu de bien est généré par les loyers d'un immeuble en immobilisation; l'immeuble est l'outil qui génère le revenu¹⁵⁸.

Alinéa 18(1)a) L.I.R. – Cet alinéa précise que, dans le calcul du revenu du contribuable, ne sont pas déductibles « [...] les dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien ». L'analyse des faits pertinents permet aux tribunaux de déterminer si la dépense fait partie ou non des activités et des risques normaux de l'entreprise exploitée par le

¹⁵³ Dans l'affaire *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147 (« *Canderel* »), par. 33 et suiv., la Cour suprême du Canada indique que la détermination du bénéfice est une question de droit.

¹⁵⁴ *Stewart c. Canada*, [2002] R.C.S. 645.

¹⁵⁵ Françoise CHÉNIER, « L'immobilier et la fiscalité », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 40:1-42, aux pages 40:39-41.

¹⁵⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-459, « Projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial », 8 septembre 1980, par. 9; REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 232-1, « Distinction entre un gain en capital et un revenu provenant d'une entreprise », 28 février 1994, par. 8.

¹⁵⁷ Vern KRISHNA, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 6^e éd., Scarborough, Éditions Carswell, 2000, pp. 226-227; Peter W. HOGG, Joanne E. MAGEE et Ted COOK, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3^e éd., Scarborough, Éditions Carswell, 1999, p. 220.

¹⁵⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 156, par. 10; REVENU QUÉBEC, précité, note 156, par. 10.

contribuable¹⁵⁹. Lorsqu'elle en fait partie, la déduction de la dépense est permise par l'alinéa 18(1)a) L.I.R.

Les principaux critères utilisés par les tribunaux pour déterminer le lien suffisant entre le dédommagement et les activités productrices de revenu de l'entreprise ont été énoncés par la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Imperial Oil*¹⁶⁰. Ce sont les activités habituelles de l'entreprise, l'impuissance du vendeur à empêcher l'avènement de l'événement, l'attitude du vendeur face à l'événement, le risque qu'il a pris, les mesures de protection qu'il a adoptées et la fréquence de l'événement dans le cours normal des activités de l'entreprise. Aucun de ces critères n'est prépondérant, c'est l'analyse des faits et des circonstances qui permet d'établir si le lien est suffisant. Les affaires *Procureur général du Canada c. Poulin*¹⁶¹ et *Davis c. MRN*¹⁶² illustrent cette notion de lien suffisant.

Dans l'affaire *Poulin*, un agent immobilier était à son compte depuis 1976 lorsqu'en 1977, il procéda à une opération qui s'est avérée malheureuse pour ses clients. Ceux-ci exercèrent un recours civil contre Poulin pour fraude et fausses représentations. Poulin fut condamné à payer des dommages-intérêts. Puis, en 1984, il cessa ses activités de courtage. En 1987, il déboursa 385 802 \$ en dommages-intérêts. La même année, il déduisit le montant ainsi versé de ses revenus d'entreprise. L'ARC refusa cette déduction pour la raison que le montant n'avait pas été engagé pour gagner un revenu tel que l'exige l'alinéa 18(1)a) L.I.R. puisque Poulin n'exerçait plus ses activités en 1987. La Cour d'appel fédérale jugea cependant que le montant était une dépense déductible :

« L'intimé ne peut être considéré comme ayant cessé ses activités de courtier tant qu'il est occupé à donner suite à des actes commis par lui dans l'exercice de sa profession, même si, à ce moment, il ne transige plus et ne peut plus s'occuper de clients. [...] »

Pour qu'un tel paiement, [...], soit néanmoins considéré comme répondant à l'exigence de l'alinéa 18(1)a) de la Loi, il faut qu'il soit vu comme la conséquence malheureuse d'un risque que le contribuable devait prendre et assumer pour exercer son métier ou sa profession. [...] Une condition

¹⁵⁹ Pour l'établir, les tribunaux utilisent le « test d'incidence » développé dans l'affaire *Imperial Oil Ltd. c. MRN*, 47 D.T.C. 1090 (C. de l'É.) (« *Imperial Oil* »).

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ 96 D.T.C. 6477 (C.A.F.) (« *Poulin* »).

¹⁶² 64 D.T.C. 485 (C.A.I.) (« *Davis* »).

essentielle, [...], est qu'il se rattache directement à un acte qu'impliquait l'exercice du métier ou de la profession [...]¹⁶³. »

Dans l'affaire *Davis*, le contribuable, un éleveur de porcs, causa une collision de voitures alors qu'il se rendait chez son frère pour examiner des bêtes appartenant à ce dernier. L'autre conducteur intenta une poursuite contre Davis, ce dernier dut payer 14 200 \$ à titre de dommages et de frais juridiques. Davis déduisit ce montant de son revenu d'entreprise parce qu'il s'était rendu chez son frère avec l'intention d'acquérir deux bêtes pour son élevage. La Commission d'appel de l'impôt refusa la dépense parce qu'elle considéra que le voyage avait un caractère personnel plutôt que commercial. La dépense n'était pas de celles permises par l'alinéa 18(1)a) L.I.R. Selon la Commission, il n'y avait pas de lien entre le dédommagement et les activités productrices de revenu.

En résumé, le dédommagement sera une dépense engagée pour gagner un revenu s'il existe un lien entre le montant engagé et les activités productrices de revenu de l'entreprise ou ses risques normaux, et ce, sans égard au temps écoulé entre le moment de l'événement et celui du versement du montant. Le paragraphe 6 du *Bulletin d'interprétation* IT-467R2¹⁶⁴ de l'ARC le confirme.

Paragraphe 18(3.1) L.I.R. – Le paragraphe 18(3.1) L.I.R. peut restreindre la déduction d'une dépense. Son libellé indique ceci :

« (3.1) [...] dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition :

- a) aucune déduction n'est faite à l'égard d'une dépense engagée ou effectuée par le contribuable [...] qu'il est raisonnable de considérer [...] comme un coût attribuable à la période de construction, de rénovation ou de transformation d'un bâtiment par le contribuable, par une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, par une société dont il est un actionnaire déterminé ou par une société de personnes dont sa part sur le revenu ou la perte est d'au moins 10 %, ou pour leur compte, et lié à cette construction, rénovation ou transformation, [...];
- b) dans la mesure où il serait déductible par ailleurs dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année, le montant d'une telle dépense est inclus dans le calcul du coût ou du coût en capital, selon le cas, du bâtiment [...]. »

¹⁶³ Poulin, précité, note 161, par. 7-8.

¹⁶⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 7.

Dans la décision *Trynchy c. Canada*¹⁶⁵, le juge Campbell dira que le paragraphe 18(3.1) L.I.R. ne concerne que les coûts périphériques des projets de construction. Dans la décision *Kuhlmann c. La Reine*¹⁶⁶, le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt définira les frais accessoires comme suit :

« [TRADUCTION] [...] des frais qui ne sont pas directement attribuables aux matériaux et à la main d'œuvre nécessaires à la construction de l'immeuble, comme les frais de financement, les honoraires d'avocats, les commissions, les frais d'entretien, les impôts fonciers, l'aménagement paysager et d'autres dépenses similaires. »

Enfin, dans la décision *Janota c. La Reine*, le juge McArthur dira : « [...] le paragraphe 18(3.1) renvoie uniquement aux coûts accessoires, lesquels consistent [...] en l'intérêt bancaire, les impôts fonciers, les services publics, les honoraires professionnels et l'assurance, mais non en les réparations et l'entretien »¹⁶⁷.

Ainsi, le dédommagement sera engagé pour gagner un revenu s'il est conforme aux principes reconnus de la pratique des affaires et aux principes reconnus des affaires commerciales¹⁶⁸, s'il est suffisamment lié aux activités habituelles génératrices du revenu de l'entreprise¹⁶⁹ et ne consiste pas en des frais accessoires engagés pendant la période de construction ou de rénovation de l'immeuble. Une fois qu'il est établi que la dépense n'est pas prohibée aux termes de l'alinéa 18(1)a) et du paragraphe 18(3.1) L.I.R., il importe de vérifier si elle est prohibée en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R.

B) Le dédommagement ne doit pas être de nature capital

Une dépense ou un dédommagement de nature capital, selon l'alinéa 18(1)b) L.I.R., n'est pas déductible du revenu d'entreprise ou de bien. Pour en déterminer la nature, il importe de connaître ce que le montant remplace pour le vendeur. Les décisions suivantes énoncent certaines des règles utiles pour l'établir.

¹⁶⁵ [2001] 4 C.T.C. 130 (C.F. 1^{re} inst.), par. 1.

¹⁶⁶ 95 D.T.C. 417, 418 (C.C.I.) (procédure informelle).

¹⁶⁷ 2010 CCI 395, par. 23.

¹⁶⁸ Symes, précité, note 144; Canderel, précité, note 153.

¹⁶⁹ CRA Views, précité, note 99, interprétation technique 2002-0143315, « Frais légaux déductibilité », 10 janvier 2003.

Dans l'affaire *Sunshine Mining Co. c. La Reine*¹⁷⁰, le contribuable était une compagnie américaine qui, par le biais d'une de ses filiales, avait conclu un contrat avec une compagnie de la Colombie-Britannique pour développer et exploiter certains biens miniers appartenant à la société canadienne en échange de 50 % du droit de propriété de ces biens. Sunshine Mining fit défaut et paya 393 000 \$ en dédommagements. La compagnie déduisit ce montant de son revenu d'entreprise. La Cour fédérale refusa la déduction sur la base que les dépenses étaient de nature capital puisque les dédommagements représentaient le montant pour faire des travaux auxquels le contribuable s'était engagé; ils correspondaient au paiement pour l'acquisition d'un bien en capital. De plus, la Cour fédérale y précise qu'un montant de dédommagement versé en remplacement d'un bien en capital est de nature capital.

De même, dans les décisions *Brompton Pulp and Paper Co. Ltd. c. MRN*¹⁷¹ et *Strassburger Insulation Ltd. c. MRN*¹⁷², la Cour mentionne qu'une dépense liée à l'acquisition, à la protection ou à la conservation d'un actif est de nature capital¹⁷³. Dans l'affaire *Strassburger*, la filiale du contribuable était spécialisée dans l'installation de matériaux isolants et faisait face à plusieurs poursuites pour la pose inadéquate du matériel. Afin de protéger ses actifs contre d'éventuelles nouvelles poursuites, la filiale transféra ses immobilisations à une compagnie liée pour ensuite les reprendre en location. Puis, le contribuable acquit la filiale et se fit céder les contrats de location. Même si le contribuable n'était pas responsable des dédommagements payés par la filiale qu'il venait d'acquérir, la Cour canadienne de l'impôt jugea que ces montants avaient été payés dans le but de préserver les actifs de la compagnie; ils n'étaient donc pas déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R.

Dans la décision *Angostura International Ltd. c. La Reine*¹⁷⁴, un paiement avait été fait pour racheter les droits de distribution d'un produit. Le Ministère considéra ce montant comme un montant de nature capital car, selon lui, le montant avait été versé dans le but d'acquérir un nouveau réseau de distribution, c'est-à-dire un actif durable pour Angostura. Néanmoins,

¹⁷⁰ [1975] C.T.C. 223 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁷¹ 54 D.T.C. 135 (C.A.F.).

¹⁷² 88 D.T.C. 1356 (C.C.I.) (« *Strassburger* »).

¹⁷³ Voir aussi *Hide c. MRN*, 59 D.T.C. 588 (C.A.F.).

¹⁷⁴ [1985] 2 C.T.C. 170, 85 D.T.C. 5384 (C.F. 1^{re} inst.).

dans l'affaire *British Insulated*¹⁷⁵, il est indiqué que si le montant est versé dans le but de créer un bien ou avantage qui profite à l'entreprise de façon durable, il sera de nature capital et non déductible.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-467R2¹⁷⁶ présente, en guise de position administrative de l'ARC, une synthèse des principes tirés de la jurisprudence. Il y est indiqué qu'un dédommagement constituera un paiement à titre de capital s'il :

- représente le coût d'acquisition d'une immobilisation;
- confère un avantage durable à l'entreprise du contribuable payeur;
- peut être considéré comme ayant été effectué afin de protéger ou de préserver une immobilisation du contribuable.

C) Le dédommagement doit être raisonnable dans les circonstances

L'article 67 L.I.R. établit qu'une dépense n'est déductible que si elle est raisonnable dans les circonstances. Le terme « raisonnable » se réfère au montant et à l'importance de la déduction demandée¹⁷⁷. Dans l'affaire *Olympia Floor and Wall Til (Quebec) Ltd. c. MRN*¹⁷⁸, le juge Jackett énonce le principe qu'une fois établie la nécessité d'une dépense, il est difficile de prétendre qu'elle n'était pas raisonnable. Selon lui, le caractère raisonnable d'une déduction pose une question de fait dont le ministre du Revenu national est le premier juge¹⁷⁹. Par ailleurs, un dédommagement fixé par un tribunal est considéré par l'ARC comme raisonnable dans les circonstances alors qu'un montant établi par règlement hors cour doit faire l'objet par l'ARC d'une étude qui tient compte de tous les faits relatifs à la situation pour déterminer s'il est raisonnable¹⁸⁰.

¹⁷⁵ *British Insulated*, précité, note 125, 213-214.

¹⁷⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 7, par. 7.

¹⁷⁷ Guy LORD et autres, *Les principes de l'imposition au Canada*, 13^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, pp. 185-187.

¹⁷⁸ [1970] C.T.C. 99 (C. de l'É.).

¹⁷⁹ G. LORD et autres, précité, note 177, p. 187.

¹⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 7, par. 14.

D) Le dédommagement ne doit pas être versé pour des dépenses personnelles

En vertu de l'alinéa 18(1)h) L.I.R., un contribuable ne peut déduire quelques frais personnels ou de subsistance que ce soit dans le calcul de son revenu, sauf les frais de déplacement engagés lorsqu'il est absent de chez lui dans le cadre de l'exploitation de son entreprise. Dans l'arrêt *Symes*¹⁸¹, le juge Iacobucci a refusé la déduction des frais de garde d'enfants en vertu du paragraphe 9(1) et de l'alinéa 18(1)a) L.I.R. car il s'agissait de frais personnels qui n'avaient pas été engagés en vue de gagner un revenu d'entreprise¹⁸².

3.1.2. Traitement des dédommagements versés

Les frais engagés par le vendeur pour corriger un vice caché, les dédommagements versés à l'acheteur pour rembourser les frais de correction du vice caché ou en guise de réduction du prix, de résolution de la vente ou de dommages-intérêts compensatoires seront tous soumis au même traitement fiscal puisqu'ils visent tous à remplacer le même bien ou à replacer l'acheteur dans la situation dans laquelle il aurait dû se trouver si l'obligation avait été exécutée. En outre, comme nous l'avons déjà indiqué, ces montants seront déductibles s'ils ont été engagés pour gagner un revenu, s'il existe un lien suffisant entre le montant versé et les activités courantes ou les risques normaux de l'entreprise. Ils ne seront pas de nature capital s'ils ne confèrent pas d'avantage durable à l'entreprise du vendeur, ne représentent pas le coût d'acquisition d'un bien en capital ou ne sont pas vus comme ayant été engagés pour protéger ou préserver un bien en capital du vendeur. Enfin, ils seront déductibles s'ils sont raisonnables et ne constituent pas des dépenses engagées à des fins personnelles.

Le transfert de propriété d'un immeuble en inventaire se fait par contrat régi par le *Code civil du Québec*. La présence d'un vice caché dans un tel immeuble vendu fait partie des risques normaux de ce type d'entreprise. Le *Code civil du Québec* prévoit une garantie contre les vices cachés qui est implicite au contrat de vente. En vertu de l'article 1728 C.c.Q., en cas de vice caché dans un immeuble, le vendeur est tenu de le corriger à ses frais ou d'indemniser l'acheteur. Par conséquent, les dédommagements en raison d'un vice caché dans un immeuble en inventaire vendu sont engagés pour

¹⁸¹ Précité, note 144, 6009 et suiv.

¹⁸² Cependant, la Cour suprême du Canada a accordé la déduction de ces frais de garde en vertu de l'article 63 L.I.R.

gagner un revenu puisqu'ils sont directement liés aux activités et aux risques de l'entreprise. Ils peuvent donc être déductibles aux termes du paragraphe 9(1) et de l'alinéa 18(1)a) L.I.R.

De plus, comme ces montants ne confèrent aucun avantage durable à l'entreprise du vendeur, ils ne représentent pas le coût d'acquisition d'un bien en capital et n'ont pas pour objectif de protéger ou de préserver une immobilisation du vendeur; ils ne sont donc pas de nature capital au sens de l'alinéa 18(1)b) L.I.R. et sont déductibles du revenu d'entreprise pour l'année d'imposition au cours de laquelle ils sont versés.

Une remarque s'impose toutefois quant à la déductibilité des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. La plupart du temps, lorsqu'un vendeur est tenu de verser ce type de dommages-intérêts, c'est en raison d'un dol¹⁸³. Les dommages punitifs ou exemplaires peuvent donc être considérés comme des pénalités pour dol.

Or, pendant longtemps, il y a eu une controverse entourant la déductibilité des pénalités dans le calcul du revenu d'entreprise, certains soutenant que cela allait à l'encontre de l'ordre public. Néanmoins, dans l'affaire *Robert McNeill c. La Reine*¹⁸⁴, la Cour d'appel fédérale a tranché cette question. S'appuyant sur l'arrêt 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*¹⁸⁵ rendu par la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel fédérale a précisé que les dédommagements étaient déductibles si le contribuable démontrait que l'acte à l'origine du dédommagement avait pour but de générer un revenu. Dans son jugement, la Cour indique sans ambiguïté que « c'est au Parlement qu'il appartient de se prononcer sur ces questions d'ordre public »¹⁸⁶.

En raison de cette conclusion, il semble logique de suivre les mêmes principes de déductibilité pour les dommages-intérêts punitifs ou exemplaires que ceux suivis pour le traitement fiscal des dommages généraux. À l'évidence, les mêmes conclusions seront retenues puisque ces montants sont liés aux activités et aux risques normaux de l'entreprise et ne sont pas de nature capital. Ce raisonnement s'applique aussi aux dédommagements versés pour des préjudices physiques ou moraux.

¹⁸³ J. EDWARDS, précité, note 18, par. 588-589.

¹⁸⁴ [2000] 2 C.T.C. 304 (C.A.F.) (« *McNeill* »).

¹⁸⁵ [1999] 3 R.C.S. 804.

¹⁸⁶ *McNeill*, précité, note 184, par. 16.

En ce qui concerne les intérêts et les frais juridiques, le *Bulletin d'interprétation* IT-467R2¹⁸⁷ indique que les intérêts ainsi que les frais juridiques raisonnables payés en raison d'un litige sont considérés comme des composantes des dédommagements versés par le vendeur. Ainsi, lorsque le dédommagement est déductible, les intérêts et les frais juridiques raisonnables le sont aussi. Si le dédommagement est versé relativement à la disposition d'un bien immobilier, les intérêts et les frais juridiques raisonnables seront considérés dans le calcul du gain ou de la perte résultant de la disposition du bien¹⁸⁸.

3.2. VENTE D'IMMOBILISATIONS

Les dédommagements versés dans le cas d'une immobilisation sont déductibles dans le calcul du revenu de bien du vendeur si les conditions prévues aux paragraphes 9(1) et 18(1) ainsi qu'à l'article 67 L.I.R. sont remplies¹⁸⁹. Cependant, si la disposition de l'immobilisation génère un gain en capital plutôt qu'un revenu¹⁹⁰, les dédommagements ne remplissent alors pas la condition prévue à l'alinéa 18(1)a) L.I.R. qui exige qu'une dépense soit engagée pour gagner un revenu d'entreprise ou de bien; ils deviennent automatiquement une perte en capital non déductible pour le vendeur. Pour pallier cette situation, le législateur a édicté l'article 42 L.I.R.¹⁹¹ dont le libellé est le suivant :

« 42. Dans le calcul, pour l'application de la présente sous-section, du produit de disposition d'un bien pour un contribuable, doit être inclus le total des sommes reçues ou à recevoir par celui-ci en contrepartie de garanties qu'il a données ou de promesses ou autres obligations conditionnelles qu'il a contractées relativement à la disposition; en outre, dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année d'imposition de la disposition du bien et pour chaque année d'imposition suivante, toute dépense engagée ou effectuée par le contribuable au cours d'une de ces années en exécution ou en vertu d'[in respect of] une telle obligation [donnée ou contractée] est réputée être une perte subie par le contribuable pour cette année à la disposition d'une immobilisation qu'il

¹⁸⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 7, par. 12.

¹⁸⁸ CRA Views, précité, note 99, interprétation technique 2004-0105421I7, « Déductibilité des frais juridiques et d'intérêts », 9 juin 2005.

¹⁸⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, précité, note 7.

¹⁹⁰ Art. 3, 38, 39 et par. 40(1) L.I.R.

¹⁹¹ La concordance québécoise de l'article 42 L.I.R. est l'article 220 L.I. Son libellé ne comporte pas de différence significative avec celui de l'article 42 L.I.R.

est réputé avoir réalisée au cours de cette année pour l'application de l'article 110.6¹⁹². » (Notre soulignement)

L'expression « en vertu de » utilisée dans cet article suppose un lien étroit entre le montant de dédommagement versé et l'obligation de garantie à laquelle il se réfère¹⁹³.

¹⁹² Le ministre des Finances du Canada a proposé de modifier l'article 42 L.I.R. dans les *Propositions législatives relatives à l'impôt sur le revenu* publiées le 5 novembre 2010. Il a, de plus, confirmé, lors du Budget 2011, l'intention du gouvernement d'aller de l'avant avec cette mesure. Dans le cadre du présent texte, le nouveau paragraphe 42(1) L.I.R. proposé n'a aucun effet sur l'analyse faite en vertu de l'actuel article 42 L.I.R. À titre informatif, le paragraphe 42(1) L.I.R. proposé se lit comme suit :

« 42.(1) Les règles ci-après s'appliquent à la présente sous-section :

- a) toute somme reçue ou à recevoir par une personne ou une société de personnes (appelées "vendeur" au présent paragraphe) en contrepartie d'une garantie, d'une promesse ou d'une autre obligation conditionnelle qu'elle a donnée ou contractée relativement à un bien (appelé "bien visé" au présent article) dont elle a disposé fait l'objet du traitement suivant :
 - (i) si elle est reçue ou à recevoir au plus tard à la date déterminée, elle est réputée être reçue en contrepartie de la disposition par le vendeur du bien visé (et ne pas être une somme reçue ou à recevoir par lui en contrepartie de l'obligation) et est à inclure dans le calcul du produit de disposition du bien visé pour lui pour l'année d'imposition ou l'exercice dans lequel la disposition a été effectuée,
 - (ii) dans les autres cas, elle est réputée être un gain en capital du vendeur provenant de la disposition d'un bien qu'il effectue au moment où la somme est reçue ou au moment où elle devient à recevoir, le premier en date étant à retenir;
- b) toute dépense engagée ou effectuée qui est payée ou payable par le vendeur aux termes d'une garantie, d'une promesse ou d'une autre obligation conditionnelle qu'il a donnée ou contractée relativement au bien visé dont il a disposé fait l'objet du traitement suivant :
 - (i) si elle est payée ou payable au plus tard à la date déterminée, elle est réputée réduire la contrepartie de la disposition par le vendeur du bien visé (et ne pas être une dépense qui est payée ou payable par lui aux termes de l'obligation) et est à déduire dans le calcul du produit de disposition du bien visé pour lui pour l'année d'imposition ou l'exercice dans lequel la disposition a été effectuée,
 - (ii) dans les autres cas, elle est réputée être une perte en capital du vendeur résultant de la disposition d'un bien qu'il effectue au moment où la dépense est payée ou au moment où elle devient payable, le premier en date étant à retenir ».

¹⁹³ *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, 5045; *Markevich c. Canada*, [2003] R.C.S. 94, 5190; *Goold v. A.M.L.*, 2010 ABCA 219, par. 4.

Deux éléments sont à retenir de l'article 42 L.I.R. La première partie de la disposition prévoit que toute somme reçue ou à recevoir pour une garantie contractée relativement à la disposition d'une immobilisation doit être incluse dans le PD du bien. La deuxième partie indique que toutes les dépenses engagées par un contribuable en exécution d'une obligation de garantie sont réputées constituer une perte en capital découlant de la disposition d'une immobilisation.

De plus, le *Bulletin d'interprétation* IT-330 de l'ARC¹⁹⁴ précise que l'article 42 L.I.R. ne trouve application que lorsque le dédommagement versé respecte les conditions suivantes :

- le versement de la somme doit avoir été effectué ou engagé conformément à une obligation de garantie;
- l'obligation de garantie qui rend le versement nécessaire doit avoir été contractée relativement à la disposition d'une immobilisation.

Ainsi, en principe, le dédommagement versé sera une perte en capital si la garantie de qualité du *Code civil du Québec* est admise aux termes de l'article 42 L.I.R. et si le dédommagement est requis en vertu de cette garantie. Pour vérifier l'application de ces deux conditions, il importe d'abord de définir le terme « garantie ». Comme il n'est pas prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut se référer au sens juridique habituel de ce terme. Selon le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*¹⁹⁵, le terme « garantie » signifie une « obligation accessoire à certains contrats qui est imposée par la loi ou convenue par les parties et par laquelle l'une d'elles assure à l'autre la jouissance d'un bien ou d'un droit ».

Or, nous avons vu que la garantie de qualité des vices cachés tient à la fois du régime contractuel et du régime extracontractuel. Au plan contractuel, elle est implicite au contrat de vente et l'article 1728 C.c.Q. prévoit qu'en cas de vice caché, le vendeur a l'obligation de réparer tous les préjudices prévisibles subis par l'acheteur. De plus, s'il connaissait ou était réputé connaître les vices de la chose vendue, il est redevable de façon inconditionnelle de tous les préjudices subis par l'acheteur d'un bien

¹⁹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-330R (archivé), « Dispositions de biens en immobilisation visées par une garantie, un engagement ou d'autres obligations conditionnelles ou contingentes », 7 septembre 1990.

¹⁹⁵ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

comprenant un vice caché. Au plan extracontractuel, le vendeur est tenu à tous les préjudices prévisibles ou imprévisibles découlant du vice caché causé à autre chose que le bien vendu ou à une autre personne que l'acheteur¹⁹⁶.

La garantie de qualité des vices cachés est une obligation contractuelle, elle exige que le vendeur dédommage l'acheteur en cas de vice caché et cet événement intervient dans le contexte de la disposition d'une immobilisation. Par conséquent, les dédommagements versés à l'acheteur en raison de la présence d'un vice caché dans un immeuble vendu qui est une immobilisation remplissent toutes les conditions d'application de l'article 42 L.I.R. et constituent des pertes en capital¹⁹⁷.

Or, tous les dédommagements versés en vertu des recours du *Code civil du Québec* sont visés par l'article 42 L.I.R. Qu'il s'agisse des frais de correction engagés par le vendeur ou de ceux engagés par l'acheteur puis remboursés par le vendeur, du montant versé en réduction de prix, des autres montants que le prix payé pour l'immeuble remboursés à l'acheteur dans le contexte de la résolution de la vente, des dommages-intérêts ou des frais accessoires, ils constituent tous des pertes en capital en vertu de l'article 42 L.I.R.

En revanche, les montants de dédommagement versés en vertu d'une obligation extracontractuelle pour des préjudices causés à autre chose que le bien vendu ne sont pas visés par l'article 42 L.I.R. parce qu'ils ne sont pas le résultat d'une obligation contractée. Cette exclusion est aussi prévue à l'article 270 L.I. et confirmée dans une lettre d'interprétation de Revenu Québec¹⁹⁸.

Par ailleurs, en vertu de la première partie de l'article 42 L.I.R., toute indemnité reçue par le vendeur en raison de la présence d'un vice caché dans

¹⁹⁶ Art. 1457 C.c.Q.

¹⁹⁷ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique SE91_001.002, « Déductibilité de frais judiciaires et dommages versés après la vente d'un bien », 27 septembre 1991; *CRA Views*, précité, note 99, interprétation technique 2003-0001407, « Dispositions subject to warranty », 21 mai 2003.

¹⁹⁸ REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 04-0103251, « Déductibilité d'une somme dont la réclamation a été confirmée par un jugement en regard de la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3), ci-après désignée "LI" », 20 septembre 2004.

un bien immobilier vendu qui est une immobilisation, notamment une indemnité d'assurance, doit être incluse dans le PD du bien immobilier.

3.3. RÉSIDENCE PRINCIPALE

Aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une résidence principale est une immobilisation¹⁹⁹. L'article 42 L.I.R., si ses conditions sont remplies, trouve application lorsqu'il y a un vice caché dans une immobilisation. Mais lorsqu'un montant se rattache à la disposition d'une résidence principale, celle-ci étant un bien à usage personnel, la perte est réputée nulle en vertu du sous-alinéa 40(2)g(iii) L.I.R.²⁰⁰ Les frais juridiques et les intérêts reçoivent le même traitement²⁰¹.

Toutefois, dans le cas d'un vendeur qui réaliserait un gain en capital imposable lors de la vente de sa résidence principale parce qu'il n'aurait pas demandé l'exonération pour résidence principale²⁰², et qui devrait dédommager l'acheteur en raison d'un vice caché, il est permis de se demander si le sous-alinéa 40(2)g(iii) L.I.R. ne crée pas une injustice à l'égard du vendeur. En effet, ce dernier serait appelé à verser un impôt sur le gain en capital, à verser un dédommagement et à perdre le bénéfice d'une perte en capital à l'égard de ce même dédommagement.

CONCLUSION

Nous voulions vérifier si le traitement des frais de correction dans un contexte d'un vice caché différait du traitement de ces mêmes frais dans un contexte sans vice caché. Les résultats de cette comparaison présentés à la suite tiennent compte de l'autorité fiscale concernée, du cocontractant visé et de la catégorie d'immeuble.

Autorité fiscale concernée – À l'exception de l'approche différente utilisée par les deux paliers de gouvernement pour établir la nature des frais de correction d'un vice caché et qui fait qu'une même dépense peut être considérée comme des frais de correction par un palier de gouvernement et

¹⁹⁹ Art. 54 « immobilisation » et « résidence principale » et al. 40(2)b) L.I.R. À cet effet, voir M. D. BOILY, précité, note 98, 42:7-8.

²⁰⁰ Concordance québécoise : art. 288 L.I.

²⁰¹ CRA Views, précité, note 99, interprétation technique 2006-0198381E5, « Disposition d'un BUP – Application de l'article 42 », 30 octobre 2008.

²⁰² Prévue à l'alinéa 40(2)b) L.I.R.

comme des frais d'amélioration par l'autre, les traitements fiscaux effectués par chacun des paliers de gouvernement ne révèlent pas de différence significative tant pour les frais relatifs à une immobilisation que pour ceux se rapportant à un bien en inventaire. Les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont leurs équivalents dans la *Loi sur les impôts*.

En pratique, les tribunaux du Québec déterminent la nature des frais engagés dans la correction d'un vice caché en se basant sur la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Goyer*. Ils se demandent si les dépenses ont eu pour effet d'augmenter la valeur capitale normale de l'immeuble; dans l'affirmative, la dépense constitue des frais d'amélioration et elle est de nature capital; dans le cas contraire, elle est de nature courante. De leur côté, les tribunaux canadiens se demandent si les dépenses ont eu pour effet de créer un bien nouveau sans égard à l'effet sur la juste valeur marchande (« JVM »).

Or, fréquemment, il s'avère que la simple correction d'un vice caché crée un bien nouveau. L'utilisation d'une nouvelle technologie, l'installation d'un nouveau revêtement ou d'une nouvelle toiture sont des exemples de dépenses qui peuvent créer un bien nouveau sans pour autant entraîner une augmentation de la JVM, elles ne permettent que de préserver la valeur de l'immeuble. Néanmoins, ces frais seront considérés comme des frais d'amélioration et de nature capital par les tribunaux canadiens parce qu'ils génèrent un bien nouveau ou, du moins, différent. En revanche, ils pourraient être considérés comme étant de nature courante par les tribunaux du Québec. Cette différence a d'ailleurs été soulignée par le juge Brûlé de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Earl*. À l'occasion de cette cause, il mentionnait que si la décision avait été basée sur la fiscalité québécoise, la dépense aurait été de nature courante, mais, puisqu'il choisissait de la fonder sur les décisions des tribunaux canadiens, les dépenses étaient de nature capital. La question posée est la suivante : « Pourquoi un poids, deux mesures? ».

Acheteur – Lorsqu'un acheteur acquiert un immeuble qui est une immobilisation et qui ne comporte pas de vice caché, il en tire un revenu de loyers puis un gain en capital lors de sa disposition. Si l'immeuble est un bien en inventaire et qu'il ne comporte pas de vice caché, l'acheteur en tire un revenu d'entreprise lors de la vente. En revanche, lorsque l'immeuble comporte un vice caché, tant l'acheteur de l'immeuble qui est une immobilisation que l'acheteur de l'immeuble qui est un bien en inventaire recevra des dédommagements en remplacement de ce qu'il a perdu, que ce soit un revenu, un gain en capital ou les deux. Ces montants remplaceront la perte de l'acheteur sans l'enrichir ni l'appauvrir. Ainsi, le contexte de vice

caché ne comporte pas d'effet fiscal réel pour l'acheteur par rapport au contexte sans vice caché parce que tout préjudice subi est compensé par un dédommagement équivalent. Une telle conclusion ne se vérifie pas pour le vendeur.

Vendeur – En effet, lorsqu'un bien immobilier comporte un vice, le vendeur peut le corriger ou disposer du bien au risque de devoir dédommager l'acheteur par la suite.

Le propriétaire d'un immeuble (immobilisation ou bien en inventaire) qui corrige le défaut avant d'envisager de le vendre pourra vraisemblablement traiter les frais de correction engagés comme des montants de nature courante puisqu'il ne s'agit pas de frais d'amélioration. Il pourra ainsi les déduire dans le calcul de son revenu de bien ou d'entreprise si ces montants remplissent les conditions prévues aux articles 9, 18 et 67 L.I.R. Si les frais sont engagés dans le but de vendre l'immeuble ou si l'immeuble est sur le point d'être vendu, les frais de correction diminueront alors le PD, ce qui réduira le gain en capital, ou la récupération d'amortissement si le bien a été amorti, ou encore le revenu d'entreprise du vendeur, selon le cas. Les frais accessoires engagés durant la période des travaux de rénovation devront être capitalisés ou ajoutés au coût d'inventaire du bien tel que le prévoit le paragraphe 18(3.1) L.I.R.

Quant au propriétaire d'un immeuble-immobilisation comportant un défaut qui dispose de l'immeuble sans l'avoir corrigé, il peut être contraint de dédommager l'acheteur. Si tel est le cas, l'article 42 L.I.R. lui permettra de traiter tout dédommagement versé comme une perte en capital si le montant remplit les conditions prévues à cet effet. S'il est démontré qu'il connaissait le vice caché, il pourrait devoir payer des dommages-intérêts qui seront aussi traités en tant que perte en capital. En outre, si le dédommagement vise à compenser un préjudice subi par un tiers ou par un autre bien de l'acheteur que le bien vendu²⁰³, ce dédommagement ne pourra être considéré comme une perte en capital parce que le montant ne remplit pas les conditions d'application de l'article 42 L.I.R. Ce dédommagement

²⁰³ Par exemple, un préjudice subi par un passant au moment où un parement de briques se détache du mur d'un immeuble ou encore que cet incident endommage un bien public. Dans ces cas, bien que le préjudice ait été causé en raison d'un vice caché, le vendeur ne sera tenu responsable envers le tiers qu'en vertu du régime extracontractuel et non en vertu du régime contractuel puisqu'il n'existe aucun contrat entre le vendeur et les tiers. Dans ces cas, l'article 42 L.I.R. ne trouve pas application à l'égard du dédommagement versé par le vendeur de l'immobilisation; celui-ci sera considéré comme une perte non déductible pour le vendeur.

devient une perte non déductible. Enfin, le vendeur ne pourra utiliser sa perte en capital que s'il réalise un gain en capital contre lequel l'appliquer; dans le cas contraire, la partie ou la totalité de la perte deviendra une perte nette et non déductible.

En ce qui concerne le propriétaire d'un immeuble en inventaire comportant un défaut qui dispose de l'immeuble sans le corriger, il pourrait devoir dédommager l'acheteur. De plus, étant donné que le vendeur de biens en inventaire est, par définition, un vendeur professionnel et donc présumé connaître le défaut, il devra probablement verser des dommages-intérêts ainsi que des frais accessoires. Tous ces montants seront traités comme des dépenses courantes puisqu'ils sont une conséquence directe des activités génératrices de revenus de l'entreprise ou font partie de ses risques normaux. De plus, ils ne confèrent pas d'avantage durable à l'entreprise. Comme aucune restriction n'est prévue pour les dédommagements versés pour des préjudices autres que ceux causés au bien vendu, ils seront aussi déductibles.

En résumé, la présence d'un vice caché dans un immeuble acquis n'a pas de conséquence fiscale pour l'acheteur, si ce n'est le fait de recevoir des dédommagements plutôt que de tirer un revenu de bien ou d'entreprise ou d'obtenir un gain en capital. Par contre, pour le vendeur, il y a plusieurs conséquences fiscales. Ainsi, lorsqu'un vendeur dispose d'un immeuble-immobilisation qui comporte un vice caché, il voit ses frais de correction qui sont normalement des dépenses de nature courante se transformer en perte en capital. Il peut aussi être appelé à déboursier des frais accessoires qui seront aussi considérés comme des pertes en capital, certains frais pouvant même se transformer en perte nette non déductible. Enfin, il devra s'assurer de générer du gain en capital pour compenser la perte en capital dans les délais prescrits. Quant au vendeur d'un immeuble en inventaire qui ne corrige pas le défaut avant de vendre l'immeuble, les dédommagements versés pourront être considérés comme des dépenses courantes, mais comme le vendeur est un professionnel, ils seront majorés de divers dommages-intérêts et de frais complémentaires. Par conséquent, dans l'un et l'autre cas, les vendeurs sont incités à corriger le défaut avant de vendre l'immeuble.

Pour conclure, il est surprenant que des contribuables qui ont commis un délit en ne dénonçant pas un défaut qu'ils connaissaient ou étaient présumés connaître puissent transformer leur pénalité soit en perte de capital, soit en dépense déductible. L'affaire *McNeill* a peut-être tranché cette question mais le législateur fiscal est toujours demeuré silencieux.

ANNEXE

Critères pour déterminer la nature d'une dépense de « rénovation »

L'acheteur qui procède lui-même aux travaux de correction du vice caché peut vouloir profiter de l'occasion pour apporter des améliorations à l'immeuble acquis. Il devra alors établir un budget selon que les dépenses seront remboursées par le vendeur ou à ses frais. Or, seules les dépenses engagées pour compenser les préjudices subis par l'acheteur en raison du vice caché peuvent être remboursées par le vendeur. Cela exclut toute dépense engagée pour améliorer l'immeuble. Les tribunaux ont souvent été appelés à distinguer les frais visant à compenser les préjudices subis à cause du vice caché et les dépenses d'amélioration. Pour déterminer la nature des montants engagés, ils ont établi quelques critères en guise de marche à suivre²⁰⁴.

Démarche – Les tribunaux déterminent d'abord si les travaux ont eu pour effet de modifier l'état d'origine du bien, c'est-à-dire de créer un bien nouveau ou différent ou s'ils ont eu pour seul effet l'entretien du bâtiment. Ensuite, ils s'interrogent sur l'intention du contribuable : ce dernier avait-il l'intention de créer un nouveau bien ou voulait-il seulement entretenir le bien existant? En jurisprudence, il est arrivé que la dépense engagée par un contribuable qui avait créé un bien nouveau soit quand même admise par le tribunal parce que ce dernier était d'avis que l'intention première du contribuable n'était pas de créer un bien nouveau mais de résoudre un problème urgent. La décision *Gold Bar*²⁰⁵ de la division de première instance de la Cour fédérale illustre une telle situation.

Dans cette affaire, alors que des briques se détachaient de la façade d'un immeuble et risquaient de tomber sur les passants, le contribuable remplaça le parement de briques par un parement en aluminium, ce qui créa un bien nouveau. Le juge Jérôme accepta la déduction parce que, a-t-il dit, l'intention première du contribuable était de résoudre une situation dangereuse plutôt que d'améliorer le bien. Dans ce cas, le tribunal n'a pas poussé son analyse plus loin.

²⁰⁴ Même si certaines décisions présentées sont anciennes, nous considérons qu'il est nécessaire de les mentionner puisqu'elles représentent des décisions-clés en matière de détermination de la nature d'une dépense.

²⁰⁵ Précité, note 92.

Cependant, il est fréquent que les tribunaux doivent examiner et pondérer un certain nombre de facteurs et de circonstances pour établir si les rénovations ont eu pour effet de créer un bien nouveau ou d'entretenir le bien existant. Les principaux facteurs examinés sont les suivants :

- avantage durable;
- entretien ou amélioration;
- partie intégrante ou bien séparé;
- valeur relative des dépenses;
- technologie utilisée pour réaliser les travaux²⁰⁶.

Avantage durable – Une dépense faite « une fois pour toutes » ou en vue de créer un avantage durable au bénéfice d'une entreprise est habituellement considérée comme une dépense en capital. En revanche, une dépense engagée pour remplacer ou renouveler une composante d'un bien dont l'utilité est de courte durée sera considérée comme une dépense courante.

Déjà en 1951, dans l'affaire *Blanche Morel c. MRN*²⁰⁷, la Commission d'appel de l'impôt indiquait de façon non équivoque qu'une dépense faite « une fois pour toutes » ou qui conférerait un avantage durable à un contribuable était une dépense en capital.

Le facteur de l'avantage durable a été officiellement établi par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MRN c. Haddon Hall Realty Inc.*²⁰⁸ Dans cette affaire, la contribuable avait fait l'acquisition de réfrigérateurs, de cuisinières et de stores vénitiens pour un immeuble d'appartements dans le but de remplacer son mobilier devenu vétuste et de continuer à louer ses appartements. La Cour a établi qu'il s'agissait de dépenses en capital parce qu'elles avaient été faites une fois pour toutes et qu'elles conféraient ainsi un

²⁰⁶ *Shabro Investments Limited c. La Reine*, 79 D.T.C. 5104 (C.A.F.) (« *Shabro* »); *Marklib Investments II-A Limited c. La Reine*, 2000 D.T.C. 1413 (C.C.I.).

²⁰⁷ 5 Tax A.B.C. 213 (C.A.I.).

²⁰⁸ [1962] R.C.S. 109.

avantage durable à l'immeuble²⁰⁹. Depuis, ce facteur est un des motifs les plus fréquemment cités pour justifier la nature capital d'une dépense²¹⁰.

Entretien ou amélioration – Les tribunaux cherchent à établir si les dépenses ont été engagées dans le but de restaurer le bien ou de le transformer. Ainsi, une dépense engagée dans le seul but de restaurer un bien pour le ramener à son état d'origine indique qu'il s'agit d'une dépense courante; par contre, une dépense qui a pour résultat d'améliorer sensiblement le bien par rapport à ce qu'il était à l'origine est une dépense en capital.

Dans l'affaire *Chambers c. Canada*²¹¹, le juge Brûlé accepte la déduction de dépenses qui ont permis de conserver l'immeuble dans un état identique à celui dans lequel il se trouvait avant les réparations.

Partie intégrante ou bien séparé – Les tribunaux chercheront à établir si la dépense a été engagée pour acquérir une pièce en vue de réparer un bien ou pour acquérir un bien distinct. Dans le premier cas, la dépense sera vraisemblablement de nature courante alors que dans le second, elle sera de nature capital.

Dans l'arrêt *Canada Steamship Lines Ltd. c. MRN*²¹², le contribuable demandait la déduction des dépenses engagées pour remplacer les ponts et une chaudière d'un navire. Le juge Jockett de la Cour de l'Échiquier accepta la déduction de la première dépense parce que les ponts étaient des pièces intégrantes du navire, qui ne pouvaient exister en dehors de celui-ci; mais il refusa la deuxième parce que la chaudière pouvait avoir une existence distincte du bateau même si elle constituait la pièce par laquelle le bateau était propulsé.

²⁰⁹ *Id.*, par. 6 et suiv.

²¹⁰ Dans l'affaire *Earl*, précité, note 94, le contribuable réclamait la déduction des dépenses engagées pour remplacer le toit plat de son immeuble par un toit en pente. Le juge Rowe refusa la déduction parce que les réparations consistaient en une amélioration durable qui faisait de l'immeuble un bien différent. De même, dans l'affaire *Vancouver Tugboat Co. Ltd. c. MRN*, [1957] C.T.C. 178 (C. de l'É.), la déduction des dépenses effectuées pour acheter, transporter et installer un nouveau moteur dans un remorqueur était refusée par le juge Thurlow pour des raisons semblables. L'installation d'un nouveau moteur conférait au remorqueur un avantage durable, le juge était d'avis que la dépense était faite une fois pour toutes.

²¹¹ [1997] A.C.I. n° 1244 (« *Chambers* »).

²¹² [1966] C.T.C. 255 (C. de l'É.).

Valeur relative des dépenses – Bien que ce critère ne soit pas nécessairement décisif en tout temps, les tribunaux cherchent à établir le rapport entre le montant des dépenses engagées et la valeur du bien ou entre le montant des dépenses engagées et les frais d'entretien et de réparations moyens habituellement engagés. Si le rapport est élevé, ils auront tendance à considérer les dépenses comme des dépenses en capital; dans le cas contraire, ils auront tendance à les considérer comme des dépenses courantes. Le montant des dépenses engagées pour mener à terme une accumulation de petits travaux dont le coût de chacun aurait été considéré comme des dépenses courantes ne change pas la nature par le fait qu'ils sont tous réalisés en même temps, quel que soit leur coût total²¹³.

Technologie utilisée – L'utilisation d'une nouvelle technologie de construction pour réparer un défaut dans un immeuble est une dépense en capital sauf si cette réparation est effectuée à l'aide d'une technique qui n'existait pas au moment de la construction originale.

Ainsi, dans l'affaire *Shabro*²¹⁴, alors qu'il fallait remplacer le soutènement de béton qui s'enfonçait dans le sol, le contribuable choisit d'installer un plancher de béton armé coulé en usine sur des pieux enfoncés jusqu'au sol solide. Le juge Jackett de la Cour d'appel fédérale refusa la déduction parce que la conception, la technique et la construction utilisées étaient tout à fait différentes de celles du vieux plancher détruit, ce qui conférait un avantage durable à l'immeuble. Dans son jugement, il dira que cette technique de construction a eu pour effet de transformer en dépense en capital une dépense qui aurait pu être considérée comme une dépense courante²¹⁵.

Position du Québec – Au Québec, les critères tels que l'avantage durable, la partie intégrante ou séparée, l'entretien ou l'amélioration, la valeur relative ou la technologie utilisée ne sont pas pertinents. En effet, depuis l'arrêt *Goyer*²¹⁶, la nature des dépenses repose exclusivement sur le concept de valeur normale de l'immeuble, c'est-à-dire la valeur qu'aurait l'immeuble s'il était en très bon état²¹⁷. Dans l'affaire *Goyer*, il s'agissait

²¹³ *Id.*

²¹⁴ Précité, note 206.

²¹⁵ *Id.*, par. 22.

²¹⁶ Précité, note 95.

²¹⁷ REVENU QUÉBEC, précité, note 103.

d'établir la nature des dépenses engagées pour changer les portes, les fenêtres, les balcons et la tuyauterie d'un immeuble vétuste. Dans son jugement, le juge Vallerand de la Cour d'appel du Québec déclare ceci :

« [...] aussi longtemps qu'on ne crée pas un bien capital nouveau, qu'on n'accroît pas la valeur capitale normale du bien et qu'on ne remplace pas un bien disparu par un autre, il s'agit de réparation et d'entretien tendant à ramener le capital à sa valeur précisément normale. »

À plusieurs reprises, ce principe a été repris par les tribunaux du Québec, notamment dans l'affaire *Pinel*²¹⁸. Dans cette affaire, un contribuable engagea des dépenses de 43 444 \$ dans un immeuble acquis pour 120 000 \$. Les dépenses visaient la réfection de la toiture, le remplacement des fenêtres, des portes extérieures, des armoires de cuisine et du couvre-plancher ainsi que la réparation du plafond, d'une partie de la plomberie et de l'escalier extérieur. Bien que la valeur relative des travaux ait été élevée par rapport au prix d'achat de l'immeuble, le juge Laforest de la Cour du Québec mentionna ce qui suit :

« En se référant aux critères établis par l'arrêt *Goyer* [...], la toiture, les escaliers, les fenêtres, les portes, les plafonds, les murs, les planchers, les armoires, les escaliers, la tuyauterie et l'électricité "*ne constituent pas le bien capital mais uniquement de ses composantes intégrantes à telle enseigne que de les remplacer n'est pas remplacer le bien capital lui-même mais simplement le réparer*". Par ses travaux, l'appelant ne crée pas un bien capital nouveau, il n'accroît pas la valeur capitale normale, il ne remplace pas un bien disparu par un autre. Ainsi, il s'agit de travaux d'entretien et de réparation tendant à ramener le capital à sa valeur précisément normale²¹⁹. »

Néanmoins, si un particulier ne se limite pas à réparer le défaut mais crée quelque chose de différent, les dépenses seront des dépenses en capital. De même, si l'immeuble a été acquis à un prix en deçà de sa valeur normale, les dépenses engagées pour ramener la valeur de l'immeuble à sa valeur normale seront des dépenses en capital puisqu'elles viennent rajuster le PBR de l'immeuble à la valeur qu'il aurait dû avoir si l'immeuble avait été payé à sa valeur normale. Dans l'affaire *Desrochers*²²⁰, le contribuable avait acquis un immeuble à un prix inférieur à sa valeur normale. Dans son jugement, le

²¹⁸ Précité, note 95.

²¹⁹ Bien qu'au moment de sa publication, la décision *Pinel* ait soulevé la controverse dans le milieu fiscal québécois, elle n'a eu qu'un faible apport quant à la détermination de la nature des dépenses puisque les tribunaux québécois et Revenu Québec se sont toujours référés à l'arrêt *Goyer* de la Cour d'appel du Québec en ce domaine.

²²⁰ Précité, note 100.

juge Paradis conclura ainsi : « L'immeuble a été acquis à [...] un prix tout à fait justifié en regard de son état. Les dépenses encourues pour les [sic] remettre en bon état et le ramener à sa valeur normale sont des dépenses en capital [...] »²²¹.

Le *Bulletin d'interprétation* IMP. 128-4/R2²²² reprend intégralement les principes énoncés dans l'arrêt *Goyer* et présente celui-ci comme représentant la politique québécoise de déductibilité des dépenses.

Enfin, même si au Québec l'arrêt *Goyer* conclut à la déduction des dépenses de rénovation, la Cour canadienne de l'impôt a indiqué dans l'affaire *Earl*²²³ qu'elle ne suivrait pas la décision *Goyer*. Au paragraphe 13 de sa décision, le juge Rowe précise qu'en principe, il n'y a pas de différence entre les dépenses engagées dans l'affaire *Goyer* et celles engagées dans l'affaire *Earl*; l'objectif des contribuables était, dans les deux affaires, de conserver leur actif générateur de revenus. Mais, indique-t-il, en faisant abstraction de l'affaire *Goyer*, l'approche des tribunaux canadiens est constante lorsqu'il s'agit de déterminer la nature d'une dépense et, selon leur approche, les dépenses engagées dans l'affaire *Earl* sont de nature capital²²⁴.

Cette analyse illustre qu'il existe une différence notable entre l'approche adoptée par les tribunaux canadiens et celle empruntée par les tribunaux du Québec. Ainsi, alors que les premiers cherchent à établir si la correction du vice a entraîné la création d'un bien nouveau ou un avantage durable pour l'entreprise du contribuable payeur²²⁵, les seconds se demandent si la correction du vice a eu pour effet d'augmenter la valeur normale du bien immobilier.

²²¹ *Id.*, par. 51.

²²² REVENU QUÉBEC, précité, note 103, par. 8-11.

²²³ *Earl*, précité, note 94, par. 13.

²²⁴ Au paragraphe 13, il est indiqué ce qui suit :

« [...] In principle, there is no real difference between the installation of a new roof and the expenditures in *Goyer*, when the purpose was to maintain the asset in its normal revenue-producing condition. However, with the exception of the decision in *Goyer*, the line of authority is consistent that work of the nature undertaken by the appellant will, barring unusual circumstances, be regarded as capital in nature. »

²²⁵ Comme le dit le juge Brulé dans l'affaire *Chambers*, précité, note 211 : « [...] le fait que la JVM s'accroisse ou non n'est pas important dans la décision ».

L'ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

NATURE ET MISSION DE L'ORGANISME

L'APFF est un organisme à but non lucratif, indépendant et non gouvernemental, dédié à l'avancement et à la diffusion des connaissances ainsi qu'à l'amélioration des compétences de ses membres en matière de fiscalité. L'APFF réunit des professionnels de disciplines diverses, issus de tous les secteurs d'activités de l'économie.

EFFECTIFS

L'APFF regroupe des professionnels issus de différentes disciplines, principalement des comptables, avocats, conseillers en sécurité financière, notaires et planificateurs financiers. De plus, elle répond aux besoins des économistes, administrateurs agréés, conseillers en placement, banquiers et actuaires, de même qu'à ceux de toute personne intéressée directement ou indirectement au domaine de la planification fiscale et financière.

L'APFF compte près de 2 500 membres.

ACTIVITÉS DE FORMATION

L'APFF organise, dans quatre régions administratives du Québec, des séminaires, colloques, symposiums et d'autres conférences, animés par des conférenciers chevronnés, sur toutes les dimensions de la planification fiscale et financière.

L'APFF donne également, à raison de deux sessions par année, des cours en fiscalité (**Impôt des sociétés** – séries 1 et 2; **Planification fiscale et financière des particuliers** – séries 3 et 4; **TPS et TVQ** – série 5; **Fiscalité internationale** – série 6, incluant volumes et service de mise à jour dans chacun des cas). Ces cours sont également offerts en ligne.

En octobre, l'APFF tient son congrès annuel de trois jours, en alternance entre Montréal, Québec et Gatineau.

PUBLICATIONS

L'APFF publie annuellement de nombreux ouvrages couvrant tous les aspects de la planification fiscale, successorale et financière.

Les membres de l'APFF reçoivent électroniquement, depuis 2010, la **Revue de planification fiscale et financière**, le **Livre du Congrès** ainsi que le magazine **Stratège**. Le résumé des budgets des gouvernements du Québec et du Canada est présenté sur le site Internet de l'APFF le lendemain des budgets.

Un bulletin d'information consacré à l'actualité fiscale, le **Flash fiscal**, maintenant compris avec l'adhésion, est publié environ 20 fois par année, habituellement toutes les deux semaines. Des numéros spéciaux paraissent également le lendemain des budgets fédéral et provincial ainsi qu'à l'occasion du congrès annuel.

Toutes les publications de l'APFF, depuis sa fondation, sont également répertoriées dans un recueil intitulé **Liste des publications**.

Depuis octobre 1998, un service d'information fiscale électronique, la **Collection APFF**, est offert sur CD-ROM ou par Internet. Cette collection présente la documentation émise par l'APFF (depuis 1991, les textes des congrès, des colloques, de la *Revue de planification fiscale et financière* et, depuis 2002, les textes du magazine *Stratège* et des cours en fiscalité des séries 3 et 4). La **Collection APFF** comprend un volet « Planification financière, retraite et succession » et un volet « Impôt et taxes ». Quatre mises à jour sont prévues chaque année. La **Collection APFF** est commercialisée par la société Publications CCH ltée et est vendue par abonnement, en communiquant avec un représentant au numéro sans frais 1 800 363-8304.

ADHÉSION

Toute personne qui désire devenir membre de l'APFF peut le faire en se rendant sur le site Internet de l'APFF (www.apff.org).

MEMBRES CORPORATIFS DE L'APFF

L'APFF accueille, à titre de membres corporatifs, plus de 70 entreprises provenant de différents secteurs d'activités et ordres professionnels.

Toutes les entreprises désirant participer à l'essor de la planification fiscale et financière peuvent le faire en adhérant à l'APFF par une contribution de **1 300 \$** + taxes = 1 481,03 \$ annuellement, sous forme de cotisation de membre corporatif, à l'APFF.

SIÈGE SOCIAL DE L'APFF

Le siège social de l'APFF est situé au 1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660, Montréal, Québec, H3B 4N4

Téléphone : (514) 866-2733 ou (sans frais) 1 877 866-2733

Internet : www.apff.org – Courriel : apff@apff.org

**L'APFF SE VEUT UN PHARE DE PROGRÈS DANS LE DOMAINE
DE LA PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE POUR
L'ENSEMBLE DE LA COMMUNAUTÉ**

**CONSEIL D'ADMINISTRATION
2011-2012**

Président du conseil

Maurice Fréchette, CGA
Power Corporation du Canada

Vice-président

René Roy, avocat, CA
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Secrétaire

Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Gestion privée de patrimoine CIBC

Trésorier

Stéphane Leblanc, CA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Présidente sortante

Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A, Pl. Fin., AVA, TEP, FCSI
Option Fortune, cabinet de services financiers

Membres

Éric Brassard, CA, Pl. Fin.

Brassard Goulet Yargeau, Services financiers intégrés

Andrée Couture, BAA, AVA, Pl. Fin., FLMI
Conseils PPI

Benoît Desjardins, CA, M. Fisc.

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

Carl Deslongchamps, D. Fisc.

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

Éric Labelle, avocat

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

Martin Lord, avocat, M. Fisc., TEP

Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats

Alain Ménard, avocat, BA, MBA

Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l./Avocats

Diane Tsonos, avocate, TEP

RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

Président-directeur général

Maurice Mongrain, avocat
APFF

**MEMBRES CORPORATIFS APFF
2012-2013**

AGENCE DU REVENU DU CANADA

ALMA CONSULTING GROUP CANADA INC.

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES
DE PERSONNES INC.

AXA ASSURANCES INC.

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA

BANQUE NATIONALE GESTION PRIVÉE 1859

BDO CANADA S.R.L./S.E.N.C.R.L.

BELL CANADA

BMO BANQUE PRIVÉE HARRIS

BMO SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-VIE

BOILY HANDFIELD, CA

BRASSARD GOULET YARGEAU, SERVICES FINANCIERS
INTÉGRÉS

CANADIEN NATIONAL

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON REUTERS

CENTRE QUÉBÉCOIS DE FORMATION EN FISCALITÉ – CQFF INC.

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

CIRQUE DU SOLEIL

CONSEILS PPI

DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L.

DEMERS BEAULNE S.E.N.C.R.L.

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – MONTRÉAL

DUFOUR CHARBONNEAU BRUNET & ASSOCIÉS INC.
COMPTABLES AGRÉÉS

DYNAVISON/RS & DE

ENGEL CHEVALIER – PROTECTION DU PATRIMOINE

ERNST & YOUNG S.R.L./S.E.N.C.R.L.

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC

FINANCIÈRE MANUVIE

FINANCIÈRE SUN LIFE

FISC-CAP, SERVICES CONSEILS INC.

FORCE FINANCIÈRE EXCEL INC.

FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

GALLANT & ASSOCIÉS S.E.N.C.R.L.

GAZ MÉTRO

GESTION PLACEMENTS DESJARDINS

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC

GROUPE CLOUTIER INC.

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA

HARDY, NORMAND & ASSOCIÉS, S.E.N.C.R.L. CA

INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES
FINANCIERS INC.

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE

INTACT CORPORATION FINANCIÈRE

INVESTISSEMENT QUÉBEC

INVESTISSEMENTS MANUVIE

JARRY BAZINET AVOCATS & CONSEILLERS D’AFFAIRES INC.

KPMG S.R.L./S.E.N.C.R.L.

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.

LA COMPAGNIE D’ASSURANCE DU CANADA SUR LA VIE

LA COOP FÉDÉRÉE

LAVERY

LE GROUPE CSL INC./CANADA STEAMSHIP LINES INC.

LEMIEUX CANTIN S.E.N.C.R.L.

LEMIEUX NOLET, COMPTABLES AGRÉÉS S.E.N.C.R.L.

OPTION FORTUNE, CABINET DE SERVICES FINANCIERS

ORDRE DES CGA DU QUÉBEC

ORDRE DES COMPTABLES EN MANAGEMENT ACCRÉDITÉS
DU QUÉBEC

OSLER, HOSKIN & HARCOURT S.E.N.C.R.L./S.R.L.

PETRIE RAYMOND, CA S.E.N.C.R.L.

POWER CORPORATION DU CANADA

PREMTEC – GÉNIE-CONSEIL EN CRÉDITS D’IMPÔT DE R & D

PUBLICATIONS CCH LTÉE

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON S.E.N.C.R.L.

RICHARDSON GMP LTÉE

RIO TINTO CANADA

RSM RICHTER CHAMBERLAND S.E.N.C.R.L.

SAMSON BÉLAIR/DELOITTE & TOUCHE S.E.N.C.R.L.

SERVICES DE GESTION DE PATRIMOINE RBC/DOMINION
VALEURS MOBILIÈRES

T.E. MIRADOR

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL – DIVISION DES DONS MAJEURS
ET PLANIFIÉS

VILLENEUVE VENNE S.E.N.C.R.L. SOCIÉTÉS DE CA ET
D'AVOCATS