

20

C O N G R È S

09

09

09

09

apff

association
de planification
fiscale et financière



congrès 2009

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

Pour la publication du Livre du congrès 2009, l'APFF innove en présentant une version électronique (CD-ROM).

À titre informatif

- En appuyant sur l'icône Signets à la gauche du document à l'écran, le lecteur a accès rapidement à la quasi-totalité du contenu de l'ouvrage.
- Ou encore, par un simple clic, la table des matières générale donne accès, entre autres éléments, à la table des auteurs, où l'on peut cliquer sur le nom d'un conférencier, ce qui fera apparaître son texte, lequel est précédé d'une table des matières où chaque grande section est activée.

Cette publication doit être citée : *Congrès 2009*

Avertissement au lecteur

Ces conférences ont été prononcées en octobre 2009, lors du 34^e congrès annuel de l'APFF.

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

© 2010, Association de planification fiscale et financière

Tous droits réservés. La reproduction ou transmission, sous quelque forme ou par quelque moyen (électronique ou mécanique, y compris la photocopie, l'enregistrement ou l'introduction dans tout système informatique de recherche documentaire) actuellement connu ou non encore inventé, de toute partie de la présente publication, faite sans le consentement écrit de l'éditeur est interdite sauf dans le cas où quelqu'un désire citer de courts extraits. Dans ce dernier cas, mention doit absolument être faite et de l'auteur et du livre *Congrès 2009* comme source de référence.

ISBN 978-2-920098-04-6

Dépôt légal, 3^e trimestre 2010
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

Table des matières générale

	page
Message du président-directeur général	V
Comité du Congrès 2009	VII
Équipe de l'APFF 2009	VIII
Conseil d'administration de l'APFF 2009-2010	IX
Membres corporatifs et leurs délégués principaux 2009	X
Commanditaires 2009	XIX
Table des auteurs	XXI
Table par titres de conférences, tables rondes et études de cas	XXIX
Index par articles de lois et de règlements	XXXV

MESSAGE DU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL



Maurice Mongrain

Avocat
Président-directeur général
APFF

Le Congrès 2009 de l'APFF, qui s'est tenu à Montréal sous la coprésidence de M^{me} Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM, conseillère en sécurité financière chez Option Fortune inc. et de M. Maurice Fréchette, CGA, directeur de la fiscalité chez Power Corporation du Canada, appuyés par les membres du comité organisateur, fut une grande réussite à tous les points de vue.

L'organisation du congrès fut un exemple d'ordre et d'efficacité, et les commentaires élogieux reçus de nos membres démontrent à quel point le programme du congrès répondait bien à leurs besoins et à leurs attentes. D'ailleurs, environ 800 personnes ont assisté au Congrès 2009, ce qui constitue un record dans les annales de l'APFF.

Nous remercions M^{me} Girard-Plouffe et M. Fréchette ainsi que les membres du comité organisateur de leur excellent travail et du temps qu'ils ont consacré à la préparation de cet événement. Nous remercions également nos

invités d'honneur et nos conférenciers de leur dévouement et de leur professionnalisme, et nos commanditaires de la générosité dont ils ont fait preuve. Nous nous permettons d'insister, de plus, sur l'apport indispensable des employés de l'APFF, notamment sur la contribution de l'équipe de l'édition qui révisé les textes, sans qui le congrès de l'APFF et la publication de cet ouvrage ne pourraient se faire. Nous les en remercions.

Nous vous souhaitons bonne lecture et vous invitons à vous joindre à nous à Montréal les 6, 7 et 8 octobre prochain pour le 35^e congrès annuel de l'APFF.

Maurice Mongrain
Président-directeur général
APFF

Comité du Congrès 2009

COPRÉSIDENT

Maurice FRÉCHETTE, CGA – Power Corporation du Canada

COPRÉSIDENTE

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

MEMBRES DU COMITÉ

Gaétan BISSON, CA, M. Fisc. –

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

Guy CHABOT, FCA – Mallette s.e.n.c.r.l.

Gilles CHEVALIER, Pl. Fin. –

Engel, Chevalier – Protection du patrimoine inc.

Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS fisc. –

Directrice des services professionnels – APFF

Gil DEMERS, CA, M. Fisc. – Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.

Renée GALLANT, CA, M. Fisc. – Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.

Sylvie GARON, CGA, CMA, M. Fisc. – Mazars Harel Drouin, s.e.n.c.r.l.

Paule GAUTHIER, CA, LL.M. fisc., TEP –

RBC Dominion Valeurs Mobilières

Daniel GOSSELIN, CGA, M. Fisc. –

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

Nathalie GOYETTE, avocate, M. Fisc. –

Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.

Jean GROLEAU, avocat – Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.

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

Hugues LACHANCE, CA – KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Stéphane LEBLANC, CA – Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Nicolas LEGAULT, CMA, M. Fisc. – Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Marcel LEMAY, FCA – Hardy Normand & Associés, s.e.n.c.r.l.

Martin LORD, avocat, M. Fisc. –

Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats

Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP – Financière Sun Life

Alain MÉNARD, avocat, BA, MBA –

Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l.

Danièle MILETTE, M. Fisc. – Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Maurice MONGRAIN, avocat – Président-directeur général – APFF

Christopher R. MOSTOVAC, avocat – Starnino Mostovac s.e.n.c.

Hugo PATENAUDE, notaire, M. Fisc., TEP –

Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

René ROY, avocat, CA – Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.
Paul RYAN, avocat – Ravinsky Ryan Lemoine s.e.n.c.r.l.
Marc ST-ROCH, CA, M. Fisc. – L’Union des producteurs agricoles

Équipe de l’APFF – 2009

Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS fisc. –
Directrice des services professionnels
Jean FORTIN – Directeur des services aux membres
Diane GAGNON, avocate – Directrice de l’édition
Ginette LECLAIR – Adjointe à la direction
Susie LÉVEILLÉ – Directrice, développement des affaires
Nicole PARENT – Directrice, finances et comptabilité

Véronique AUBIN
Jean-François BLANCHETTE
Normand CHARPENTIER
Geneviève CÔTÉ
Mimi DERHY
Serge LAHAIE
Nathalie LÉVESQUE
Diane MARTIN
Marie-Andrée THÉORÊT

Ont participé à la préparation des textes en vue de la publication du livre
Congrès 2009

Jean-François BLANCHETTE
Geneviève CÔTÉ
Diane GAGNON
Diane MARTIN
Marie-Andrée THÉORÊT

Conseil d'administration de l'APFF – 2009-2010

M^{me} Renée GALLANT, CA, M. Fisc.
Présidente du conseil d'administration
Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.

M^{me} Anne-Marie GIRARD-PLOUFFE, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC,
FICVM
Vice-présidente du conseil d'administration
Option Fortune inc.

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

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

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

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

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

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

M. Stéphane LEBLANC, CA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

M^e André L'ESPÉRANCE, LL. L.
Banque Nationale Gestion privée 1859

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

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

M^e Diane TSONOS, avocate
RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

M^e Maurice MONGRAIN, avocat
Président-directeur général – APFF

Membres corporatifs et leurs délégués principaux – 2009

AGENCE DU REVENU DU CANADA

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

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES DE PERSONNES INC.

M. Yves Millette
Vice-président principal aux affaires québécoises

AXA ASSURANCES INC.

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

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA

M. Stéphane Lanthier, CGA, LL.M. fisc.
Vice-président, Fiscalité

BANQUE NATIONALE GESTION PRIVÉE 1859

M^c André L'Espérance, LL. L.
Président

BARREAU DU QUÉBEC

M^c Jacques Houle, avocat, MBA, CRIA
Directeur général

BDO DUNWOODY, S.R.L./LLP

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

BELL CANADA

M. Pierre Potvin, LL. B., CGA, M. Fisc.
Directeur, Fiscalité corporative

BMO SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-VIE

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

BOILY HANDFIELD, CA

M. Fernand Boily, CA
Associé

**BRASSARD GOULET YARGEAU, SERVICES FINANCIERS
INTÉGRÉS**

M. Éric Brassard, CA, Pl. Fin.
Président

CANADIEN NATIONAL

M^e Sean Finn, avocat
Vice-président exécutif services corporatifs, chef de la direction
des affaires juridiques et secrétaire général

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON REUTERS

M^e Mélanie Dansereau-Cahill, avocate
Directrice des publications – Fiscalité et Comptabilité

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE

M. Luc Labelle, M. Sc.
Vice-président exécutif

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

M^e Denis Marsolais, notaire
Président

CIRQUE DU SOLEIL

M. Raymond Cadieux, CGA
Conseiller principal en fiscalité corporative

CLOUTIER & BRISEBOIS, CA

M. Pierre-Yves Daoust, BAA, CGA
Fiscaliste

COMPAGNIE D'ASSURANCE CANADA-VIE

M. Phil Marsillo, AVA, Pl. Fin.
Vice-président principal, Distribution individuelle

CONSULTAXE LTÉE

M. Francis Boisvert, M.A., M. Fisc.
Président

DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L.

M^e Claude Désy, M. Fisc., FCA, avocat
Associé

DESJARDINS GROUPE D'ASSURANCES GÉNÉRALES

M^{me} Christiane LeBel, CA

Directrice principale de la fiscalité, des placements et
des comptes à payer

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – MONTRÉAL

M. Jean-Guy Grenier, BAA, CMC, Pl. Fin.

Conseiller principal en développement des affaires

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – QUÉBEC

M. André Huot, CA

Directeur principal, Fiscalité

**DUFOUR CHARBONNEAU BRUNET & ASSOCIÉS INC.,
COMPTABLES AGRÉÉS**

M^{me} Huguette Raymond, CGA, D. Fisc.

Associée

ENGEL, CHEVALIER – PROTECTION DU PATRIMOINE

M. Gilles Chevalier, Pl. Fin.

ERNST & YOUNG S.R.L./S.E.N.C.R.L.

M^{me} Danielle Laramée, CA

Associée

Directeur de la fiscalité pour l'Est du Canada

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC

M. Roger Champagne, CGA, Pl. Fin.

Vice-président Fiscalité, MCD

FINANCIÈRE BANQUE NATIONALE

M. Alain Legris, CA

Vice-président exécutif et
chef de la direction financière

FINANCIÈRE MANUVIE

M^{me} Diane Hamel, CGA

Vice-présidente adjointe, planification fiscale et successorale

**FINANCIÈRE SUN LIFE
SUN LIFE DU CANADA,
COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE**

M^e Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Conseillère principale en planification
Solutions en assurance personnes aisées

FISC-CAP SERVICES CONSEILS INC.

M. André Cyr, B. Comm.
Président

FONDATION DU GRAND MONTRÉAL

M^e Gaston Bouchard, Hon. B.A., LL. B., Pl. Fin.
Directeur, Planification des dons

FORCE FINANCIÈRE EXCEL

M. James McMahon, Pl. Fin.
Président-directeur général

GALLANT & ASSOCIÉS S.E.N.C.R.L.

M^{me} Renée Gallant, CA, M. Fisc.
Associée

GAZ MÉTRO

M^{me} Marie-Claude Gratton, CA
Conseillère senior, Gestion fiscale

GDTS S.E.N.C.R.L.

M. Luc Dupuis, CA, M. Fisc.
Associé

GESTION DE PATRIMOINE DUNDEE

M. Jean Rochon
Directeur, Placements

GESTION PLACEMENTS DESJARDINS

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

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC

M^{me} Annie Boivin, BAA, Pl. Fin., D. Fisc.
Conseillère en patrimoine, successions et fiducies

GROUPE ALTUS

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

GROUPE CLOUTIER INC.

M. Gilles Cloutier
Président

GROUPE DYNAVISION INC.

M. Romain Gagnon, ing.
Président et conseiller principal en recherche et technologie

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.

M. Guy Duhaime, AVC, Pl. Fin.
Président et chef de la direction

GROUPE FINANCIER STRATÈGE

M. Gabriel Couture
Conseiller en sécurité financière

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA

M. Jean-Paul Choucha
Chef et directeur général

GROUPE HLP

M. Yves Hamelin
Président

GROUPE RS & DE INC.

M. Marc Berthelet, Ph. D.
Vice-président, Expertises scientifiques

HARDY NORMAND & ASSOCIÉS S.E.N.C., CA

M. Marcel Lemay, FCA
Associé
Directeur du service de la fiscalité

HEC MONTRÉAL

Bureau de développement
M^{me} Jocelyne Gonthier
Directrice des dons majeurs et planifiés

**INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET
SERVICES FINANCIERS**

M^{me} Lyne Pelchat, CA
Directrice, Fiscalité

INTACT CORPORATION FINANCIÈRE

M. Yves Poulin, CMA
Vice-président, Fiscalité

INOTECH, EXPERTS-CONSEILS INC.

M. Alain Proulx, ing.
Président – Conseiller principal

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE

M. Robin W. De Celles, BAA, AVA, Pl. Fin.
Président

INVESTISSEMENT QUÉBEC

M. Denis Valois, économiste
Directeur des mesures fiscales

INVESTISSEMENTS MANUVIE

M^c Robert Laniel, notaire, Pl. Fin., DESS comm., DESS fisc.
Conseiller principal

JARRY BAZINET AVOCATS & CONSEILLERS D’AFFAIRES INC.

M^c Patrick Bazinet, avocat, LL.M. fisc.
Associé

KPMG S.R.L./S.E.N.C.R.L.

M. Denis Lacroix, notaire, M. Fisc.
Associé

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.

M^{me} Guylaine Ouellet, CA
Gestion financière

LA COOP FÉDÉRÉE

M. Yves Jasmin, CA, LL.M. fisc.
Directeur de la fiscalité

**LA SURVIVANCE, COMPAGNIE
MUTUELLE D'ASSURANCE-VIE**

M. Stéphane Rochon, B. Comm., AVA, Adm.A., RHU
Vice-président, Ventes et marketing
Assurance individuelle

LAVERY, DE BILLY S.E.N.C.R.L. AVOCATS

M^e Luc Pariseau, avocat, M. Fisc.
Associé

**LE GROUPE CSL INC.
CANADA STEAMSHIP LINES INC.**

M^{me} Sophie Brûlotte, CA
Directeur, Fiscalité et planification financière

**LOMBARD ODIER DARIER HENTSCHE (CANADA), SOCIÉTÉ EN
COMMANDITE**

M. Michel Di Grégorio
Président

MCLEAN BUDDEN LTÉE

M. Alexandre Legault, MBA, CFA
Vice-président et gestionnaire de portefeuilles

MORNEAU SOBECO

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

OPTION FORTUNE INC.

M^{me} Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM
Conseillère en sécurité financière

**ORDRE DES COMPTABLES EN MANAGEMENT
ACCREDITÉS DU QUÉBEC**

M. François Renaud, CMA
Président-directeur général

**ORDRE DES COMPTABLES GÉNÉRAUX
LICENCIÉS DU QUÉBEC**

M^{me} Paulette Legault, CGA
Présidente-directrice générale

OSLER, HOSKIN & HARCOURT S.E.N.C.R.L./S.R.L.

M^e François Auger, avocat, CA
Associé

PINCHEVSKY & CO CONSEILLERS EN RS & DE

M. Marcel Pinchevsky, B. Ing., MBA
Président

POWER CORPORATION DU CANADA

M. Maurice Fréchette, CGA
Directeur de la fiscalité

PPI QUÉBEC INC.

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

PREMTEC – FIRME D'INGÉNIERIE

Génie-conseil en crédits d'impôt RS & DE
M. Jean-François Clément, ing.
Président

PUBLICATIONS CCH LTÉE

M. Michel Masse
Vice-président

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON S.E.N.C.R.L.

M. Jean Gauthier, CA, M. Fisc.
Associé

RBC GESTION PRIVÉE

M^{me} Anne-Marie David
Vice-présidente régionale

RIO TINTO CANADA

M. Jocelin Paradis
Vice-président, Fiscalité Canada

RSM RICHTER CHAMBERLAND S.E.N.C.R.L.

M^{me} Diane Tsonos, BA, LL. B.
Associée

SAMSON BÉLAIR/DELOITTE & TOUCHE S.E.N.C.R.L.

M. Dominic Vendetti, CA
Associé
Leader de la fiscalité, Québec Centre
Services aux sociétés privées

T.E. MIRADOR

M^{me} Diane Henry, CA, M. Sc., Pl. Fin.
Vice-présidente et directrice générale régionale

TRANSAMÉRICA VIE CANADA

M^e Serge Lessard, avocat, Pl. Fin., FLMI
Spécialiste, Planification fiscale et successorale

TRANSCONTINENTAL INC.

M. Pierre Côté, CA, M. Fisc.
Directeur principal, Fiscalité

TRUST BANQUE NATIONALE

M^e Sophie Ducharme, notaire
Vice-présidente, Fiducie et succession

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

DIVISION DES DONS MAJEURS ET PLANIFIÉS

M^{me} Chantal Thomas, MBA
Directrice

VILLENEUVE VENNE S.E.N.C.R.L.

M^{me} Nancy Nerone, LL.M. fisc.
Directrice du service de la fiscalité

Nous tenons à remercier sincèrement tous nos commanditaires qui ont contribué par leur participation financière à la réussite de ce 34^e congrès annuel.

Commanditaires – 2009

Commanditaire principal	CCH, une société Wolters Kluwer
Déjeuner des congressistes du 8 octobre	Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Banquet de la Présidente	Power Corporation du Canada Banque Nationale du Canada
Écritaires des congressistes	Financière Sun Life
Location des salles de conférences et équipement audiovisuel	Fédération des caisses Desjardins du Québec
Salle Internet et panneaux des activités quotidiennes	Financière Manuvie
Centres de table au Banquet de la Présidente	Option Fortune inc.
Pauses santé	CCH, une société Wolters Kluwer Engel Chevalier – Protection du patrimoine
Cordons pour badges	Revenu Québec
Blocs-notes insérés dans l'écritoire	Ordre des CGA du Québec
Cocktail des Présidents du Congrès	PricewaterhouseCoopers s.r.l.
Salon des conférenciers	Autorité des marchés financiers
Écrans indicatifs des conférences et conférenciers	Heenan Blaikie s.r.l.

Étiquettes d'identification
pour écrivain

Osler, Hoskin & Harcourt s.e.n.c.r.l./s.r.l.

Kiosques

Agence du revenu du Canada
Carswell, une société Thomson Reuters
Commissaire au lobbyisme du Québec
Odotrack
Publications CCH
Revenu Québec
Université de Sherbrooke

Tables réservées au banquet

Barsalou Lawson Avocats
Ordre des CGA du Québec
Publications CCH, une société Wolters Kluwer

Articles promotionnels

Carswell
Fonds de solidarité FTQ
RSM Richter Chamberland

Table des auteurs

ALLARD, Pierre T.

*Mini-thématique – Opportunités de planification
en période de difficultés financières.....* 51:1-88

BARSALOU, Pierre

*Prix de transfert – Vérification, cotisation
et opposition : comment se défendre* 14:1-44

BEAUCHAMP, Michel

Quand le fisc est le principal créancier 4:1-30

BEAUVAIS, Paul

*Étude de cas – Entreprise en difficultés financières :
pièges et solutions* 50:1-10

BÉDARD, François

Table ronde sur la fiscalité provinciale 48:1-72

BÉLANGER, Lucie

Table ronde RS & DE 35:1-30

BÉLANGER, Marc-André

*Les règles de conversion applicables aux fiducies
de revenu* 37:1-30

BLOOM, Brian

*Groupe consultatif sur le système canadien
de fiscalité internationale.....* 9:1-40

BORDELEAU, François

Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 49:1-90

BOUCHARD, Mathieu

Modification et rectification des contrats 31:1-22

BOUCHER, Joël L.

*Disposition par une personne non résidente d'un bien
canadien imposable : où en sommes-nous?* 12:1-18

BOURGEOIS, Pierre

*Le cinquième protocole modifiant la Convention fiscale
entre le Canada et les États-Unis – Une mise à jour* 39:1-40

CARBONNEAU, Guy

La fiscalité manufacturière, un secteur à redécouvrir 19:1-54

CHEVALIER, Gilles

L'évolution des prêts leviers en assurance vie 46:1-32

CLOUTIER, Nicolas X.

Évolution de la notion de contrôle 29:1-22

DANSEREAU, Pierre J.

*L'effritement du secret fiscal – Fonds détenus
à l'étranger* 41:1-34

DAVIDSON, Céline

Table ronde sur la fiscalité provinciale 48:1-72

DESJARDINS, Christian

Gain sur règlement de dette 6:1-32

DESROSIERS, Marc

*Faire affaire à l'étranger – Liste de contrôle
et pièges à éviter*..... 10:1-46

DESRUISSEAU, Sonya

*Faire affaire aux États-Unis – Éléments de base
et nouveautés de 2009* 15:1-24

DOUCET, Jason

*Prêts, pas prêts... j'arrive! Les incidences des IFRS
sur la fiscalité* 28:1-40

DROUIN, Jean-François

Table ronde sur la fiscalité provinciale 48:1-72

DUONG, Robert

*Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières
et des produits financiers* 47:1-58
Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 49:1-90

DUPRAS, Anne-Marie

La déduction pour gains en capital – Une mise à jour 20:1-52

EVERETT, Peter <i>L'évolution des prêts leviers en assurance vie</i>	46:1-32
FLEURY, Pierre <i>Interprétations techniques</i>	25:1-78
FORTIER, Liliane <i>Survol des règles sur la minimisation des pertes</i>	7:1-42
FORTIN, Henri-Louis <i>Table ronde sur la fiscalité provinciale</i>	48:1-72
FOURNIER, Alain <i>Consolidation des pertes dans un groupe de sociétés</i>	5:1-46
FOURNIER, Olivier <i>Évolution de la notion de contrôle</i>	29:1-22
FOURNIER, Serge <i>Quand le fisc est le principal créancier</i>	4:1-30
GAGNON, Jocelyne <i>Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des produits financiers</i>	47:1-58
GALARNEAU, Danny <i>Jurisprudence fiscale récente</i>	30:1-54
GALLANT, Renée <i>Table ronde RS & DE</i>	35:1-30
GAUTHIER, Paule <i>Pièges et opportunités de planification pour les citoyens américains vivant au Canada</i>	33:1-42
<i>Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des produits financiers</i>	47:1-58
GIROUARD, Yves <i>Méthodes d'évaluation de la valeur marchande d'une assurance vie</i>	45:1-50
GODIN, Alain <i>Table ronde sur la fiscalité fédérale</i>	49:1-90

GOSSELIN, Daniel <i>Table ronde sur la fiscalité provinciale</i>	48:1-72
GOULET, Guy <i>Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des produits financiers</i>	47:1-58
GROLEAU, Jean <i>Jurisprudence administrative récente</i>	44:1-20
GRONDIN, Yves-André <i>Entreprises de services faisant affaire au Canada et à l'étranger</i>	11:1-56
GUIMONT, Amélie <i>Groupe consultatif sur le système canadien de fiscalité internationale</i>	9:1-40
HAMEL, Diane <i>Méthodes d'évaluation de la valeur marchande d'une assurance vie</i>	45:1-50
HANLON, Michael J. <i>Approche critique sur les techniques de protection d'actifs en temps de crise financière</i>	3:1-26
HOTTE, Natalie <i>Régimes enregistrés au décès</i>	32:1-98
JANELLE, Maryse <i>Nouveautés et précisions en TPS/TVQ – Quoi de neuf en 2009?</i>	27:1-26
JAVELAS, Martine <i>Table ronde RS & DE</i>	35:1-30
JOLIN, Marc <i>L'examen testamentaire – Liste de contrôle</i>	21:1-70
LABBÉ, Lucie L. <i>Table ronde sur la fiscalité provinciale</i>	48:1-72
LACHANCE, Hugues <i>Perte au titre d'un placement d'entreprise – Une mise à jour</i>	8:1-32

LACHANCE, Stéphane

*Étude de cas – Entreprise en difficultés financières :
pièges et solutions* 50:1-10

LACROIX, Denis

*Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale
antiévitement* 24:1-36

LANIEL, Robert

*Pièges à éviter avec les fonds distincts – Comment
maximiser votre investissement* 34:1-16

LAREAU, Patrice

*Entreprises de services faisant affaire au Canada
et à l'étranger* 11:1-56

LEBLANC, Stéphane

Table ronde sur la fiscalité fédérale 49:1-90

LEFEBVRE, Wilfrid

Jurisprudence fiscale récente 30:1-54

LEGAULT, Marie-Andrée

Jurisprudence fiscale récente 30:1-54

LEGAULT, Nicolas

Nouveautés à surveiller en fiscalité internationale 40:1-20

LEITAO, Carlos

*Ce qu'il y a à retenir de la crise financière – Perspectives
économiques nord-américaines* 1:1-14

LEMAY, Marcel

Table ronde sur la fiscalité fédérale 49:1-90

LENNARD, John

Évolution de la notion de contrôle 29:1-22

LESSARD, Serge

Régimes enregistrés au décès 32:1-98

LORD, Martin

Coffre d'outils en planification successorale 23:1-78

MAJOR, France

*Le traitement fiscal des différentes pertes inhérentes
à l'exploitation d'une entreprise* 2:1-40

MARCEAU, Yvan

Table ronde RS & DE 35:1-30

MARION, Caroline

Coffre d'outils en planification successorale 23:1-78

MARQUIS, Hélène

Régimes enregistrés au décès 32:1-98

MARQUIS, Hélène

Table ronde RS & DE 35:1-30

MARTEL, Luc

*Fiducie discrétionnaire ou actions à dividendes
discrétionnaires?* 22:1-60

MARTINEAU, Ghislain

*Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières
et des produits financiers* 47:1-58

MÉNARD, Alain

Jurisprudence fiscale récente 30:1-54

MÉNARD, Claude

*Mini-thématique – Opportunités de planification
en période de difficultés financières* 51:1-88

MILLETTE, Benoît

Le traitement fiscal des instruments financiers dérivés 26:1-50

MOREAU, Bernard

*Étude de cas – Entreprise en difficultés financières :
pièges et solutions* 50:1-10

MORIN, François

Coffre d'outils en planification successorale 23:1-78

MOSTOVAC, Christopher R.

*Les méthodes estimatives de vérification
et de cotisation* 43:1-40

MUSTARD, Brian

*Groupe consultatif sur le système canadien
de fiscalité internationale* 9:1-40

O'BRIEN, Shawna

Pénalités administratives imposées à des tiers 17:1-8

O'TOOLE, Shawn

Table ronde RS & DE 35:1-30

PEATE, Owen-John

Table ronde RS & DE 35:1-30

PELLAND, Ginette

Table ronde sur la fiscalité provinciale 48:1-72

PLANTE, Jacques

Jurisprudence administrative récente 44:1-20

PRUD'HOMME, Stéphane

Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 49:1-90

PUGLIÈSE, Claudine

L'article 84 L.I.R. – Pièges et opportunités 18:1-30

RHEAULT, Sébastien

Table ronde RS & DE 35:1-30

RHÉAUME, Caroline

*Pièges et opportunités de planification pour les
citoyens américains vivant au Canada*..... 33:1-42

RIVET, Dan

Tendances de vérification de l'ARC..... 13:1-10

RONDEAU, Annie

Crédits d'affaires électroniques sans texte

ROY, René

Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 49:1-90

ROYAL, Normand

*Étude de cas – Entreprise en difficultés financières :
pièges et solutions* 50:1-10

RYAN, Paul

*Évasion fiscale, divulgations volontaires et
accommodation/complaisance* 42:1-46

SAVAGE, Joëlle

La déduction pour gains en capital – Une mise à jour 20:1-52

TAKHMIZDJIAN, Joseph H.

La mobilité transfrontalière des employés 16:1-42

THIVIERGE, Manon

Le régime d'épargne-actions II 36:1-52

THUOT, Jean-François

*Mini-thématique – Opportunités de planification
en période de difficultés financières* 51:1-88

VAILLANCOURT, Marie-Emmanuelle

*Groupe consultatif sur le système canadien
de fiscalité internationale* 9:1-40

VALOIS, Denis

Crédits d'affaires électroniques sans texte
Table ronde sur la fiscalité provinciale 48:1-72

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

1. **Ce qu'il y a à retenir de la crise financière – Perspectives économiques nord-américaines**
Carlos Leitao..... 1:1-14
2. **Le traitement fiscal des différentes pertes inhérentes à l'exploitation d'une entreprise**
France Major 2:1-40
3. **Approche critique sur les techniques de protection d'actifs en temps de crise financière**
Michael J. Hanlon 3:1-26
4. **Quand le fisc est le principal créancier**
Serge Fournier et Michel Beauchamp..... 4:1-30
5. **Consolidation des pertes dans un groupe de sociétés**
Alain Fournier..... 5:1-46
6. **Gain sur règlement de dette**
Christian Desjardins 6:1-32
7. **Survol des règles sur la minimisation des pertes**
Liliane Fortier..... 7:1-42
8. **Perte au titre d'un placement d'entreprise – Une mise à jour**
Hugues Lachance 8:1-32
9. **Groupe consultatif sur le système canadien de fiscalité internationale**
Brian Mustard, Brian Bloom, Amélie Guimont et Marie-Emmanuelle Vaillancourt..... 9:1-40
10. **Faire affaire à l'étranger – Liste de contrôle et pièges à éviter**
Marc Desrosiers..... 10:1-46

11. Entreprises de services faisant affaire au Canada et à l'étranger	
<i>Yves-André Grondin et Patrice Lareau</i>	11:1-56
12. Disposition par une personne non résidente d'un bien canadien imposable : où en sommes-nous?	
<i>Joël L. Boucher</i>	12:1-18
13. Tendances de vérification de l'ARC	
<i>Dan Rivet</i>	13:1-10
14. Prix de transfert – Vérification, cotisation et opposition : comment se défendre	
<i>Pierre Barsalou</i>	14:1-44
15. Faire affaire aux États-Unis – Éléments de base et nouveautés de 2009	
<i>Sonya Desruisseaux</i>	15:1-24
16. La mobilité transfrontalière des employés	
<i>Joseph H. Takhmizdjian</i>	16:1-42
17. Pénalités administratives imposées à des tiers	
<i>Shawna O'Brien</i>	17:1-8
18. L'article 84 L.I.R. – Pièges et opportunités	
<i>Claudine Puglièse</i>	18:1-30
19. La fiscalité manufacturière, un secteur à redécouvrir	
<i>Guy Carbonneau</i>	19:1-54
20. La déduction pour gains en capital – Une mise à jour	
<i>Anne-Marie Dupras et Joëlle Savage</i>	20:1-52
21. L'examen testamentaire – Liste de contrôle	
<i>Marc Jolin</i>	21:1-70
22. Fiducie discrétionnaire ou actions à dividendes discrétionnaires?	
<i>Luc Martel</i>	22:1-60
23. Coffre d'outils en planification successorale	
<i>Martin Lord, Caroline Marion et François Morin</i>	23:1-78

24. Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement	
<i>Denis Lacroix</i>	24:1-36
25. Interprétations techniques	
<i>Pierre Fleury</i>	25:1-78
26. Le traitement fiscal des instruments financiers dérivés	
<i>Benoît Millette</i>	26:1-50
27. Nouveautés et précisions en TPS/TVQ – Quoi de neuf en 2009?	
<i>Maryse Janelle</i>	27:1-26
28. Prêts, pas prêts... j’arrive! Les incidences des IFRS sur la fiscalité	
<i>Jason Doucet</i>	28:1-40
29. Évolution de la notion de contrôle	
<i>Nicolas X. Cloutier, Olivier Fournier</i> <i>et John Lennard</i>	29:1-22
30. Jurisprudence fiscale récente	
<i>Alain Ménard, Marie-Andrée Legault,</i> <i>Wilfrid Lefebvre et Danny Galarneau</i>	30:1-54
31. Modification et rectification des contrats	
<i>Mathieu Bouchard</i>	31:1-22
32. Régimes enregistrés au décès	
<i>Hélène Marquis, Serge Lessard</i> <i>et Natalie Hotte</i>	32:1-98
33. Pièges et opportunités de planification pour les citoyens américains vivant au Canada	
<i>Paule Gauthier et Caroline Rhéaume</i>	33:1-42
34. Pièges à éviter avec les fonds distincts – Comment maximiser votre investissement	
<i>Robert Laniel</i>	34:1-16

35. Table ronde RS & DE <i>Renée Gallant, Lucie Bélanger, Martine Javelas, Sébastien Rheault, Yvan Marceau, Hélène Marquis, Shawn O’Toole et Owen-John Peate</i>	35:1-30
36. Le régime d’épargne-actions II <i>Manon Thivierge</i>	36:1-52
37. Les règles de conversion applicables aux fiducies de revenu <i>Marc-André Bélanger</i>	37:1-30
38. Crédits d’affaires électroniques <i>Denis Valois et Annie Rondeau</i>	sans texte
39. Le cinquième protocole modifiant la <i>Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis</i> – Une mise à jour <i>Pierre Bourgeois</i>	39:1-40
40. Nouveautés à surveiller en fiscalité internationale <i>Nicolas Legault</i>	40:1-20
41. L’effritement du secret fiscal – Fonds détenus à l’étranger <i>Pierre J. Dansereau</i>	41:1-34
42. Évasion fiscale, divulgations volontaires et accommodation/complaisance <i>Paul Ryan</i>	42:1-46
43. Les méthodes estimatives de vérification et de cotisation <i>Christopher R. Mostovac</i>	43:1-40
44. Jurisprudence administrative récente <i>Jean Groleau et Jacques Plante</i>	44:1-20
45. Méthodes d’évaluation de la valeur marchande d’une assurance vie <i>Diane Hamel et Yves Girouard</i>	45:1-50
46. L’évolution des prêts leviers en assurance vie <i>Gilles Chevalier et Peter Everett</i>	46:1-32

47. **Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des produits financiers**
Jocelyne Gagnon, Paule Gauthier, Robert Duong, Guy Goulet et Ghislain Martineau 47:1-58
48. **Table ronde sur la fiscalité provinciale**
Daniel Gosselin, Jean-François Drouin, Denis Valois, François Bédard, Henri-Louis Fortin, Lucie L. Labbé, Ginette Pelland et Céline Davidson 48:1-72
49. **Table ronde sur la fiscalité fédérale**
Marcel Lemay, Stéphane Leblanc, René Roy, François Bordeleau, Alain Godin, Robert Duong et Stéphane Prud'Homme 49:1-90
50. **Étude de cas – Entreprise en difficultés financières : pièges et solutions**
Normand Royal, Paul Beauvais, Stéphane Lachance et Bernard Moreau 50:1-10
51. **Mini-thématique – Opportunités de planification en période de difficultés financières**
Claude Ménard, Pierre T. Allard et Jean-François Thuot 51:1-88

Index par articles de lois et de règlements

Liste des lois et règlements contenus dans cet index :

- Code civil du Québec
- Internal Revenue Code of 1986
- Loi de l'impôt sur le revenu
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité
- Loi sur la taxe d'accise
- Loi sur la taxe de vente du Québec
- Loi sur le ministère du Revenu
- Loi sur les impôts
- Loi sur les valeurs mobilières
- Règlement de l'impôt sur le revenu
- Règlement sur les impôts

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

9	23:36
415	32:58, 60-62
473	21:50
909	22:55
1119	23:74
1120	23:58, 75
1171	23:75
1172	23:58, 73-74
1173	23:74
1175	23:74
1176	23:73-74
1177	23:78
1194	23:78
1212	23:75
1213	23:75
1214	23:75
1215	23:75
1216	23:75
1232	23:36, 39
1234	23:47
1246	23:39
1271	23:71
1272	23:71
1274	21:7
1275	3:26
	23:27
1276	3:26
1278	TR féd., 49:58
1400	31:13
1407	31:12
1451	TR fin., 47:51
1452	TR fin., 47:51-52
1631	3:7, 11
1632	3:8
1633	3:8
1634	3:10
1636	3:9
1699	31:22
1852	3:15
2367	32:12
	34:3
2369	34:4
2372	34:4
2379	32:50
2445	32:50

Code civil du Québec (suite)

2460	32:50
2649	23:67
2651	4:5
2653	4:5
2938	23:74
2941	23:74

Internal Revenue Code of 1986 et mod.

11	15:3
45	15:20
48	15:20
55	15:3
83	33:33
172	15:4
179	15:19
219(1)(g)	33:32
301	15:5-6
316	15:5
382	15:4-5
401(a)	33:32
403(a)	33:32
408(p)	33:32
501(c)(18)	33:33
871	15:8 33:33, 35
877A	33:26
881	15:6, 8, 11
882	15:8, 10
884	15:11
894	39:38
1441	15:7
1442	15:7
1501	15:5
1504	15:5
2503(6)	33:37
2801	33:26, 37
6089G	33:36
6325	33:32
7701(b)(1)	33:28
7701(b)(6)	33:28

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

3	TR féd., 49:52
3b).....	2:27
3c).....	2:4
3.1 [proposé]	5:27
5(1).....	TR féd., 49:76
6	TR féd., 49:66
6(1)a).....	16:16
	45:11
	TR féd., 49:72-73
6(1)b)	25:57
6(6).....	16:16
6(6)b)	16:17
7	TR féd., 49:66
7(1.1).....	TR féd., 49:75-76
7(1.4)b)	37:26
8	25:16
8(1)f).....	25:16
8(1)i)	25:55
8(2).....	25:16
8(5)c).....	25:55
9	25:58, 60-61
	26:26, 48
	28:10
	TR féd., 49:68
9(1).....	2:35
	26:29
	30:11
10	TR Qc, 48:69
	TR féd., 49:87-88
10(1).....	TR féd., 49:89
10(1.01).....	26:48
10(2).....	TR Qc, 48:70
	TR féd., 49:88
10(2.1).....	TR Qc, 48:70
	TR féd., 49:88
11	30:24
12(1)a).....	25:76
	28:19-20
12(1)b)	28:19-20
12(1)c).....	2:14-15
12(1)d)	2:6-7
12(1)i)	2:6, 12-14
12(1)x)	25:50, 53, 58
12(2.2).....	25:58
12(2.2)b)	25:53

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

12(3).....	2:14-15
13	7:29, 31
13(5.2).....	25:62
13(7)g).....	25:56
13(21.2).....	7:29, 31
	24:14
14	7:31
	TR féd., 49:62
14(1).....	25:48
	TR féd., 49:60
14(1)b)	6:31
14(1.01).....	TR féd., 49:62
14(1.03).....	TR féd., 49:62
14(5) « montant cumulatif des immobilisations admissibles ».....	6:11
14(12).....	7:29, 31
15	37:11
15(1).....	18:12
	25:17, 41, 71-72, 78
	31:5
	45:11
	TR fin., 47:40-41
	51:50
15(2).....	18:14
	25:40
16.1	25:62
17(1).....	18:14
18	7:31
	25:12
18(1).....	26:33
18(1)a).....	25:15, 17, 57, 59-60
	26:34-35, 38
18(1)b)	25:60-61
	26:27
18(1)e).....	2:6, 9
	26:38
18(1)h)	25:17
18(1)l)	TR Qc, 48:30
18(1)p)	25:15-16
	TR fin., 47:56, 57
18(2).....	6:6
18(3.1).....	6:6
	TR féd., 49:10-12
18(3.1)b)	TR féd., 49:11
18(4).....	10:44
	37:30
18(9)a).....	25:57

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

18(9.3)f).....	6:7
18(15).....	7:29, 31
18.2.....	9:17-18
	40:3, 12
20.....	2:6
	28:13
20(1)a).....	5:40
	46:26
20(1)c).....	10:44
	24:4
	25:31, 38-40
	26:27
	46:11, 25, 27-32
	TR fin., 47:7, 46
	51:38-39
20(1)cc).....	19:48
	30:11
20(1)e).....	8:14
	25:32-33
	26:27
	TR féd., 49:42-43
20(1)e.2).....	46:8, 25-27, 31-32
20(1)f).....	2:38
20(1)l).....	2:6-10, 17-19, 23, 35
	28:13
20(1)l.1).....	28:13
20(1)m).....	25:76
	28:13, 20
20(1)n).....	28:20
20(1)p).....	2:6, 8, 11, 13-19, 23, 26, 35
	25:58
20(1)q).....	TR fin., 47:56
20(1)v.1).....	26:18
20(3).....	24:4
20(4.2).....	2:1-14
20(16).....	24:13-16
20(29).....	TR féd., 49:11
20.3(1) « opération de couverture ».....	26:15-16
21.....	6:6
24.....	7:31
34.....	25:14
37.....	2:34
37(1).....	35:15
37(1)a).....	25:51
37(1)d).....	35:19
37(1.4).....	19:13

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

37(1.5).....	19:13
37(10).....	35:18
37(12).....	35:15
38a.2).....	TR féd., 49:68
39.....	29:4
39(1).....	26:27
	TR fin., 47:20
39(1)b).....	2:27
	20:15
39(1)c).....	8:3, 8, 15, 18, 20, 24, 26
39(2).....	2:37
	6:17, 24, 26
	10:38
	25:29
	26:27, 41-42
	TR fin., 47:17-20
39(3).....	6:7, 22-23
39(4).....	2:30
	26:25
39(4.1).....	2:30
39(5).....	2:31
39(6).....	26:25
39(12).....	8:24
40.....	7:5, 34
	TR fin., 47:20
40(1).....	TR fin., 47:20
40(1)b).....	2:27
40(2).....	7:19
	24:13-14
40(2)b).....	23:69
40(2)e.1).....	6:31
	7:19, 21, 24, 33
	10:42-43, 45
	25:30
	37:16
40(2)g).....	6:15, 28
	7:22-24, 25-29, 33
	8:14-16, 26
	24:13-14
	25:25, 29
	TR fin., 47:20-21, 54
40(3).....	10:36
	18:11
	TR féd., 49:60-61
40(3.1).....	25:19
40(3.11).....	25:19

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

40(3.3).....	7:25-27 25:25 30:51-53
40(3.3)a).....	8:25 30:52
40(3.3)b)	30:52
40(3.4).....	6:28 7:19, 31 8:25 25:25 30:51-52
40(3.4)b)	7:27
40(3.5).....	7:26 30:51-53
40(3.5)b)	7:27
40(3.5)c).....	7:27 30:51
40(3.6).....	7:28-29 8:25 20:36 51:83
40(3.6)a).....	7:33
40(3.6)b)	7:27
40(3.61).....	7:28 51:83
40(3.7).....	7:29
40(3.7)a).....	7:28
40(3.7)b)	7:28
40(11).....	6:26-27
49	26:3
50	7:26 8:4, 25
50(1).....	2:13, 15 6:17 8:2, 8-15, 17-20, 25-26, 32 TR féd., 49:12-13
50(1)b)	8:17, 19-20
50(1.1).....	8:20
50(2).....	7:20
51	7:16-17, 26 10:41 20:48 51:50-51, 55-57, 62-64, 73
51(3).....	18:13 25:70
52(1).....	18:10

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

52(3).....	20:38
53(1)b)	18:6, 10
53(1)e).....	25:19
53(1)f).....	7:24
	10:45
	TR fin., 47:54
53(1)f.1).....	6:31
	7:19, 21
53(1)f.2).....	7:27
53(1)f.11).....	7:19
	10:45
	25:30
53(2).....	TR féd., 49:62
53(2)a).....	18:11
53(2)b).....	10:36
	25:72
53(2)c).....	10:36
	30:9
53(2)h).....	TR féd., 49:60-61
54.....	23:70
	TR fin., 47:54
54 « perte apparente ».....	7:22, 24-26, 30, 32
	8:25
54c).....	7:23
54c.1).....	23:70
54d).....	25:20
54e).....	7:24
54f).....	7:24
54g).....	7:24
54(1).....	18:8
54(1)j).....	37:28
55.....	18:20
	TR fin., 47:22
55(2).....	5:37
	9:9
	18:10
	20:42-43, 45-46
	25:36, 73
	TR féd., 49:43, 47-48
	51:59
55(2)a).....	25:73-74
55(3)a).....	20:42
55(3)b).....	5:37
	20:43
55(5)f).....	25:73-74
	TR féd., 49:12-13

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

55.1	25:30
56(1)h)	32:16, 32
56(1)j)	46:8
56(2).....	25:12-13
	42:8-9
	51:38, 50
56(4).....	25:12
	TR Qc, 48:46
56(4.1).....	51:31, 38-40
56(4.2).....	TR féd., 49:55
	51:40
56(4.3).....	51:38
56.4	TR Qc, 48:46
56.4(14).....	TR Qc, 48:46
60j).....	32:95
60l).....	21:38, 42
	32:27, 34
	TR fin., 47:7-17
60s)	TR fin., 47:29-31
60.011	32:27
60.011 [proposé]	TR fin., 47:17
60.011(1).....	21:38
60.011(1)a).....	21:38
60.011(1)b)	21:39-41
60.011(2)a).....	21:38
60.03(1).....	TR féd., 49:65
61.3	6:16
61.3(1).....	6:32
61.3(3).....	6:32
61.4	6:16, 19
66(1).....	6:7
66(10.1).....	6:7
66(10.2).....	6:7
66(10.3).....	6:7
67	5:15
	25:12, 15
67.3	25:56
67.6	25:57, 60
68	30:25, 27
69	5:15
	45:7
69(1)c).....	51:61
69(4).....	30:16
69(5).....	7:24
	13:6
69(11).....	5:43

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

70(2).....	32:16, 88-89, 92
70(5).....	32:85, 92
	45:5-6
	TR féd., 49:50
70(5)a).....	32:92
	51:82
70(5.3).....	45:7-8
70(6).....	21:53
	23:68
70(6)a).....	23:29
70(6)b).....	21:32, 40, 53
	23:29, 33, 44
70(6.2).....	21:26
73.....	23:69
73(1).....	23:68
	24:4, 32-35
	TR fin., 47:46-47, 54
	51:40
73(1.01).....	23:68
73(1.02).....	23:68
74.1.....	25:13
74.1(1).....	24:4, 33
	TR fin., 47:46-47
	51:29-32, 40
74.1(2).....	51:29-30, 32
74.1(3).....	51:32
74.2.....	51:30, 32
74.2(1).....	51:30
74.3(1).....	51:31, 40
74.4.....	25:13
74.4(2).....	22:30, 36-40
	45:9
	51:58
74.4(4).....	21:57
74.5.....	20:38
74.5(1).....	51:30, 39
74.5(1)b).....	51:30, 32
74.5(1)c).....	TR fin., 47:46
74.5(2).....	51:30, 32, 38
74.5(2)b).....	51:30
74.5(2)c).....	51:30
74.5(7).....	51:38
74.5(7)b).....	51:38
74.5(11).....	24:9, 33

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

75(2).....	10:9
	22:51
	30:25, 27-28
	TR Qc, 48:7
	TR féd., 49:51-52, 55-56
	51:52
75(2)a).....	21:41
	TR féd., 49:51
	51:60
75(2)b).....	TR féd., 49:51
	51:60
78.....	6:4
78(4).....	25:15
	TR féd., 49:66
79(3).....	6:7
80.....	6:4-7, 23, 29
	25:30-32
	37:15
80(1).....	7:27
80(1) « créance commerciale ».....	6:4
80(1) « dette commerciale ».....	6:4
80(1) « dette exclue ».....	6:4, 8
80(1) « montant remis ».....	6:7, 18, 20, 28, 32
80(2)a).....	6:5
80(2)b).....	6:5-6
	25:32
80(2)c).....	6:8
80(2)d).....	6:10
80(2)e).....	6:10, 25
80(2)f).....	6:11, 20
80(2)g).....	6:6
80(2)h).....	6:6, 27
80(2)k).....	6:8, 23, 26
80(3).....	6:8-15, 25, 27
80(4).....	6:8, 10-11, 24-27
80(5).....	6:8-15, 18, 20-21, 25, 28, 30, 32
80(6).....	6:10-11
80(7).....	6:11-13, 15, 20-21, 28, 30
80(8).....	6:11-13, 15, 18, 30
80(9).....	6:12-13, 15, 18, 30
80(9)b).....	6:12
80(10).....	6:13-15, 21
80(11).....	6:8-9, 13-15, 19, 24, 32
80(12).....	6:8, 13-15, 27, 29-30
80(12)a).....	6:14

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

80(13).....	6:8-9, 14, 15-16, 19, 20-21, 24-32 10:11
80(14).....	6:14, 19
80(14.1).....	6:14, 19
80(15)a).....	6:21
80(15)c).....	6:21
80.01(3).....	6:31
80.01(4).....	25:30 37:27
80.01(5.1).....	37:27
80.01(5.1)b).....	37:27
80.01(6).....	6:16-17 8:20
80.01(7).....	6:17 8:20
80.01(8).....	6:17
80.01(9).....	6:17
80.01(10).....	6:17
80.01(11).....	6:16
80.04.....	6:15, 19-20 25:32
80.04(4).....	6:16, 20, 28
80.4.....	6:8
81.....	18:17
81(3.1).....	TR féd., 49:69-70
82(1).....	20:36
83(2).....	2:34
83(3).....	25:63
84.....	18:28-29
84(1).....	18:6, 8-13 25:70
84(1)c.3).....	18:10-11
84(2).....	18:7, 12, 17-20, 22, 24, 25 20:40 30:13, 15-18 TR fin., 47:36-38
84(3).....	51:12-13, 15-17, 23-24, 26-28 18:8, 25-26 20:35-36, 38, 46 24:21, 23 51:10, 12, 14, 21, 23, 25, 83
84(4).....	18:8, 14, 28 24:26-28
84(4.1).....	18:9
84(6).....	6:22 18:8

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

84(9).....	18:8
84.1	18:11, 20, 22
	20:29-30, 32-34, 36
	TR fin., 47:26-28, 36
84.1(1).....	20:30-31
84.1(1)a).....	20:31
84.1(1)b)	20:31
84.1(2)a.1).....	20:35
84.1(2)b)	20:30
84.1(2.2).....	20:30
85	5:31
	18:9, 23
	20:38
	23:76-77
	37:7-9, 28-29
	TR fin., 47:21, 23
	TR Qc, 48:39
	TR féd., 49:41
	51:51, 57, 62-63
85(1).....	5:18
	18:12
	20:19, 28, 33, 35, 42, 46-48
	25:38, 65, 68
	30:13-14
	37:8
	TR féd., 49:12-13
	51:9, 20, 69
85(2).....	25:30
	37:8
85(2.1).....	18:6, 9, 12-13
	25:70
	TR Qc, 48:39
85(4).....	24:13-14
85(5.1).....	24:13-14, 16
85(6).....	25:66
85(7).....	25:66
85.1	7:16-17, 26
	18:12-13, 23
	30:15, 18
	37:8
85.1(1).....	30:14
85.1(1)a).....	30:18
85.1(2.1).....	18:6, 12-13
	25:70
85.1(3).....	13:7-8
85.1(4).....	13:8

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

85.1(7).....	37:7-9, 11
85.1(8).....	37:7-9, 12, 14
86	7:16-17, 26
	20:48
	31:21
	TR féd., 49:40-41
	51:51, 56, 62-63
86(2.1).....	18:6, 13
	25:70
87	5:4-6, 12
	7:16-17, 26
	30:23
	37:21, 25
	51:51
87(1).....	TR fin., 47:45
87(2)cc).....	30:22
87(2)q)	TR fin., 47:45
87(2.1).....	5:7
87(2.1)d)	5:11
87(2.1)e).....	5:11
87(2.11).....	5:11-12
87(3)a).....	24:21, 23
87(7).....	6:29, 31
87(11).....	25:64
88	5:12
88(1).....	5:6, 8, 11
	6:29
	7:26-27, 31, 32
	25:29-30, 38
	37:21-22, 25-26
	TR fin., 47:37
88(1)b)	37:23
88(1)c).....	25:20
	37:23
88(1)d)	25:20, 64
	37:23
88(1)d.1)	TR fin., 47:37
88(1)e.2).....	6:29
	37:21
	TR fin., 47:44-45
88(1.1).....	5:8-10
	25:36
	37:22-23, 25-26
88(1.1)e).....	5:8-10
88(1.1)f).....	5:10

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

88(1.2).....	5:8-10 37:22-23, 25-26
88(1.2)c).....	5:8-10
88(1.3).....	5:8
88(1.7).....	37:21-22, 25-26
88(3).....	10:35-36
88(3)d).....	10:35-36
88.1.....	37:12-14, 20, 23
88.1(1).....	37:21
88.1(2).....	37:18-22, 23, 25-26
88.1(2)a).....	37:22
88.1(2)c).....	37:22
88.1(2)d).....	37:23
88.1(2)e).....	37:23
88.1(2)f).....	37:23
89(1).....	24:21, 23 25:48
89(1) « capital versé ».....	18:5, 26
89(1) « compte de dividendes en capital ».....	25:76 51:86
89(1) « compte de revenu à taux général ».....	TR féd., 49:39
89(1) « dividende déterminé».....	TR féd., 49:38-39
89(1)a).....	2:34
89(11).....	TR féd., 49:12-13
89(14).....	25:74 TR féd., 49:38-39
90.....	13:6
91.....	24:31
93.....	7:5, 17, 34
93(1).....	10:37
93(2).....	7:17-18, 42 13:5-6
93(2)i).....	10:38
93(2.1).....	7:17-18, 42
93(2.2).....	7:17-18, 42
93(2.3).....	7:17-18, 42
93(3) « dividendes exonérés ».....	7:17
94.....	10:9 24:30-31
94(1).....	40:16
94(1)c).....	24:33-35 30:25-28
95(1).....	10:17, 19, 25, 27, 29, 32, 38 13:8
95(1) « entreprise de placement ».....	40:14, 16
95(1) « entreprise non admissible ».....	40:10

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

95(1) « société étrangère affiliée »	7:17
95(2).....	11:9-10
95(2)a).....	9:17-18
	10:18, 26, 33
	11:5-6
95(2)a.1).....	10:20-21, 22-25
95(2)b).....	11:8-18, 22
95(2)f).....	10:38
95(2)g).....	10:43
95(2.2).....	10:43
95(3).....	11:15
95(3)a).....	11:15
95(3)b).....	11:15, 18-20
95(3)c).....	11:15
95(3)d).....	11:15-16
95(3.1).....	10:22
95(6).....	13:4-6
95(6)b).....	13:6-9
96(1).....	6:21
	24:16
96(1)f).....	TR féd., 49:38
96(1)g).....	2:34
96(1.01).....	25:18-19
96(1.01)b).....	25:19
96(2.1).....	44:18
97(2).....	25:29
	TR féd., 49:12-13
98(1)c).....	30:9
98(3).....	2:35
	20:22-23
	37:16
100(2.1).....	25:19
100(4).....	7:8
103(1).....	25:13, 17
104.....	TR féd., 49:61
104(1).....	21:61
	TR féd., 49:56-59
104(2).....	TR féd., 49:58
104(2)b).....	21:20
104(4).....	7:10
	23:33
	45:8
104(6).....	23:33
	TR féd., 49:44-45, 60
104(6)b).....	TR féd., 49:45
104(13).....	TR féd., 49:44-45

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

104(13.1).....	21:16, 40 23:33, 42 TR féd., 49:44-46
104(13.2).....	23:33, 42 TR féd., 49:45-46
104(18).....	21:21-22, 58
104(19).....	7:8, 10, 12, 15 22:28
104(20).....	7:8, 10, 15 22:28
104(21).....	20:51 22:28 TR féd., 49:52, 54
104(21.2).....	20:51 22:28 TR féd., 49:54
104(23)a).....	23:33
104(24).....	TR féd., 49:44-45
104(28).....	21:37
105(1).....	25:21
107.....	TR féd., 49:61
107(1).....	TR féd., 49:61
107(2).....	TR féd., 49:61
107(3).....	37:12, 16
107(3.1).....	37:12-14, 19-20
107(3.1)e).....	37:17
107.4.....	37:14
108.....	23:44
108(1) « fiducie ».....	TR féd., 49:45, 61
110(1)f).....	24:33-35
110.1.....	25:57
110.6.....	20:23, 35, 38 44:19 TR féd., 49:52, 54
110.6(1).....	20:6, 17, 25 44:19 TR féd., 49:53-54
110.6(1b).....	20:21
110.6(1c).....	20:23-25
110.6(1d).....	20:25
110.6(1e).....	20:21
110.6(2.1).....	20:25
110.6(5).....	20:25
110.6(6).....	20:26-28 44:19
110.6(7).....	20:26, 43

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

110.6(8).....	20:26
110.6(9).....	20:26
110.6(11).....	20:51
110.6(14).....	20:18
110.6(14b)	20:12, 14, 17
110.6(14d.1)	20:21, 23
110.6(14f)	20:19-21
110.6(14g)	20:8
110.6(15).....	20:23
110.6(15a).....	20:9
	45:8-9
110.6(15b)	20:24-25
111	5:11, 37
	TR féd., 49:52
111(1a).....	2:4
111(1b)	2:27
111(3).....	5:7
111(4).....	2:27
	5:42-43
	6:25
111(4a).....	6:9
111(4c).....	6:26
111(4d)	6:26
111(4e).....	5:41
111(5).....	2:5
	6:9
	37:29
111(5e).....	5:42
111(5.1).....	5:41
111(5.2).....	5:40
111(5.4).....	5:7
111(8).....	2:4
111(12).....	5:42
	6:26
112	7:5, 7, 14, 24, 28-29, 34
	13:6
	20:38
112(1).....	20:35
	25:73
112(3).....	7:1-17, 33, 40
	13:6
	51:76-77, 83-84
112(3b)	7:29, 36
112(3.01).....	7:40
112(3.1).....	7:8, 33, 37, 40
112(3.1e).....	7:12

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

112(3.11).....	7:40
112(3.12).....	7:12, 40
112(3.2).....	7:15, 33, 38, 40
112(3.2)a).....	7:9
112(3.2)b).....	7:9
112(3.3).....	7:10, 40
112(3.31).....	7:40
112(3.32).....	7:16, 40
112(4).....	7:15
112(4)a).....	7:41
112(4)b).....	7:41
112(4)c).....	7:41
112(4.01).....	7:15, 41
112(4.2).....	7:15, 41
112(4.21).....	7:15, 41
112(4.22).....	7:15, 41
112(5).....	7:10-11
112(5.1).....	7:10-11
112(5.2).....	7:10-11
112(5.3).....	7:11
112(5.5).....	7:12, 15, 40
112(5.6).....	7:12, 15, 40
112(7).....	7:16
112(7)a).....	7:16
112(7)b).....	7:16
113.....	13:6
113(1a).....	10:34, 37 13:10
113(1b).....	10:34
113(1c).....	10:34
113(1d).....	10:34
115(1).....	7:7, 14 13:6
116.....	9:26-27 10:9 12:3-7, 9-15
116(2).....	12:6
116(4).....	12:6
116(5).....	12:4-6, 8-9, 12
116(5.01).....	12:9-10, 12-14
116(5.02).....	12:9-10
116(5.3).....	12:5-6
116(6).....	12:6, 8
116(6.1).....	12:9-12
117(2).....	23:33
118.1(13).....	TR fin., 47:13

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

118.1(13)a).....	TR fin., 47:13
118.1(13)b)	TR fin., 47:13
118.1(13)c).....	TR fin., 47:13
118.1(18)b.1)	TR fin., 47:11, 13
118.2(1).....	TR féd., 49:65
118.6(1)a).....	32:89
120(1).....	TR féd., 49:83-84
120(4)a).....	TR féd., 49:83
120.4	25:13
122.3	16:13
122.6	TR féd., 49:65
123.4(1).....	19:7
123.4(2).....	19:8
124(1).....	11:51
	40:13
125(1).....	20:17
125(7).....	20:9, 11
	40:14-15
125(7) « entreprise de placement déterminée »	TR féd., 49:7-9
125(7) « entreprise de prestation de services personnels ».....	10:27
	TR fin., 47:55-56
125(7) « société privée sous contrôle canadien »	TR féd., 49:5
125(7)a).....	TR féd., 49:10
125(7)c).....	10:27
125.1	25:47
125.1(1).....	19:7
125.1(3).....	19:5
126(2).....	19:7
127(5).....	10:27
127(9).....	25:51, 62
	TR féd., 49:65-67
127(9)a.4).....	TR féd., 49:66
127(11.1)c).....	TR féd., 49:66
127(11.1)c.4).....	TR féd., 49:66-67
127(18).....	25:50-51
	35:19
127.1(2).....	19:14
128(3).....	8:23
128.1	45:8
132.2(1).....	37:14
133(6).....	30:22
133(8).....	30:22
133(9) « montant admissible de l'impôt en main remboursable ».....	30:21
134.1	30:21-23
138(6).....	7:7, 14
	13:6

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

141	20:15
146	TR fin., 47:15
146(1) « prestation »	32:16
146(1) « remboursement de primes »	32:41
146(8.1)	21:47
146(8.8a)	51:41
146(8.8b)	32:31
146(8.92)	TR fin., 47:5 51:41
146(8.93)	TR fin., 47:5 51:41
146(16)	32:51
146.01(2d)	TR fin., 47:49
146.1(1)	32:89
146.1(1e)	32:85
146.1(2d.1)	32:89
146.1(7.1)	32:89
146.2(1) « titulaire »	32:68, 70-71
146.3(6.3)	TR fin., 47:5
146.3(6.4)	TR fin., 47:5
147(7)	32:90
147(10)	32:92-94
147(10.1)	32:91
147(10.2)	32:91
147(19)	32:93
147.1	32:65 TR fin., 47:45
147.1(18)	TR fin., 47:45
147.2	TR fin., 47:45
147.3	32:65
147.3(5)	32:51
147.3(7)	32:65
148	45:4
148(1)	45:4-5
148(7)	25:77 45:5, 10-11, 14
148(9)	46:26
148(9) « disposition »	45:4
148(9) « produit de disposition »	45:4
148(9) « valeur »	45:5
148(9c)	46:8
149(1f)	TR féd., 49:15
149(1l)	TR féd., 49:14-16
149.1(1)	TR féd., 49:14-16
150(1c)	23:33
150(5)	12:10

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

152(1.11).....	18:27
	24:25
152(3.1).....	25:65
152(4).....	14:32
152(4a).....	43:23
152(4.3).....	14:25
152(4.4).....	14:34
152(7).....	43:10
152(8).....	43:31
153(1g).....	11:28
	TR féd., 49:78
159(5).....	21:62
160.....	22:51-52
	30:5-8
	44:3-4
160(1).....	44:3-4
160(4).....	30:7
	44:3
161.1.....	14:24
163(2).....	17:3
	20:27
	43:18, 23, 25, 29
	44:18
	TR fin., 47:47
163.2(3).....	17:7
164(6).....	7:13, 28
	TR fin., 47:35-36
	51:9-10, 12, 14, 20-21, 23, 25, 76, 83
165(1.2).....	14:26
165(1.11).....	14:29-31, 33, 39
165(1.11b).....	14:33
165(1.11c).....	14:33
165(1.12).....	14:33
166.1.....	14:35
169(2.1).....	14:30
169(2.2).....	14:26
173.....	14:44
181(3b).....	25:68
184(2).....	31:18
184(3).....	31:18-19
186(2).....	20:30, 35
186(4).....	20:6, 29-30
186(4b).....	22:19
186(7).....	20:30
212(1b).....	24:17-18
212(1c).....	TR fin., 47:23-26

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

212(1d)	11:18-19
212(1e).....	TR fin., 47:24
212(2).....	24:20
	25:20
	TR fin., 47:24, 26
212(11).....	TR fin., 47:23-26
212.1	18:28
214(3)a).....	18:14
215(3).....	18:18
215(6).....	24:20
216	TR féd., 49:83
220(2.1).....	35:13
220(2.2).....	35:13-14
220(3.1).....	14:37
220(3.2).....	8:9
	20:27
	35:18
220(3.5).....	8:10
224(1.3).....	44:11-12
225.1	4:6
227	24:20
227(4).....	4:3
227(4.1).....	4:3
	44:11
227(8).....	24:21
227.1	25:66
227.1(4).....	25:67
231.1	44:17
231.2	14:8
	44:16-17
231.2(1).....	44:15
231.6	14:8
232.1	8:3
233.3	TR féd., 49:79
233.3(1).....	TR féd., 49:79
233.4(2)a).....	25:68
237.1(1) « abri fiscal »	TR fin., 47:9
239(1a).....	44:17
239(1d)	44:17
245	18:12, 15, 18-20, 22, 27
	24:15, 21
	40:8
	TR féd., 49:12-13
	51:39
245(1).....	5:18

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

245(2).....	18:29
	TR fin., 47:36, 41, 47, 55
	TR féd., 49:48
245(3).....	20:39
	24:21
	TR féd., 49:13
245(4).....	24:14
246(1).....	25:12, 17
247.....	10:20
	14:16
	28:36
247(2).....	14:21
247(2)a).....	14:32
247(2)b).....	14:7, 16, 24, 28-29, 32, 36, 44
247(3).....	14:7, 12, 28, 32
247(4).....	14:12, 40
247(10).....	14:23
248(1) « associé déterminé ».....	2:34
248(1) « action privilégiée à terme ».....	6:4
248(1) « actionnaire déterminé ».....	6:12
248(1) « activités de recherche scientifique et développement expérimental ».....	19:10
248(1) « charge ».....	TR féd., 49:69
248(1) « conjoint de fait ».....	TR féd., 49:64
248(1) « disposition ».....	TR féd., 49:61
248(1) « emploi ».....	TR féd., 49:8
248(1) « employé ».....	TR féd., 49:8
248(1) « entreprise ».....	26:43
248(1) « entreprise de placement déterminée.....	20:9
248(1) « failli ».....	8:8
248(1) « fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieure à 1971 ».....	21:40
248(1) « fiducie personnelle ».....	21:41
248(1) « personne ».....	TR féd., 49:59
248(1) « perte autre qu'en capital ».....	2:4
248(1) « société exploitant une petite entreprise ».....	8:20
	20:6
248(1)b).....	25:20
248(3).....	21:51
	23:61
	TR fin., 47:32, 48
248(3)a).....	21:15
	23:32
248(3)d).....	23:32
248(3.2).....	TR fin., 47:48

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

248(10).....	20:20
	24:21-22
248(16).....	25:58
248(25).....	29:21
	37:16, 28
248(26).....	6:4
	25:32
248(31) [proposé].....	45:14
	TR fin., 47:9
248(35) [proposé].....	45:14-15
	TR fin., 47:9-10
248(37) [proposé].....	TR fin., 47:9-10
249(3.1).....	20:17
249(4).....	5:39
	20:15, 17
250(1a).....	16:7
250(4).....	25:23
250(5).....	25:23
251(1).....	20:30
251(1a).....	8:7
	20:30
	25:77
251(1b).....	20:30
251(2).....	8:8
	TR féd., 49:5, 56
251(5b).....	5:38
	20:12, 13, 17
	TR féd., 49:5-7
251(6).....	20:25
251.1.....	7:22
	37:23
251.1(1).....	TR fin., 47:13
251.1(1g).....	TR fin., 47:13
251.1(3) « bénéficiaire détenant une participation majoritaire ».....	TR fin., 47:11-13
253.....	9:33-34
	11:26
253a).....	9:33-34
253b).....	9:33
256.....	29:8, 17
256(1).....	29:10
	TR féd., 49:59
256(1b).....	TR féd., 49:59
256(1c).....	29:20
256(1d).....	TR féd., 49:56, 59
256(1.2).....	29:17
256(1.2a).....	29:13

Loi de l'impôt sur le revenu (suite)

256(1.2)b)	29:18
256(1.2)c).....	29:17-19
256(1.2)f).....	29:20-21
256(1.3).....	29:20
256(1.4).....	TR féd., 49:6
256(1.4)a).....	TR féd., 49:5-6
256(2.1).....	25:13
256(5.1).....	25:13
	29:8
256(5.1)a).....	TR féd., 49:7
256(6.1).....	5:35
256(7).....	5:37-38
	29:16
	37:11, 18, 24-25
256(7)a).....	29:17
	37:21, 25-26
256(7)b)	5:37
256(7)c).....	5:38, 44
256(7)e).....	37:21, 25
256(7)f)	37:24-26
256(8).....	5:45
256(9).....	20:14-17
257	TR féd., 49:54
261	25:72

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

2	3:15
50	3:24
67(1)a).....	3:16
67(1)b)	3:17
67(1)b.3)	3:17
67(1)c).....	3:15
	TR Qc, 48:43-45
67(1)d)	3:15, 17
71	3:15-16
91	3:21
95	3:18-19, 26
96	3:20, 26
100	3:21

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

159	27:23
167	27:7-10
	44:9

Loi sur la taxe d'accise (suite)

168(1).....	27:23
169(1).....	44:9
169(4).....	44:10
215.1	44:13
216(6).....	44:13
231	2:24
261(1).....	44:9, 13
261(2).....	44:13
261(2)c).....	44:13
261(3).....	44:13
323(1).....	44:5
323(5).....	44:5

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

444	2:24-26
446.1	2:25
448	2:26

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

12	4:11
14.4	4:30
15	44:8
15.5	44:8
17.0.1	4:6
17.5	4:20
17.5.1	4:20
20	4:3
24.0.1	4:24
31	TR Qc, 48:45
31.1	TR Qc, 48:45
33	TR Qc, 48:45
69.0.0.2	TR Qc, 48:61

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

1 « entreprise de services personnels »	TR Qc, 48:16
1 « filiale contrôlée »	36:34
1.8	19:25
2.2.1	TR Qc, 48:42
6l).....	30:47
8a).....	16:11
12	16:36
13	16:36-37
18	4:30
19 3).....	4:30

Loi sur les impôts (suite)

21.3.2	25:46
21.3.4	25:46
21.3.4a)	25:46
21.3.5	25:46
21.20	30:41
	TR Qc, 48:11
21.20.4	36:21-22
22	16:11
28	36:11
37	TR Qc, 48:34
83	TR Qc, 48:69
84	TR Qc, 48:70, 72
84.1	TR Qc, 48:70, 72
101	TR Qc, 48:60
101.4	TR Qc, 48:59-60
104.9	43:18
125.1	19:33
	TR Qc, 48:25
134	TR Qc, 48:30
135.2	TR Qc, 48:16-18
137	TR Qc, 48:18
222	TR Qc, 48:65
240	8:17, 26
299	36:14
301	36:40
	51:64, 73
314	TR Qc, 48:46-47
333.15	36:40
	TR Qc, 48:46-47
436	36:14
440	36:14
457.1.4	27:20
467	TR Qc, 48:6-7
503.0.0.1	25:63
503.0.0.2	25:63
518	24:9-11
	TR Qc, 48:39
	51:69
536	36:15, 40
540.1	24:11
541	31:21
	36:15, 40
543	31:21
544	36:15, 40
556	36:28
558	TR Qc, 48:39

Loi sur les impôts (suite)

570a)	TR Qc, 48:39
570l)	36:17
693	TR Qc, 48:38
726.4.0.1	36:12
726.6	20:32
726.28	TR Qc, 48:54-55
726.29	TR Qc, 48:54-55
727	2:5
	TR Qc, 48:38, 55
728	TR Qc, 48:54
728.0.1	TR Qc, 48:55
733.0.6	TR Qc, 48:38
734	TR Qc, 48:38-39
737.18.18	25:43-44
737.18.24	19:35
737.18.26	TR Qc, 48:38
737.26	16:17
752.0.11	TR Qc, 48:43
752.0.12	TR Qc, 48:41, 43
771	36:23
776.41.1	TR Qc, 48:42
776.41.2	TR Qc, 48:42
776.41.3	TR Qc, 48:42
965.0.2	TR Qc, 48:18
965.55 « action admissible »	36:40
965.55 « action ordinaire à droit de vote »	36:40
965.55 « émission publique d'actions »	36:16
965.55 « revenu total »	36:11
965.55 « société à capital de risque »	36:20
965.55 « société émettrice admissible »	36:16
965.56	36:47, 49
965.56a)	36:7
965.56b)	36:8
965.59	36:8
965.60	36:8
965.61	36:8
965.62	36:8
965.66	36:19
965.69	36:20
965.70	36:20
965.73	36:23
965.74	36:40
965.74a)	36:42, 48
965.74c)	36:42, 48
965.74d)	36:41
965.74f)	36:48

Loi sur les impôts (suite)

965.76	36:17, 40, 42
965.76c)	36:42
965.76d)	36:52
965.77	36:42
965.78	36:43
965.79	36:40, 43-44
965.80	36:43
965.84	36:45-46
965.85	36:46
965.86	36:46
965.87	36:49
965.88	36:48
965.90	36:16, 31, 36, 48
965.90a)	36:34
965.90c)	36:23, 34, 36
965.90d)	36:36, 39
965.90e)	36:30-35, 39
965.91	36:26, 36
965.92	36:30
965.93	36:31
965.94	36:34, 48
965.95	36:36
965.95e)	36:36
965.96	36:24, 31
965.97	36:28, 31
965.98	36:28-29
965.99	36:29
965.100	36:24
965.101	36:24
965.103	36:32
965.104	36:33, 36
965.105	36:36, 49
965.106	36:36
965.107	36:37, 49
965.108	36:37
965.109	36:37
965.110	36:37-38, 49
965.111	36:37
965.113	36:38
965.114	36:39
965.115	36:39
965.116	36:16, 36, 39
965.117	36:50
965.121	36:46
965.122	36:50
965.123	36:51

Loi sur les impôts (*suite*)

965.128	36:13
965.129	36:13
1010	TR Qc, 48:61
1010 2)b).....	43:24
1015	11:28
1029.6.0.1	19:44
1029.6.0.1.2.	TR Qc, 48:61
1029.7	TR féd., 49:66
1029.8.1	TR Qc, 48:66
1029.8.21.17.	TR Qc, 48:64, 66
1029.8.33.11.4.....	19:25
1029.8.36.0.3.79.....	TR Qc, 48:57
1029.8.36.0.17.....	25:45-46
	TR Qc, 48:12
1029.8.36.72.82.1.....	19:38, 40, 43
1029.8.36.72.82.3.1.....	TR Qc, 48:23
1029.8.36.72.82.12.....	19:38, 43
1029.8.36.72.82.26.....	19:40
1029.8.36.166.40.....	TR Qc, 48:22-23
1029.8.36.166.45.....	TR Qc, 48:24
1029.8.36.166.51.....	TR Qc, 48:25
1034	22:51
1049.14.3	36:51
1049.14.4	36:51
1049.14.5	36:51
1049.14.6	36:51
1049.14.7	36:51
1049.14.8	36:51
1049.14.9	36:52
1049.14.10	36:52
1049.14.11	36:52
1049.14.13	36:52
1049.14.22	36:52
1079.9	24:9
1101.2	12:11
1130	19:19
1136	TR Qc, 48:49
1137	TR Qc, 48:49

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

5	36:7
89	36:25

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

102	9:24-25 39:13
105	9:24 11:28-31 39:13
200	TR féd., 49:78
306	46:26-27, 32
400	11:52 40:3, 12
400(2).....	11:52-53 40:12, 13
400(2)e.1).....	40:12
600	8:9 35:17-18
1100(9).....	19:48
1101(5b.1).....	19:46
1102(16.1).....	19:51-52
1102(23).....	19:46
1102(24).....	19:46
1102(25).....	19:47
1104(2).....	25:42
1801	TR féd., 49:87, 89
1802	TR Qc, 48:70
2602	TR féd., 49:84
2602(1).....	TR féd., 49:84
3501(1g)	25:66
5200	19:8, 19
5201	19:8, 19
5202	19:9
5203	19:9
5901(2).....	28:33-34
5906(2).....	10:17
5907(1).....	10:13, 17 28:32
5907(2.1).....	28:34-35
5907(2.2).....	28:34
5907(11).....	10:13, 15
5907(11.2).....	10:13-14, 16
5907(11.11).....	10:16
8500(1) « employeur remplacé »	TR fin., 47:42-44
8503(3a).....	TR fin., 47:42-45

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

83R2.....	TR Qc, 48:70
230R1.....	35:27
503.0.1.....	31:20
570R1.....	TR Qc, 48:39
771R3.2.....	36:23
1015R8.....	11:28
	TR Qc, 48:5
1029.8.21.17R4.....	TR Qc, 48:64

**CE QU'IL Y A À RETENIR DE LA CRISE FINANCIÈRE –
PERSPECTIVES ÉCONOMIQUES NORD-AMÉRICAINES**



Carlos Leitao
Économiste en chef et stratège
Valeurs mobilières Banque Laurentienne

TABLE DES MATIÈRES

1.	ÉCONOMIE MONDIALE : CYCLE BIEN SYNCHRONISÉ	1:3
2.	LE SYSTÈME FINANCIER CANADIEN, SANS ÊTRE PARFAIT, FONCTIONNE.....	1:6
3.	LE MARCHÉ DU TRAVAIL EST PLUS SOLIDE	1:7

La panique financière de 2008 a déclenché une violente récession caractérisée par une chute rapide de la production (et de l'emploi)...

... suivie d'un rebond spectaculaire!

Cela soulève trois questions (au moins) :

- 1) Pourquoi?
- 2) Est-ce soutenable? (le rebond)
- 3) Quels sont les risques?

1. ÉCONOMIE MONDIALE : CYCLE BIEN SYNCHRONISÉ

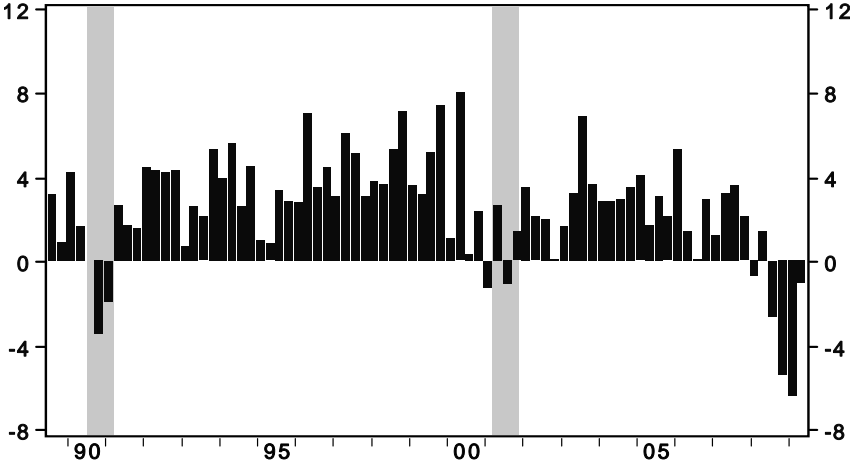
(croissance du produit intérieur brut (ci-après « PIB ») réel en pourcentage)

	2	007	2008	2009	2010	
Monde		5.0	2.	9	-1.0	3.0
États-Unis		2.0	0.4	-2.6	2.4	
Japon		2.4	-0.7	-4.9	2.5	
Euro-16		2.7	0.6	-3.9	1.8	
Asie x-Japon		10.0	6.8	4.8	7.3	
Canada		2.7	0.4	-2.5	2.0	
Québec		2.4	1.0	-1.9	1.8	
Ontario		2.1	-0.4	-3.3	1.6	
<u>Canada en mars 2009</u>		2.7	0.5	-1.6	2.3	

(Prévisions en date de septembre 2009)

Source : Recherche économique VMBL, Crédit Suisse

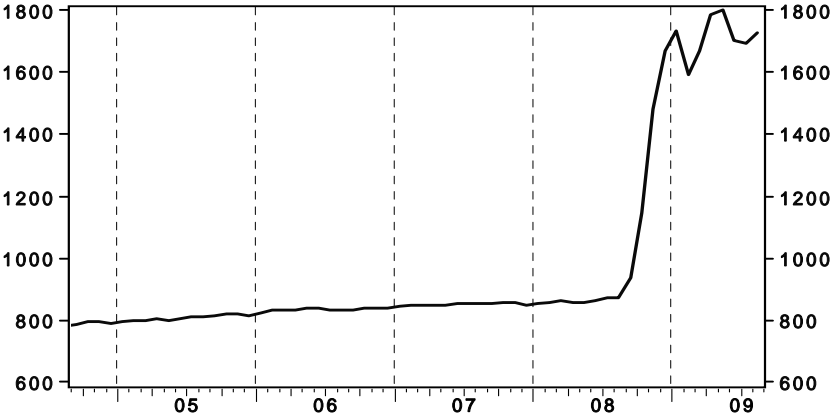
PIB réel américain (chang. trimestriel annualisé en %)



Source: Bureau of Economic Analysis /Haver Analytics

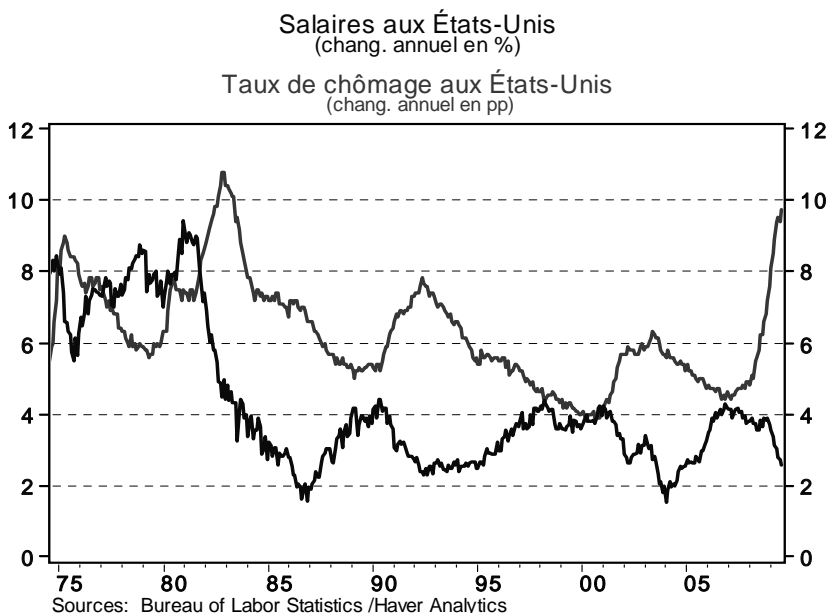
Pourquoi? *Policy works.*

U.S. Adjusted Monetary Base (FRB St Louis) SA, Bil.\$

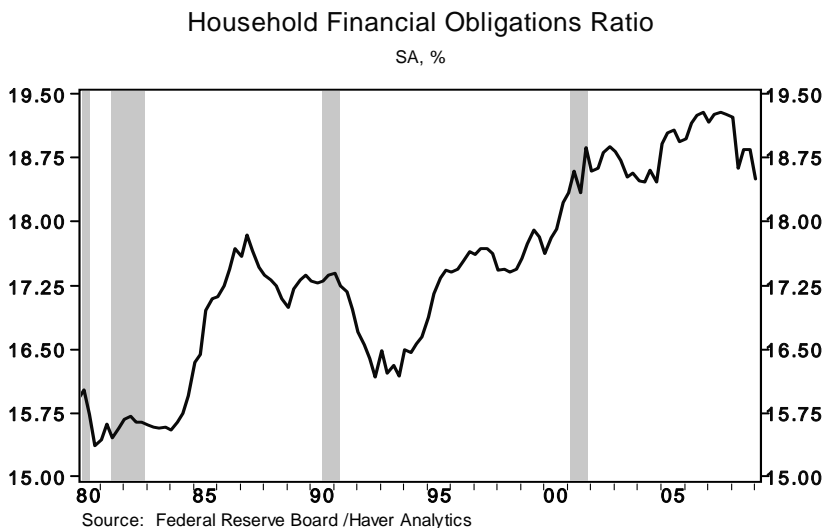


Source: Federal Reserve Bank of St Louis /Haver Analytics

Est-ce soutenable? Non, pas avec le taux de chômage à 10 %...



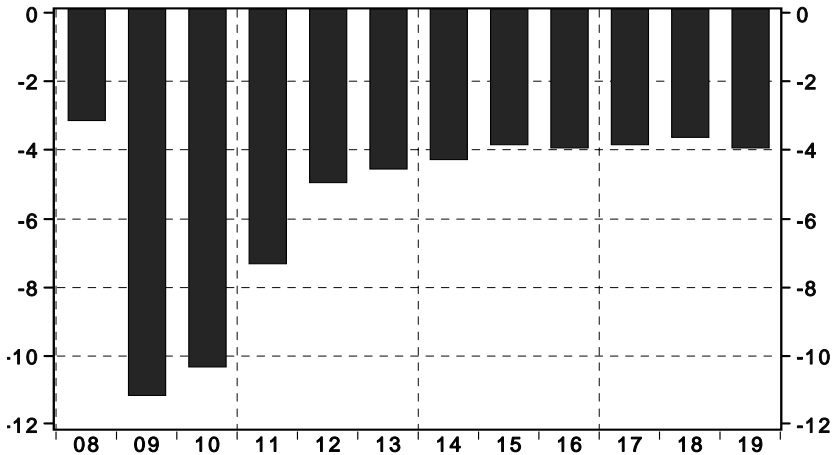
... et un consommateur poussé à la limite.



Le grand risque : déficit fiscal hors contrôle...

Deficit to GDP Ratio

OMB Projections



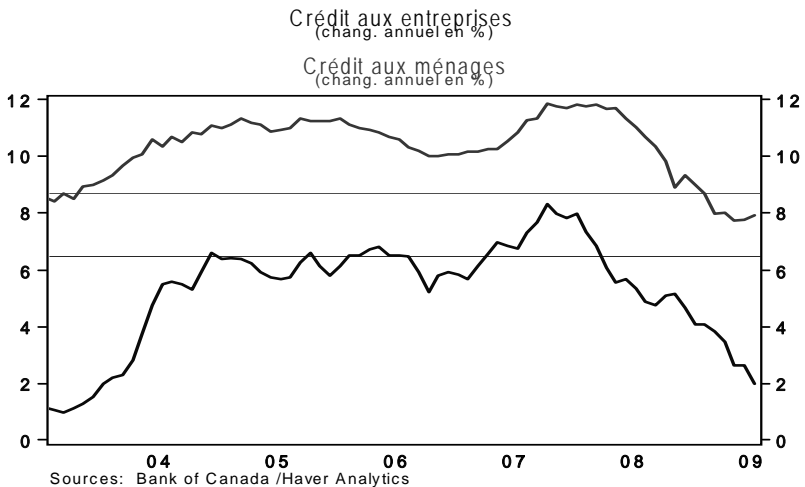
Source: Office of Management and Budget /Haver Analytics

Et le Canada? Le Canada **n'est pas** les États-Unis!

Ratio dette-PIB en 2012 : 35 %

2. LE SYSTÈME FINANCIER CANADIEN, SANS ÊTRE PARFAIT, FONCTIONNE

Les banques prêtent toujours...

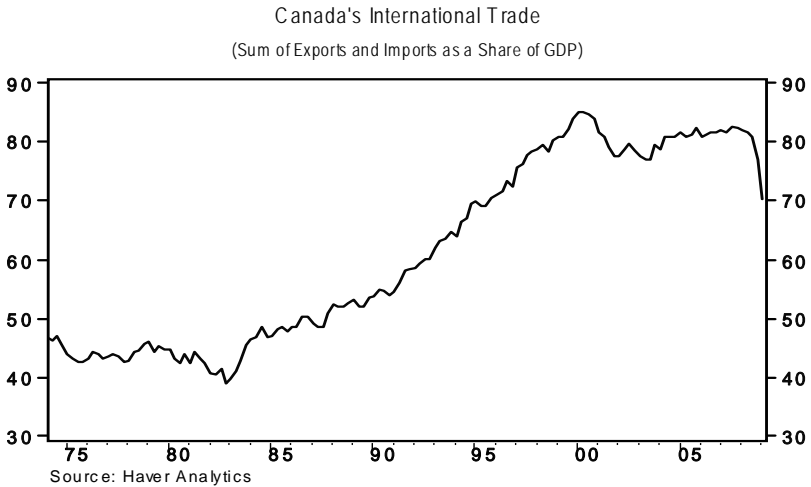


Sources: Bank of Canada /Haver Analytics

3. LE MARCHÉ DU TRAVAIL EST PLUS SOLIDE



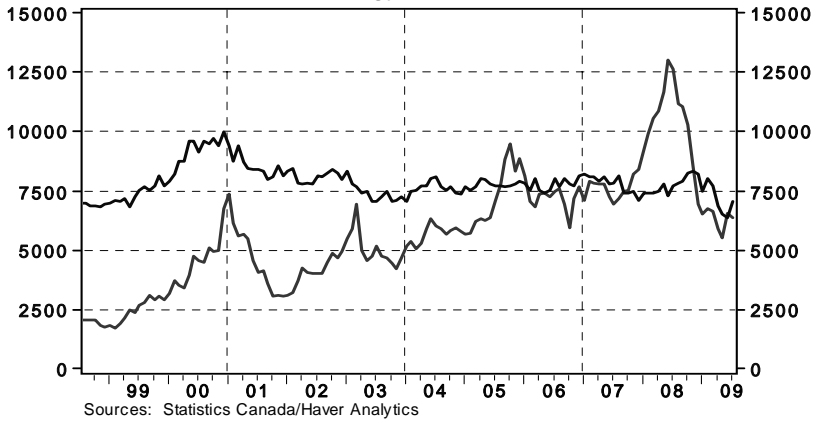
Cependant, l'économie canadienne dépend massivement du commerce international. (Le ratio du commerce international au PIB est l'un des plus élevés au monde.)



Et tout n'est pas pétrole!

Canadian Exports (C\$ million)

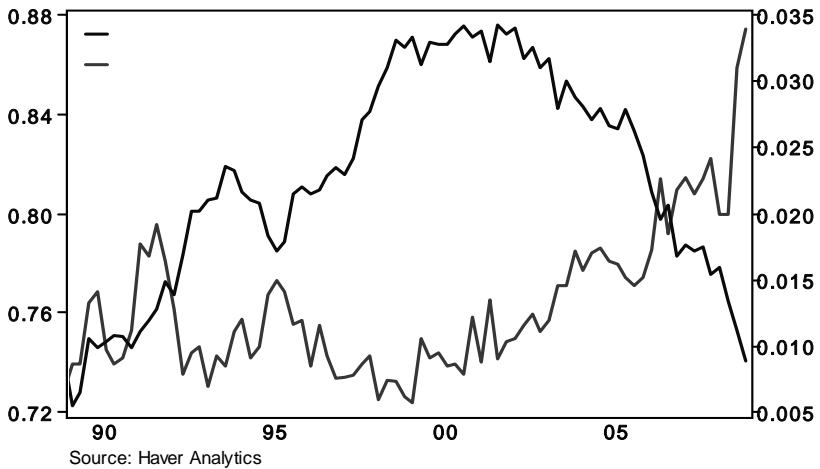
Machinery and Equipment
Energy Products



... mais toujours les États-Unis!

Exportations totales canadiennes

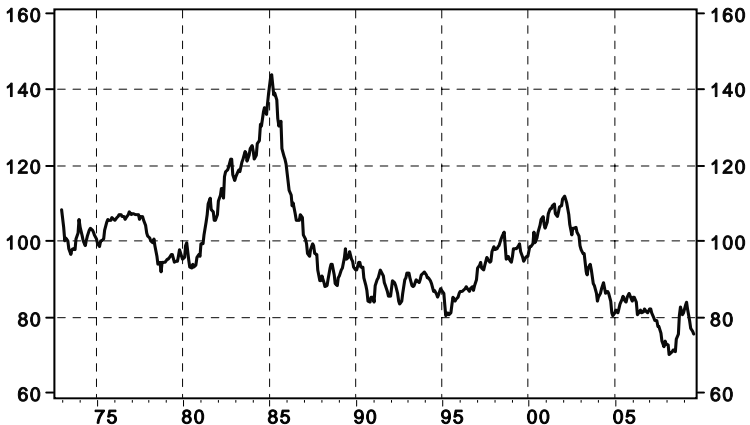
-- % du total



Taux de change (USD TWI)

Nominal Trade-Weighted Exch Value of US\$ vs Major Currencies

3/73=100 (I)

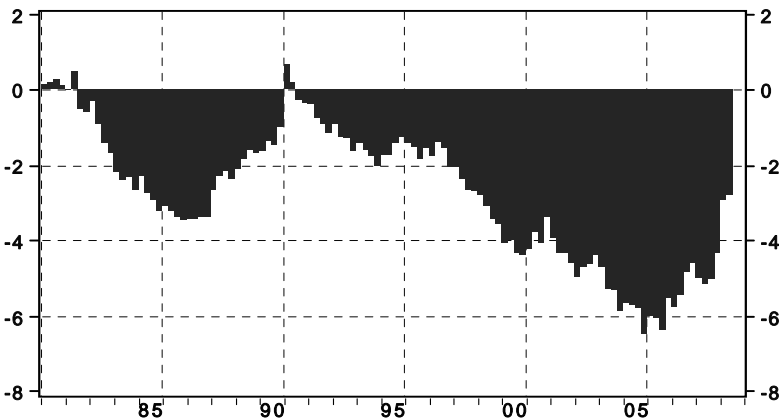


Source: Federal Reserve Board /Haver Analytics

Le déficit externe américain diminue rapidement... ce qui ne correspond pas à une monnaie en chute libre!

US Current Account Balance

(% of GDP)

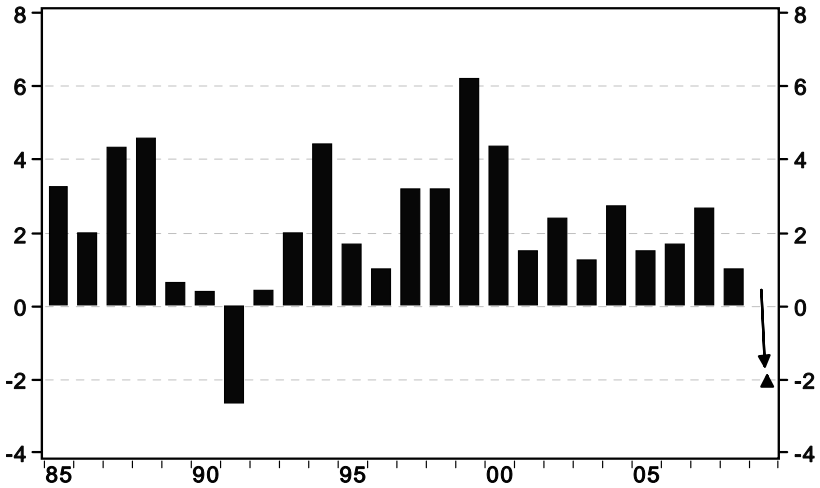


Source: Bureau of Economic Analysis/Haver Analytics

Le Québec n'échappe pas à la récession mondiale.

Québec - PIB (\$ 2002)

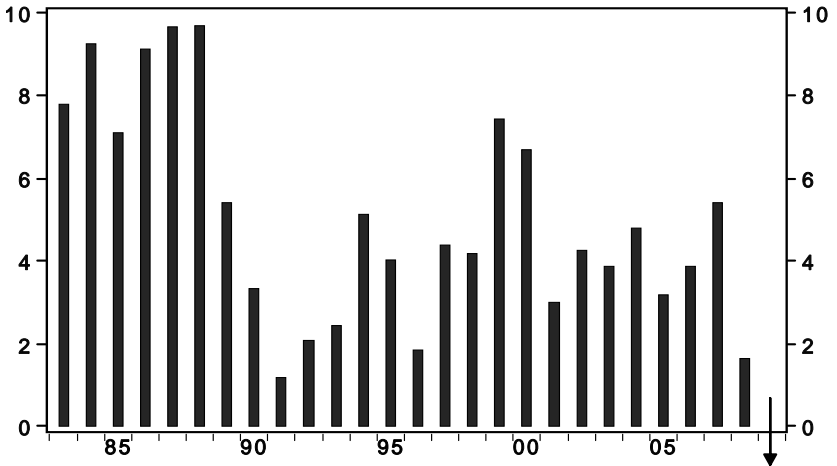
Var. ann. en %



Source: Statistics Canada /Haver Analytics

Quebec Croissance du PIB nominal

-- moyenne annuel de 1980 à 2008: 5,0%



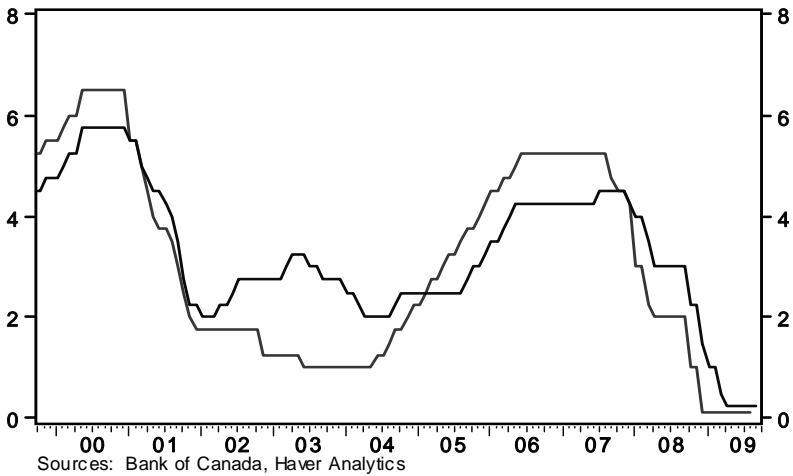
Source: Statistics Canada /Haver Analytics

Taux d'emploi



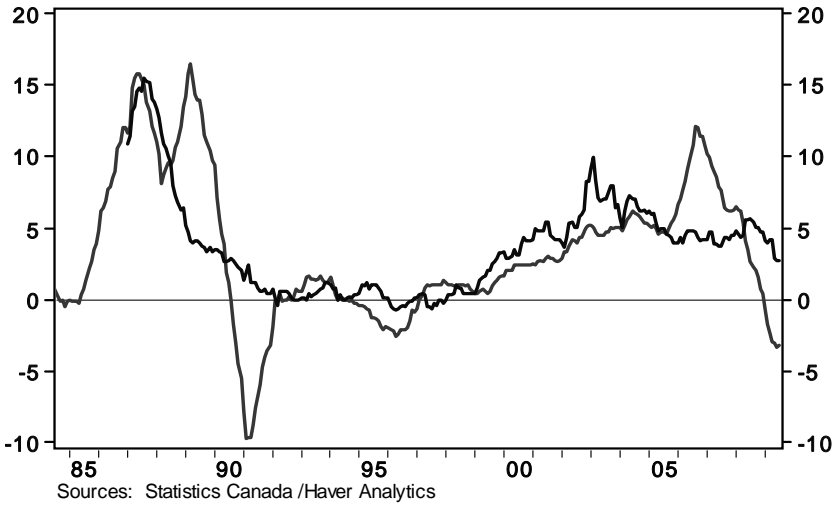
Banque du Canada: taux cible de financement à un jour

Fed: taux des fonds fédéraux



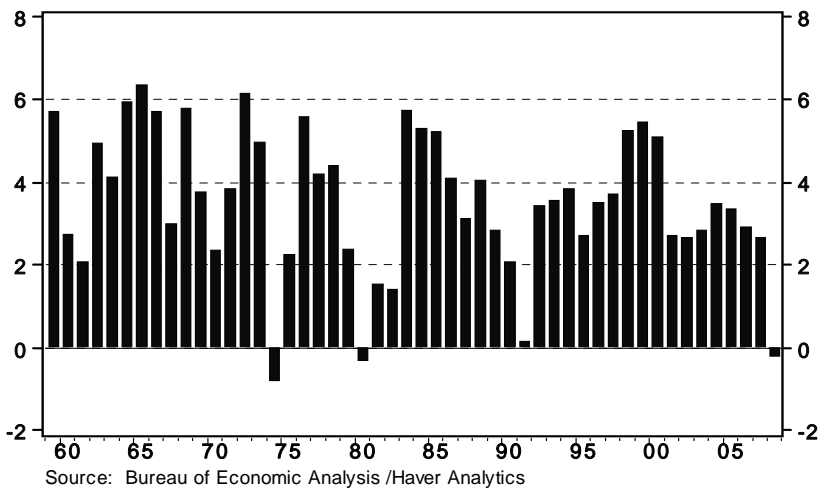
Indice des prix des logements neufs, Québec
(chang. annuel en %)

Indice des prix des logements neufs, Canada
(chang. annuel en %)



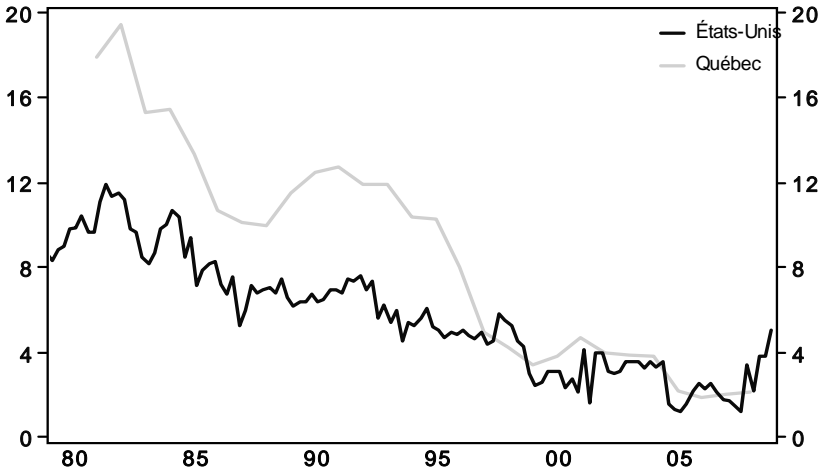
L'avenir : demande extérieure?

Dépenses de consommation réelles aux États-Unis
(chang. annuel en %; moyenne = 3,5%)



Demande intérieure : un taux d'épargne très bas au Québec

Taux d'épargne
(épargne en % du revenu disponible)

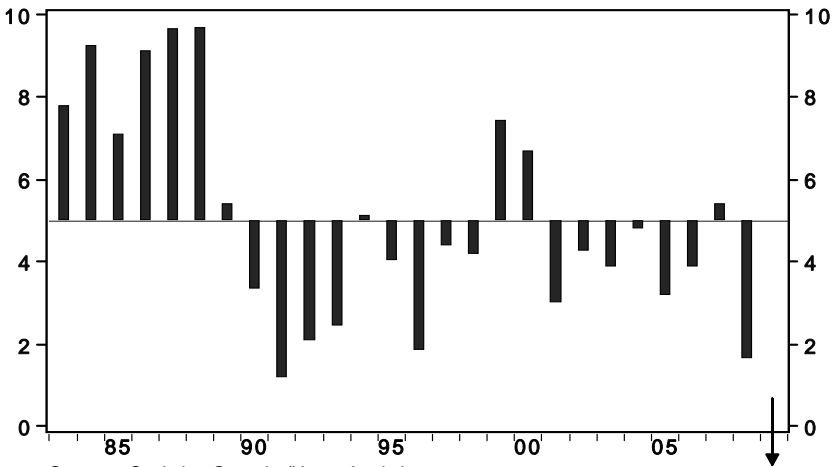


Sources: Bureau of Economic Analysis, Statistics Canada /Haver Analytics

Croissance annuelle du PIB nominal en 2010-2015 : 2,0 à 3,0 %

Quebec Croissance du PIB nominal

-- moyenne annuel de 1980 à 2008: 5,0%



Source: Statistics Canada /Haver Analytics

Prévisions canadiennes

Canada										
	Historique			Prévisions						
	2008	2009T1	2009T2	2009T3	2009T4	2010T1	2010T2	2009	2010	2011
PIB réel (%)	0,4	-6,1	-3,4	2,0	1,7	2,5	2,5	-2,5	2,0	2,5
Consommation	3,0	-1,2	1,8	0,8	1,0	1,5	1,8	-0,3	1,5	2,2
Investissement privé	-0,6	-29,6	-10,6	-6,5	-3,1	-1,5	-1,0	-15,2	-2,4	2,2
Machinerie et équipement	0,5	-37,6	-16,1	-7,2	0,0	0,0	0,0	-20,7	-1,5	3,0
Construction résidentielle	-2,7	-21,2	6,2	-3,0	-8,0	-5,0	-3,3	-10,8	-3,7	0,2
Dépenses gouvernementales	4,8	2,9	5,0	7,5	7,9	8,2	5,8	4,2	7,2	2,1
Exportations	-4,7	-30,4	-19,3	10,0	3,0	3,0	6,0	-14,9	3,6	7,1
Importations	0,8	-38,9	-8,5	6,3	3,5	4,5	7,8	-16,7	5,1	7,1
Solde du compte courant en % du PIB	0,6	-2,4	-3,5	-2,7	-2,3	-1,9	-1,9	-2,7	-1,7	0,3
Inflation (%)										
IPC global	2,4	1,2	0,1	-0,7	1,7	1,8	1,6	0,6	1,8	1,9
Indice de référence	1,7	1,9	1,9	1,6	1,4	1,5	1,4	1,7	1,6	1,9
Taux de chômage (%)	6,2	7,6	8,3	8,7	9,1	9,2	9,3	8,4	9,2	8,8
Emploi	1,5	-5,5	-1,5	-0,5	-0,5	0,0	0,3	-1,6	-0,1	1,0
Mises en chantier (milliers)	211	140	128	142	125	130	130	134	130	130
Profits avant impôts (chang. % a/a)	5,7	-30,8	-42,9	-46,6	-30,5	-11,4	3,2	-38,3	3,7	14,2

Variation d'un trimestre à l'autre, en taux annuel, sauf le taux de chômage et l'inflation

Les variations annuelles sont calculées à partir de la moyenne annuelle des niveaux.

* prévisions en date du 9 septembre 2009

LE TRAITEMENT FISCAL DES DIFFÉRENTES PERTES INHÉRENTES À L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE



France Major
LL.M. fisc.
Consultations fiscales Major inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	2:3
1. PERTE AUTRE QU'EN CAPITAL.....	2:3
1.1. GÉNÉRALITÉS	2:4
1.2. CRÉANCES DOUTEUSES.....	2:6
1.2.1. Sous-alinéa 20(1)l(i) L.I.R.....	2:8
1.2.2. Sous-alinéa 20(1)l(ii) L.I.R.....	2:10
1.3. CRÉANCES IRRÉCOUVRABLES.....	2:11
1.3.1. Sous-alinéa 20(1)p(i) L.I.R.....	2:11
1.3.2. Sous-alinéa 20(1)p(ii) L.I.R.....	2:14
1.4. INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES ET DÉCISIONS ANTICIPÉES	2:14
1.4.1. Somme due au contribuable à la fin de l'année d'imposition.....	2:14

1.4.2.	Dans le cours normal des activités de l'entreprise.....	2:15
1.4.3.	Moment où la créance devient irrécouvrable.....	2:17
1.4.4.	Comptes clients	2:18
1.5.	JURISPRUDENCE.....	2:18
1.6.	REMBOURSEMENT DE LA TPS ET DE LA TVQ LORSQU'UNE CRÉANCE DEVIENT IRRÉCOUVRABLE	2:24
2.	PERTE EN CAPITAL	2:27
2.1.	COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL.....	2:34
3.	PERTE DES SOCIÉTAIRES	2:34
4.	PERTE SUR CHANGE ÉTRANGER	2:35
	CONCLUSION	2:38

INTRODUCTION*

« Le 15 septembre 2008 restera une journée noire dans l'histoire de la finance américaine. La quatrième banque d'investissement de Wall Street, Lehman Brothers, s'est mise en faillite, tandis que Merrill Lynch a été reprise par Bank of America pour 50 milliards de dollars. En quelques jours, les annonces préoccupantes s'accumulent du côté des banques et des assurances, créant une spirale de défiance sur les Bourses. [...]

Mardi 16 septembre : la Fed refuse de céder à la panique [...].

Mercredi 17 septembre : les marchés redoutent que la crise échappe à tout contrôle [...].

Lundi 22 septembre : Wall Street rechute après le plan Paulson [...]¹. »

Tous s'entendent, l'année 2008 fut une année plus que difficile! Cette fameuse « crise économique » a touché les sociétés partout sur la planète. Les entreprises québécoises et canadiennes n'y échappant pas, lors de la préparation des déclarations de revenus pour l'année 2009, nous verrons surgir des pertes de toutes sortes!

Dans le présent texte, nous passerons en revue les différentes pertes que nous pourrions retrouver dans les déclarations de nos clients. Nous nous attarderons notamment sur les pertes autres qu'en capital (ci-après « PAC »), plus particulièrement sur la provision pour créances douteuses ainsi que sur les déductions pour les créances irrécouvrables, les pertes en capital, la perte des sociétaires ainsi que la perte sur change.

1. PERTE AUTRE QU'EN CAPITAL²

De façon générale, la PAC d'un contribuable représente la perte provenant de l'exploitation d'une entreprise. En effet, lorsque les pertes d'entreprise, les pertes de biens et les pertes déductibles au titre d'un

* L'auteur tient à remercier M^{me} Catherine Taillon, CA, D. Fisc., et M. Daniel St-Laurent, LL. B., DESS fisc., du cabinet Consultations Fiscales Major inc., ainsi que M^{me} Diane Larose de l'entreprise Services de traduction Larose de leur précieuse collaboration à la réalisation du présent texte.

¹ *LesEchos.fr* (en ligne : <http://www.lesechos.fr/info/finance/300293082-la-crise-financiere-mondiale-au-jour-le-jour.htm>).

² *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 248(1) et 111(8).

placement d'entreprise excèdent le revenu de l'année établi d'après l'alinéa 3c) L.I.R., une PAC, telle qu'elle est définie aux paragraphes 248(1) et 111(8) L.I.R., en découle. Une PAC peut comprendre la fraction inutilisée de la part du contribuable des pertes d'une société de personnes provenant d'une entreprise ou d'un bien et d'une perte déductible au titre de placement d'entreprise (ci-après « PDTPE »)³ d'une société de personnes⁴.

1.1. GÉNÉRALITÉS

Le paragraphe 111(8) L.I.R. permet d'ajouter aux PAC certaines déductions⁵ qui représentent habituellement des exclusions au calcul du revenu.

L'alinéa 111(1)a) L.I.R. nous indique la période de report de ces pertes⁶, soit :

Année de la PAC	Report aux années précédentes	Report aux années subséquentes
Avant le 23 mars 2004	3	7
Après le 22 mars 2004 et avant le 1 ^{er} janvier 2006	3	10
Après le 31 décembre 2005	3	20

³ Al. 39(1)c) L.I.R. Pour une étude détaillée des PDTPE, voir Hugues LACHANCE, « Perte au titre de placement – Une mise à jour », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 8:1-32 et Nicole PRIEUR, « Les pertes sur disposition d'une immobilisation », dans *Colloque – Restrictions à l'utilisation des pertes (autres que dans un contexte d'acquisition de contrôle)*, 104, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 1:1-23, aux pages 1:17-22.

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-232R3, « Déductibilité des pertes dans l'année de la perte ou dans d'autres années », 4 juillet 1997.

⁵ Al. 110(1)d) à 110(1)d.3), 110(1)f), 110(1)g), 110(1)j) et 110(1)k), 111(1)b), art. 110.6 et 112, par. 113(1) et 138(6) L.I.R.

⁶ Nous rappelons au lecteur que le report de PAC aura des répercussions sur le compte de revenu à taux général défini au paragraphe 89(1) L.I.R. Voir Jean-François COUTU, « Réorganisation et conséquences sur le CRTG et le CRTR », dans *Colloque – Nouvelles réalités en matière de réorganisations corporatives et achat/vente d'entreprises*, 174, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 1:1-24, aux pages 1:19-24.

En raison de sa nature de perte d'entreprise, la PAC peut être appliquée à l'encontre de tout revenu, contrairement à la perte en capital qui ne peut être appliquée qu'à l'encontre d'un gain en capital.

Une PAC réalisée hors Canada, lorsque la société était non résidente, ne peut pas être reportée à l'encontre du revenu de la société lorsque celle-ci devient résidente du Canada⁷.

Une société qui réalise une PAC à l'extérieur du Québec, mais au Canada dans une année d'imposition donnée, peut déduire cette perte, en vertu de l'article 727 de la *Loi sur les impôts*⁸, dans le calcul de son revenu imposable pour une autre année d'imposition pourvu qu'elle ait un établissement au Québec dans cette autre année⁹.

En vertu du paragraphe 111(5) L.I.R., aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ne peut être reporté après l'acquisition de contrôle, sauf si l'entreprise qui est à l'origine de la perte est exploitée par la société tout au long de l'année donnée en vue de tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit et jusqu'à concurrence du revenu total de la société provenant de cette entreprise ou d'une entreprise semblable¹⁰.

En considérant que la PAC découle de l'excédent des dépenses de l'entreprise sur le revenu, la détermination de la déductibilité des dépenses de l'entreprise jouera alors un rôle primordial dans l'établissement de la PAC.

Lors de la préparation des déclarations de revenus des sociétés pour l'année 2009, les professionnels relèveront des dépenses importantes ou

⁷ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique, « Paragraph 250(4)a of Canadian Income », 15 octobre 1985.

⁸ L.R.Q., c. I-3 et mod.

⁹ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 727-1/R1, « Report de perte d'une entreprise qui n'a pas d'établissement au Québec », 28 février 2006.

¹⁰ Voir Thomas W. COPELAND, « Acquisition de contrôle et utilisation de pertes », dans *Colloque – Nouvelles réalités en matière de réorganisations corporatives et achat/vente d'entreprises*, 174, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 6:1-71 et Normand ROYAL, « Utilisation des pertes fiscales et opérations de restructuration de dettes », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 23:1-104.

inhabituelles dans les états financiers de leurs clients. Ils devront s'assurer que ces dépenses sont déductibles au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Ces dépenses, susceptibles de se retrouver aux états financiers, sont notamment la provision pour créances douteuses et la déduction pour créances irrécouvrables que nous verrons en détail.

Notons que d'autres dépenses non déductibles peuvent créer des PAC (ainsi que des pertes en capital). Parmi ces dépenses, les honoraires professionnels pour un refinancement, une émission de titres ou d'actions sont fréquents. Des honoraires pour la recherche d'acheteurs ou d'un courtier peuvent aussi être assez considérables pour créer des pertes. Ces dépenses non admissibles ne feront pas l'objet du présent texte puisque chacune pourrait faire l'objet d'une conférence¹¹.

Le système mis en place par la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui a trait aux créances irrécouvrables ou douteuses ne peut être défini qu'en lisant conjointement les alinéas 20(1)l) et 20(1)p) avec les alinéas 12(1)d) et 12(1)i) L.I.R. Ces articles ont été mis en place puisque la loi oblige la majorité des contribuables à tenir leurs comptes selon la méthode de la comptabilité d'exercice, incluant dans leurs revenus les comptes clients pour lesquels ils n'ont pas encore reçu de paiement. L'alinéa 20(1)l) L.I.R. prévoit qu'un contribuable peut déduire un montant raisonnable au titre de provision pour certaines créances douteuses. L'alinéa 20(1)p) L.I.R. prévoit qu'un contribuable peut déduire dans le calcul de son revenu un montant au titre de provisions pour créances douteuses enregistrées l'année antérieure¹².

Voyons plus en détail ces provisions et dépenses.

1.2. CRÉANCES DOUTEUSES¹³

En vertu de l'alinéa 18(1)e) L.I.R., de manière générale, dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année donnée, il est interdit de déduire toutes les provisions sauf celles permises précisément à l'article 20 L.I.R.

¹¹ Pour une étude détaillée de la déductibilité de ces dépenses, voir Guy CHABOT, Sylvain PAQUET, Yves PARÉ et Jules TURCOTTE, « Étude de cas B – Déductibilité des honoraires professionnels, juridiques et comptables », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 47:1-50.

¹² CCH Canadian, commentary ¶5098, cité dans la décision *John F. Groscki c. La Reine*, 2009 CCI 165.

¹³ Al. 20(1)l) L.I.R.

Le sous-alinéa 20(1)l(i) L.I.R. permet la déduction d'une provision pour créances douteuses et le sous-alinéa 20(1)l(ii) L.I.R., la déduction d'une provision pour prêts ou titres de crédit douteux. En vertu de l'alinéa 12(1d) L.I.R., un contribuable qui demande, en vertu de l'alinéa 20(1)l L.I.R., une déduction pour une provision constituée à l'égard d'une année d'imposition doit ajouter cette provision à son revenu de l'année d'imposition suivante.

La provision demandée en déduction au cours d'une année d'imposition est toujours une nouvelle provision et elle est assujettie en totalité aux conditions stipulées à l'alinéa 20(1)l L.I.R. et non seulement à l'augmentation de la provision telle qu'elle est comptabilisée aux comptes du contribuable¹⁴.

L'alinéa 20(1)l L.I.R. se lit comme suit :

« [...] la provision égale au total des montants suivants :

(i) un montant raisonnable au titre de créances douteuses (sauf une créance à laquelle s'applique le sous-alinéa (ii)) incluses dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure,

(ii) si le contribuable est une institution financière au sens du paragraphe 142.2(1) ou si son activité d'entreprise habituelle consiste en tout ou en partie à prêter de l'argent, un montant au titre de biens (sauf un bien évalué à la valeur du marché au sens de ce paragraphe) qui sont des prêts ou des titres de crédit coûteux, soit qui comptent parmi ses titres de créance déterminés, soit qu'il consent ou acquiert dans le cours normal des activités de son entreprise d'assurance ou de prêt d'argent, égal au total des montants suivants :

(A) le pourcentage, jusqu'à concurrence de 100 %, qu'il demande du montant de provision prescrit pour lui pour l'année,

(B) en ce qui concerne les prêts, titres de crédit ou titres de créance déterminés douteux pour lesquels un montant n'est pas déductible pour l'année par l'effet de la division (A) (chacun étant appelé "prêt" à la présente division), le pourcentage déterminé, applicable au contribuable pour l'année, du moins élevé des montants suivants :

(I) le total des montants représentant chacun un montant raisonnable à titre de provision (à l'exclusion de toute partie de ce montant qui se rapporte à une provision sectorielle) pour un prêt, relativement au coût amorti du prêt pour le contribuable à la fin de l'année,

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-442R, « Mauvaises créances et provision pour créances douteuses », 6 septembre 1991.

(II) le résultat du calcul suivant :

$$0,9M - N$$

où

M représente le montant qui correspond à la provision pour prêts douteux (à l'exclusion de toute partie de ce montant qui se rapporte à une provision sectorielle) pour l'ensemble des prêts, déterminé pour l'année en conformité avec les principes comptables généralement reconnus,

N le total des montants représentant chacun le montant de redressement déterminé pour un prêt (sauf une obligation à intérêt conditionnel, une obligation pour la petite entreprise ou une obligation pour le développement de la petite entreprise) pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure. »

1.2.1. Sous-alinéa 20(1)l(i) L.I.R.

Les conditions relatives à la déductibilité d'une provision pour créances douteuses demandée en vertu du sous-alinéa 20(1)l(i) L.I.R. sont les suivantes :

- a) il s'agit d'une somme due au contribuable à la fin de l'année d'imposition;
- b) un **doute raisonnable** existe selon lequel la créance est douteuse pendant l'année d'imposition;
- c) la dette a été incluse, ou est réputée avoir été incluse, au revenu du contribuable pour l'année d'imposition ou pour une année d'imposition antérieure.

Comparativement à la déduction pour créances irrécouvrables, en vertu du sous-alinéa 20(1)p(i) L.I.R. dont il sera question à la section 1.3., il ne suffit que d'un doute raisonnable au sujet des possibilités de recouvrement d'une créance pour qu'elle soit incluse dans une provision pour créances douteuses.

Une provision pour créances douteuses est déterminée parmi les créances dont le recouvrement est douteux en tenant compte notamment des éléments suivants :

- la durée de temps pendant laquelle le compte est en souffrance;

- s'il a fait l'objet d'un défaut de paiement;
- la situation financière et les perspectives d'avenir du débiteur;
- la réputation de solvabilité antérieure du débiteur;
- la valeur de toute garantie acquise;
- tout autre facteur permettant de juger des possibilités et de la volonté de remboursement du débiteur.

Le montant maximal de la provision devrait être calculé en fonction d'une évaluation du pourcentage des créances douteuses qui ne pourra probablement pas être recouvré. Il devrait de préférence être fondé sur les antécédents de mauvaises créances du contribuable et sur son expérience de l'industrie. Une provision exigée par une loi provinciale ou autre ne constitue pas un facteur déterminant la raisonnable du montant de la provision pour créances douteuses.

Toutefois, une provision qui est simplement fondée sur un pourcentage de toutes les créances, douteuses ou non, ou calculée en fonction d'un pourcentage du montant brut des ventes ne peut constituer une provision déterminée de façon raisonnable comme l'exige le sous-alinéa 20(1)l(i) L.I.R.

Une réserve établie afin de permettre une réduction possible des comptes clients, réduction découlant du retour de marchandises vendues à crédit, ne constitue pas une provision pour créances douteuses, mais une réserve pour éventualités, que l'exception énoncée à l'alinéa 18(1)e) L.I.R. régit.

Même si la durée pendant laquelle la créance a été en souffrance constitue un facteur important dans la décision qui consiste à considérer comme douteux le recouvrement de cette créance, dans certaines circonstances, un long retard peut se produire sans que la créance soit considérée comme douteuse.

Aucune provision pour créances douteuses ou provision pour prêts ou titres de crédit douteux ne peut être demandée par une société l'année de la liquidation ni l'année de la vente, car le contribuable n'était pas bénéficiaire de ces effets à la fin de l'année suivant la vente de l'entreprise. Lors de la vente, toute provision pour créances douteuses ou toute provision pour prêts

ou titres de crédit douteux accordée à la fin de l'année d'imposition précédente doit être incluse dans le revenu de l'année en cours.

1.2.2. Sous-alinéa 20(1)l(ii) L.I.R.

Le sous-alinéa 20(1)l(ii) L.I.R. s'applique aux prêts et aux titres de créance qui peuvent s'avérer douteux.

Cette provision doit être établie sur le fait « d'un doute raisonnable ». Au même titre que la provision en vertu du sous-alinéa 20(1)l(i) L.I.R., il ne suffit que d'un doute raisonnable au sujet des possibilités de recouvrement d'un prêt ou d'un autre titre de créance pour qu'il soit inclus dans une provision pour créances douteuses.

En considérant le contexte économique actuel, lors de l'établissement des déclarations de revenus de clients, force est de nous demander si les prêts montrés aux états financiers ne seraient pas douteux.

En vertu du sous-alinéa 20(1)l(ii) L.I.R., un contribuable peut déduire, à titre de provision, s'il est une institution financière ou si son **activité d'entreprise habituelle consiste en tout ou en partie à prêter de l'argent**, un montant au titre de biens (sauf un bien évalué à la valeur du marché au sens de ce paragraphe) qui sont des prêts ou des titres de crédit douteux, soit qui comptent parmi ses titres de créance déterminés, soit qu'il consent ou acquiert **dans le cours normal des activités de son entreprise d'assurance ou de prêt d'argent**.

En considérant que la majorité de notre clientèle n'est pas constituée d'institutions financières, mais que néanmoins les sociétés prêtent des sommes d'argent et émettent des titres de créance, lorsqu'il est démontré qu'un prêt ou un titre de créance est douteux à la fin de l'année, il importe de déterminer s'il est de l'entreprise habituelle de notre client de prêter de l'argent et que ce prêt ou titre est consenti dans le cours normal des activités de l'entreprise.

Ces notions étant identiques, que nous établissions une provision pour créances douteuses ou une déduction pour créances irrécouvrables, elles seront étudiées de façon concomitante aux sections 1.4. et 1.5.

1.3. CRÉANCES IRRÉCOUVRABLES¹⁵

L'alinéa 20(1)p) L.I.R. permet au contribuable de déduire un montant à titre de créances irrécouvrables dans le calcul de son revenu imposable dans les circonstances où :

« [...] »

(i) les créances du contribuable qu'il a établies comme étant devenues irrécouvrables au cours de l'année et qui sont incluses dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure,

(ii) les montants représentant chacun la partie du coût amorti, pour le contribuable à la fin de l'année, d'un prêt ou d'un titre de crédit [...] que le contribuable a établie, au cours de l'année, comme étant devenue irrécouvrable, lequel prêt ou titre selon le cas :

(A) si le contribuable est un assureur ou si son activité d'entreprise habituelle consiste en tout ou en partie à prêter de l'argent, a été consenti ou acquis dans le cours normal des activités de son entreprise d'assurance ou de prêt d'argent,

(B) si le contribuable est une institution financière au sens du paragraphe 142.2(1) au cours de l'année, compte parmi ses titres de créance déterminés au sens de ce paragraphe; [...]. » (Notre soulignement)

Aux fins du présent texte, nous étudierons le sous-alinéa (i) ainsi que la division (A) du sous-alinéa (ii) de l'alinéa 20(1)p) L.I.R.

1.3.1. Sous-alinéa 20(1)p)(i) L.I.R.

Le sous-alinéa 20(1)p)(i) L.I.R. permet de demander une déduction pour créances irrécouvrables si les conditions suivantes sont respectées :

- a) il s'agit d'une somme due au contribuable à la fin de l'année d'imposition;
- b) la créance est devenue mauvaise pendant l'année d'imposition;
- c) la dette a été incluse, ou est réputée avoir été incluse, au revenu du contribuable pour l'année d'imposition ou pour une année d'imposition antérieure.

¹⁵ Al. 20(1)p) L.I.R.

La condition selon laquelle il s'agirait d'une somme due au contribuable à la fin de l'année d'imposition interdit au contribuable de demander une déduction pour créances irrécouvrables lorsqu'il a vendu, escompté ou cédé de façon absolue une créance au cours de l'année, même s'il peut toujours être tenu d'indemniser l'acheteur ou le cessionnaire si la créance se révèle irrécouvrable. Dans ce dernier cas, toute perte subie au moment de la disposition de la créance ou ultérieurement pour défaut de paiement par le débiteur serait normalement déductible par le contribuable comme dépense générale d'entreprise. Cette perte est déductible si la disposition de la créance se produit dans le cours normal des activités de l'entreprise ou dans le cadre du commerce des créances.

Une créance continue d'être une créance du contribuable à la fin de l'année d'imposition, même si elle a été radiée comme mauvaise créance pendant l'année. Si un contribuable choisit de radier les mauvaises créances pendant l'année d'imposition plutôt que d'attendre à la fin de l'année, tout recouvrement subséquent effectué au cours de l'année n'est pas ajouté au revenu en vertu de l'alinéa 12(1)i) L.I.R. Toutefois, ces sommes recouvrées diminueront le montant pouvant être radié aux fins de l'impôt, car le montant maximal qui peut être déduit à titre de mauvaise créance n'est que le montant net d'une créance à la fin de l'année d'imposition¹⁶.

Selon le paragraphe 28 du *Bulletin d'interprétation* IT-442R, lorsqu'un contribuable, utilisant la méthode de la comptabilité d'exercice, abandonne l'exercice de son entreprise au moment où il existe encore des créances, des prêts ou des titres de crédit, ou lorsqu'il vend l'entreprise mais qu'il conserve les créances, les prêts ou les titres de crédit, les dispositions de la loi concernant la provision pour créances douteuses, la provision pour prêts ou titres de crédit douteux continuent de s'appliquer¹⁷.

Lorsqu'une société est liquidée, les créances, les prêts ou les titres de crédit qui deviennent mauvais ou irrécouvrables pendant la dernière année sont déductibles.

Une déduction pour mauvaises créances ne peut être déduite que l'année au cours de laquelle elle est devenue irrécouvrable. Par conséquent, la déduction ne peut pas être reportée à l'année suivante.

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 14, par. 4.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0146175, 12 décembre 2002.

Une créance peut être déterminée recouvrable en partie, la partie irrécouvrable peut être considérée comme mauvaise.

Il n'existe aucune condition précise pour qu'une créance soit considérée comme mauvaise. Une décision du genre ne peut être prise qu'après une tentative réelle de recouvrer la créance, ou lorsqu'il est devenu évident que la créance est irrécouvrable. Si seulement le recouvrement d'une créance est douteux, celle-ci ne peut pas être déduite comme mauvaise créance, mais peut donner lieu à une provision pour créances douteuses. Le fait qu'il y ait recouvrement après qu'une créance eut été radiée n'infirme pas le bien-fondé d'une demande de déduction pour mauvaises créances, si le recouvrement ne pouvait raisonnablement pas être prévu au moment où la créance a été radiée¹⁸.

Toute somme recouvrée d'une mauvaise créance, ayant fait l'objet d'une provision en vertu de l'alinéa 20(1)p) L.I.R., doit être incluse au revenu du contribuable en vertu de l'alinéa 12(1)i) L.I.R.

Lorsqu'une créance résultant de la vente d'un bien en immobilisation, tel qu'il est défini à l'article 54 L.I.R., est devenue mauvaise au cours de l'année, le montant de cette créance n'est nullement déductible en vertu de l'alinéa 20(1)p) L.I.R. Selon les dispositions du paragraphe 50(1) L.I.R., la disposition de la créance est réputée avoir eu lieu à la fin de l'année et toute perte découlant de la créance devient une perte en capital, et tout recouvrement ultérieur devient un gain en capital¹⁹.

Le paragraphe 20(4.2) L.I.R. permet de demander une déduction équivalente à la demie de la portion irrécouvrable d'une créance découlant de la disposition d'un bien en immobilisation admissible après le 17 juin 1987 (autre qu'une disposition en vertu d'une obligation écrite conclue avant le 18 juin 1987)²⁰.

Tous les recouvrements ou cessions de mauvaises créances découlant de la disposition d'un bien en immobilisation (autre qu'un bien amortissable)

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 14, par. 6.

¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-159R3, « Dettes de capital reconnues comme mauvaises créances », 1^{er} mai 1989.

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-123R6, « Transaction mettant en jeu des immobilisations admissibles », 1^{er} juin 1997.

sont inclus au calcul des gains en capital au cours de l'année du recouvrement.

Le recouvrement ou la cession d'une mauvaise créance résultant de la disposition d'un bien amortissable (autre qu'un avoir forestier) constitue un gain en capital dans la mesure où le montant n'a pas à être inclus au revenu en vertu de l'alinéa 12(1)j) L.I.R., sauf si le montant recouvré a été déduit du revenu en vertu du paragraphe 20(4.2) L.I.R.

Il doit y avoir une réévaluation annuelle des créances douteuses d'une entreprise afin d'effectuer une déduction nette pour chaque année. Quand une créance n'est plus douteuse, mais s'avère finalement irrécouvrable, elle est déductible en vertu de l'alinéa 20(1)p) L.I.R.

1.3.2. Sous-alinéa 20(1)p)(ii) L.I.R.

Aux fins de la déduction d'un prêt ou d'un titre, en vertu de la division (A) du sous-alinéa 20(1)p)(ii) L.I.R., **l'activité d'entreprise habituelle** d'un contribuable qui n'est pas un assureur doit consister en tout ou en partie à prêter de l'argent, et le prêt ou le titre doit avoir été consenti ou acquis **dans le cours normal des activités de son entreprise** de prêt d'argent.

Ces notions n'étant pas définies dans la loi, regardons comment les autorités fiscales et les tribunaux ont interprété ces notions.

1.4. INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES ET DÉCISIONS ANTICIPÉES

1.4.1. Somme due au contribuable à la fin de l'année d'imposition

Est-ce qu'un prêteur renonçant aux intérêts accumulés depuis le début de l'année jusqu'à la date de la renonciation peut prendre une déduction en vertu de l'alinéa 20(1)p) L.I.R. pour les intérêts non payés²¹?

Cette demande d'interprétation avait deux volets, soit l'application de l'alinéa 12(1)c) et du paragraphe 12(3) L.I.R. et, dans l'affirmative, l'application possible de l'alinéa 20(1)p) L.I.R.

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0076291E5, 11 juin 2004.

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a *a priori* défini aux fins de l'alinéa 12(1)c) et du paragraphe 12(3) L.I.R. les termes « les sommes reçues ou à recevoir » se basant sur la définition qu'en ont fait les tribunaux :

« [...] dans l'affaire M.N.R. c. John Colford Contracting Co. Ltd., 60 DTC 1131 (Cour de l'Échiquier, confirmée par la Cour suprême du Canada à 62 DTC 1338), le juge Kearny a statué ce qui suit pour les besoins de l'application de l'alinéa 12(1)b) : "In the absence of a statutory definition to the contrary, I think it is not enough that the so-called recipient have a precarious right to receive the amount in question, but he must have a clearly legal, though not necessarily immediate, right to receive it. A second meaning, as mentioned by Cameron J., is □to be received and Eric L. Kohler, in a Dictionary for Accountants, 1957 edition, page 408, defines it as collectible, whether or not due□. These two definitions, I think, connote entitlement"²². » (Notre soulignement)

L'ARC a déterminé qu'une somme est à recevoir par un contribuable **lorsque celui-ci a un droit absolu et inconditionnel de recevoir cette somme**. Ainsi, pour que les dispositions du paragraphe 12(3) L.I.R. et subsidiairement celles de l'alinéa 12(1)c) L.I.R. s'appliquent, ce droit de recevoir la somme en question doit être existant. Selon l'ARC, un acte de renonciation aux intérêts qui lie juridiquement les parties en cause a pour conséquence **d'éteindre le droit aux intérêts du créancier**. Cela rendait les dispositions du paragraphe 12(3) et de l'alinéa 12(1)c) L.I.R. inapplicables. Par conséquent, si les intérêts ne sont pas considérés comme à recevoir, les dispositions du sous-alinéa 20(1)p)(i) et du paragraphe 50(1) L.I.R. ne peuvent trouver application.

Concluant sur cette position, il est à retenir qu'une déduction selon l'alinéa 20(1)p) L.I.R. sera acceptable si a priori la société a un droit absolu de recevoir les sommes en cause. Ainsi, tel que le *Bulletin d'interprétation* IT-442R le mentionne, si un client prend une déduction pour mauvaises créances en cours d'année, on doit s'assurer que le client détient toujours cette créance en fin d'année.

1.4.2. Dans le cours normal des activités de l'entreprise

Cette expression n'est pas définie dans la loi, ce qui crée une incertitude quant à son interprétation. Elle doit être analysée pour chacune des entreprises exploitées par un contribuable.

²²

Id.

En réponse à une demande de décision anticipée sur la définition de « cours normal des activités de l'entreprise »²³, l'ARC a fait référence au juge Bonner dans l'affaire *Singh c. La Reine* :

« Dans l'affaire *Morflot Freightliners Limited c. La Reine*, à la page 7 (DTC : à la page 5185), le juge Strayer (titre qu'il portait alors) a fait remarquer que “[...] dans des affaires comme celle-ci, [...] il faut considérer la situation par rapport à la pratique commerciale [...]”. À mon sens, lorsque les faits sont considérés de cette manière, il est clair que, en consentant les prêts, l'appelant se lançait dans le domaine du prêt d'argent. Il évaluait les possibilités de prêt et considérait à la fois le gain potentiel pour lui-même et la capacité de remboursement des emprunteurs. Il obtenait une sûreté réelle lorsque c'était possible. Les prêts semblent avoir été consentis à des taux d'intérêt commerciaux ordinaires. Les prêts, quoique peu nombreux, n'étaient guère différents des opérations d'un prêteur d'argent commercial ordinaire. Les prêts de 1992 et de 1993 ne représentaient pas des investissements de capitaux propres de l'appelant. Ils ont été consentis grâce à de l'argent emprunté à un taux d'intérêt qui, espérait l'appelant, serait inférieur aux intérêts gagnés. En bref, l'appelant s'attendait à gagner de l'argent grâce à l'écart entre les deux taux, comme dans le cas d'opérations d'autres prêteurs commerciaux. Ni le fait que l'opération s'est révélée un échec ni le fait qu'elle a été de courte durée n'étaient une conclusion selon laquelle il ne s'agissait pas d'une entreprise commerciale ordinaire. Comme de l'argent a été emprunté pour consentir les trois derniers prêts, on ne peut dire que les prêts étaient de simples investissements de capitaux accumulés. Une entreprise à ses débuts n'en demeure pas moins une entreprise. [...] »

À mon avis, c'est dans le cours normal de ses affaires que l'appelant a consenti le prêt à M. Pancella. Aucune circonstance relative aux modalités du prêt ne permettrait de dire que ce n'était pas dans le cours normal de ses affaires que l'appelant avait consenti ce prêt. Les opérations subséquentes sont pertinentes en ce qu'elles indiquent une ligne de conduite. L'appelant répond donc à la deuxième partie du critère de l'alinéa 20(1)p)²⁴. » (Notre soulignement)

L'ARC conclut sa position sur le fait que, dans la mesure où l'investissement faisant l'objet de la déduction pour créances irrécouvrables selon le sous-alinéa 20(1)p)(ii) L.I.R. n'a pas un caractère exceptionnel par rapport aux autres investissements que la société effectue, ledit investissement aura été acquis dans le cours normal des activités de l'entreprise.

²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2005-013334117, 3 mai 2006.

²⁴ 2000 D.T.C. 203 (C.C.I.), par. 12-13.

Dans une autre interprétation, l'ARC s'est prononcée sur une question²⁵ portant sur le fait que les alinéas 20(1)p) et 20(1)l) L.I.R. exigent notamment qu'un montant faisant état d'une telle provision doit nécessairement avoir été inclus au revenu dans une année antérieure ou l'année en cours. La réponse a été claire :

« Subparagraph 20(1)(p)(ii) of the Act allows a taxpayer whose ordinary business includes the lending of money to obtain a deduction for that part of the amortized cost at the end of the year of an uncollectible loan or lending asset made or acquired in the ordinary course of the taxpayer's business of the lending of money. A deduction under subparagraph 20(1)(p)(ii) of the Act is not restricted to amounts that have been included in computing the taxpayer's income for the year or a preceding taxation year²⁶. » (Notre soulignement)

1.4.3. Moment où la créance devient irrécouvrable

Le moment où une créance devient irrécouvrable doit être déterminé. Ce moment demeure particulier à chaque fait. Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-442R²⁷, l'ARC mentionne qu'il n'existe aucune condition précise pour qu'une créance soit considérée comme mauvaise. Une décision du genre ne peut être prise qu'après une tentative réelle de recouvrer la créance, ou lorsqu'il est devenu évident que la créance est irrécouvrable. De plus, la déduction selon l'alinéa 20(1)p) L.I.R. peut être prise l'année au cours de laquelle la créance devient mauvaise. L'ARC s'est prononcée ainsi sur la question :

« Le contribuable peut-il déduire un montant à titre de créance irrécouvrable ou de provision pour mauvaise créance suite à l'approbation par les créanciers d'un plan d'arrangement en vertu de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies^{28?} »

En réponse, l'ARC réitère sa position indiquant qu'il n'existe aucune condition précise pour qu'une créance devienne irrécouvrable.

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0328191E5, 17 juillet 2009.

²⁶ *Id.*

²⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 14, par. 6.

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision anticipée 2007-022328117, 27 février 2007.

Néanmoins, lorsqu'un plan d'arrangement en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*²⁹ devient exécutoire, la créance devient irrécouvrable.

En effet, lorsqu'une créance à recevoir fait l'objet d'une proposition concordataire, ou que le contribuable est failli, cette créance peut être considérée comme irrécouvrable.

1.4.4. Comptes clients³⁰

Lorsqu'un fournisseur reçoit en échange de ses comptes clients un billet à demande, l'ARC est d'avis que le fournisseur a reçu compensation pour les sommes à recevoir. Dans l'hypothèse où le fournisseur accepte un billet d'une valeur moindre que la créance, et que le solde du compte client est déterminé comme irrécouvrable, le fournisseur pourra alors déduire, en vertu du sous-alinéa 20(1)p(i) L.I.R., le solde considéré comme irrécouvrable.

1.5. JURISPRUDENCE

Le juge Robert J. Hogan de la Cour canadienne de l'impôt s'est récemment penché, dans la cause *Heron Bay Investments Ltd. c. La Reine*³¹, sur les conditions d'application de la division 20(1)l(ii)(B) et de l'alinéa 20(1)p) L.I.R. Heron Bay Investments Ltd. (ci-après « Heron Bay ») avait prêté des sommes d'argent à une société liée au cours de son année financière 1994. Pour son année 1995, Heron Bay a déduit le montant total du prêt au titre d'une provision pour créances douteuses en vertu du sous-alinéa 20(1)l(ii) L.I.R. et d'une déduction pour créances irrécouvrables en vertu du sous-alinéa 20(1)p)(ii) L.I.R. Pris dans un dilemme juridique sur la définition des clauses « first right to purchase » et « right of first refusal », Heron Bay avait prêté à Viewmark Homes une somme de 3 770 000 \$ afin d'éviter l'achat d'une propriété (un terrain de stationnement sur lequel des condominiums devaient être construits) par un tiers.

Ces déductions ont été contestées par l'ARC.

²⁹ L.R.C. (1985), c. C-36.

³⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0055097, 18 janvier 2001.

³¹ 2009 CCI 337 (ci-après « *Heron Bay* »).

L'issue de cette cause était de déterminer si les conditions d'application de la provision en vertu du sous-alinéa 20(1)l(ii) L.I.R. et de la déduction selon le sous-alinéa 20(1)p(ii) L.I.R. étaient respectées :

- a) Est-ce que le cours normal de l'entreprise inclut le prêt d'argent?
- b) Est-ce que le prêt a été fait dans le cours normal des activités de l'entreprise?
- c) Est-ce que la créance est douteuse ou irrécouvrable?
- 1) Est-ce que le cours normal de l'entreprise inclut le prêt d'argent?

Le juge a déterminé que l'entreprise de Heron Bay était bien le prêt d'argent puisque faire des prêts faisait partie intégrante de l'entreprise de façon continue. L'historique de la société démontrait des prêts de façon constante. Les états financiers de Heron Bay montraient plusieurs prêts. Il était évident que les revenus d'intérêts gagnés par Heron Bay provenaient des hypothèques et des prêts recevables. Le but du prêt d'argent n'était pas un investissement occasionnel des surplus de la société.

- 2) Est-ce que le prêt a été fait dans le cours normal des activités de l'entreprise de Heron Bay?

Le juge a précisé ceci : « [...] the wording used in paragraph 20(1)(l) is not “ordinary course of business”, but “ordinary course of the taxpayer’s business of [...] lending [...] money”³² ».

Le juge mentionne au paragraphe 52 que le prêt d'argent doit donc faire partie de l'entreprise de la société de façon « habituelle », ce qui sous-entend une continuité et une répétition³³.

L'expression « dans le cours normal des activités de l'entreprise » suppose des activités au jour le jour menées avec régularité, et un degré de fréquence du gestionnaire de l'entreprise de mener les activités de cette

³² *Id.*, par. 50.

³³ Guy FORTIN et Mélanie BEAULIEU, « The Meaning of the Expressions “In the Ordinary Course of Business” and “Directly or Indirectly” », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 36:1-60, à la page 36:2.

dernière, comparativement à des transactions isolées, incluant des événements extraordinaires³⁴.

Afin de définir l'expression « dans le cours normal des activités de l'entreprise », le juge s'est basé sur la seule décision discutant de cette expression, soit *Société d'investissement Desjardins c. MRN*³⁵. Par conséquent, le juge a déterminé que le prêt fait par Heron Bay n'était pas réalisé dans le cours normal de l'entreprise de la société. Il ne cadrait pas dans les activités habituelles au jour le jour de l'entreprise.

À cette étape, considérant que la deuxième condition n'est pas remplie, le juge Hogan pouvait terminer son analyse. Néanmoins, il a poussé son étude jusqu'à la dernière condition.

3) Est-ce que la créance est douteuse ou irrécouvrable?

Le juge Robert J. Hogan a fait une étude exhaustive des critères de détermination afin de savoir si une créance est douteuse ou irrécouvrable. Reportons-nous à son étude :

« [79] The test for bad debts and doubtful debts was stated by Justice Reed in the decision *Copley Noyes & Randall Ltd. v. Canada (M.N.R.)*, [1991] F.C.J. No. 347 (QL) (FCTD), in which she quoted paragraph 22 of Interpretation Bulletin IT-442 – Bad Debts and Reserve for Doubtful Debts, as follows:

[...]For a debt to be classed as a **bad debt** there must be evidence that it has in fact become uncollectible. For a debt to be included in a **reserve for doubtful debts** it is sufficient that there be reasonable doubt about the collectibility of it. [...]

[Emphasis added.]

[80] The question of when a debt is to be considered uncollectible is a matter of the taxpayer's own judgment as a prudent businessman (*Flexi-Coil Ltd. v. R.*, 1995 CarswellNat 1380, [1996] 1 C.T.C. 2941, at paragraph 22).

[81] In the case of doubtful debts on the other hand, "doubtful" means there must be some reasonable doubt as to the collectibility of the principal amount of

³⁴ *Heron Bay*, précité, note 31, par. 55, faisant référence à Elizabeth J. JOHNSON et James R. WILSON, « International Tax Planning – Financing Foreign Affiliates: The Term Preferred Share Rules and Tower Structures », (2006), vol. 54, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 726-761, p. 759.

³⁵ 91 D.T.C. 373 (C.C.I.).

the debt obligation. It is sufficient if there is some reasonable doubt as to the timeliness of payments. (Ryan Keey, Carol Klein Beernink and Joscelyn Affonso, eds., *Canada Tax Service*, vol. 4 (Toronto: Thomson Reuters Canada Limited, 2009), at 20-1406).

[82] Accordingly, the test appears to be more flexible for doubtful debts than for uncollectible debts. In *Highfield Corporation Ltd.*, above, Mr. Taylor confirms this by stating the following in his decision (paragraphs 34 and 35 CarswellNat, page 1847 DTC):

[...] A “Reserve for doubtful debts” established under section 20(1)(l) of the Act would seem to leave with the taxpayer a much greater degree of flexibility in using business judgment with regard to the inclusion of amounts in such a reserve than is permitted to a taxpayer in claiming a deduction under section 20(1)(p) of the Act for a “bad debt”. The term “doubtful debt” in itself can mean only what it says – the debt is owing and possible of collection, but that possibility is not sufficiently certain in the mind of the taxpayer that he wishes to be placed in the disadvantageous position of having to pay income tax thereon before that possibility has become more of a certainty.

In effect, a taxpayer may be given a year’s grace with the application of section 12(1)(d) of the Act serving to bring the reserve back into income in the following year, at which point he is presumably required or permitted to re-examine the situation and reserve against the amount again, or not do so depending on his business judgment then, and the situation at that time. Obviously if his original concern regarding collectibility has been ill-founded and the amount collected in the interim, it would be credited as income. Conversely, under section 20(1)(p) of the Act, it is necessary for the taxpayer to establish that the amount at issue is a “bad debt” – in simple language uncollectible. It has gone beyond any reasonable hope of recovery and is effectively worthless (not merely doubtful) as an asset. That, as I see it, requires considerably greater support for the claim than may be required under section 20(1)(l).

[Emphasis added.]

[83] An honest and reasonable determination is needed in order to establish that the loan was bad (*Rich*, above, at paragraph 28). A reasonable determination will be based on a contextual review of all of the factors that come into play in the particular situation.

[84] Rothstein J.A. summarized the factors — similarly to those adopted in *Hogan v. M.N.R.*, 56 DTC 183 (ITAB) — that should be taken into account in determining whether a debt has become bad, at paragraph 13 of *Rich*:

1. the history and age of the debt;

2. the financial position of the debtor, its revenues and expenses, whether it is earning income or incurring losses, its cash flow and its assets, liabilities and liquidity;
3. changes in total sales as compared with prior years;
4. the debtor's cash, accounts receivable and other current assets at the relevant time and as compared with prior years;
5. the debtor's accounts payable and other current liabilities at the relevant time and as compared with prior years;
6. the general business conditions in the country, the community of the debtor, and in the debtor's line of business; and
7. the past experience of the taxpayer with writing off bad debts.

This list is not exhaustive and, in different circumstances, one factor or another may be more important.

[85] At paragraph 14 of *Rich*, Rothstein J.A. went on to state:

While future prospects of the debtor company may be relevant in some cases, the predominant considerations would normally be past and present. If there is some evidence of an event that will probably occur in the future that would suggest that the debt is collectible on the happening of the event, the future event should be considered. If future considerations are only speculative, they would not be material in an assessment of whether a past due debt is collectible.

[86] Rothstein J.A. confirms that there is no one specific factor that must be present for a debt to be classified as a bad debt. The uncollectibility of a debt is determined on the basis of the consideration of many factors. While *Rich* is a case that deals with bad debts, the factors considered for bad debts also apply to determining whether debts are doubtful; it is simply a matter of adapting them to take into account the fact that for doubtful debts the threshold is lower, as the collectibility of the debt need only to be doubtful. (Interpretation Bulletin IT-442R at paragraphs 23 and 24)³⁶. »

Le juge a déterminé que les faits dans l'affaire *Heron Bay* ne faisaient pas en sorte que la créance était irrécouvrable. L'appel a donc été rejeté.

En conclusion, lors de la préparation des déclarations de revenus de clients, afin de déterminer si une provision en vertu de la division

³⁶ *Heron Bay*, précité, note 31, par. 79-85.

20(1)l(ii)(B) L.I.R. et une déduction en vertu de la division 20(1)p(ii)(A) L.I.R. peut être prise, il sera judicieux de répondre aux questions suivantes :

- 1) Est-ce que le cours normal de l'entreprise inclut le prêt d'argent?
- 2) Est-ce que le prêt a été fait dans le cours normal des activités de l'entreprise?
- 3) Est-ce que la créance est douteuse ou irrécouvrable?

Afin de répondre à cette dernière question, les critères pris en considération par le juge Robert J. Hogan sont les suivants :

- 1) l'historique et l'âge de la créance;
- 2) la situation financière du débiteur;
- 3) un changement dans les ventes comparé aux années antérieures;
- 4) l'historique du compte débiteur;
- 5) les comptes clients actuels du débiteur comparés aux années antérieures;
- 6) les conditions générales de prêt d'entreprise semblables au débiteur;
- 7) le passé du débiteur quant au traitement des créances irrécouvrables.

Relativement à la question 2, « Est-ce que le prêt a été fait dans le cours normal des activités de l'entreprise », le juge McArthur a déterminé dans la décision *Jack Greenberg c. La Reine*³⁷ qu'une mauvaise créance découlant d'un prêt dans le cadre « d'une affaire à caractère commercial » peut répondre à ce critère. Dans ce jugement, un avocat a avancé une somme de 291 750 \$ à une société privée sous contrôle canadien, Zynex. Celle-ci a été acquise par une société publique qui a fait faillite par la suite. L'avocat a récupéré 65 000 \$ de la somme prêtée et a déduit le solde à titre de mauvaise créance en vertu de la division 20(1)p(ii)(A) L.I.R. Cela est similaire au jugement *MRN c. Freud*³⁸ dans lequel la Cour suprême du Canada a permis à un avocat de déduire les fonds avancés pour le développement d'un

³⁷ 2007 D.T.C. 124 (C.C.I.).

³⁸ [1969] R.C.S. 75; [1978] C.T.C. 438 (C.S.C.).

prototype d'une automobile sport dans le cadre « d'une affaire à caractère commercial ».

1.6. REMBOURSEMENT DE LA TPS ET DE LA TVQ LORSQU'UNE CRÉANCE DEVIENT IRRÉCOUVRABLE

Le *Bulletin d'interprétation* TVQ. 444-1/R2³⁹ donne des précisions quant au recouvrement de la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») lorsqu'une créance est devenue irrécouvrable. La concordance fédérale en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*⁴⁰ est l'article 231 L.T.A.⁴¹ Les positions administratives rapportées ci-dessous sont similaires à celles de l'ARC aux fins de l'article 231 L.T.A.

Essentiellement, selon le bulletin, un fournisseur qui a radié de ses livres comptables la totalité ou une partie de la contrepartie et de la taxe payable à l'égard d'une fourniture taxable peut demander une déduction dans le calcul de sa taxe nette relativement à la créance radiée en vertu des articles 444 et 446.1 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*⁴².

La déduction est permise si les conditions suivantes sont respectées :

- la fourniture a été achetée par un acquéreur avec lequel le fournisseur n'a aucun lien de dépendance;
- le montant de la taxe percevable a été indiqué dans la déclaration de sa taxe nette à remettre produite au cours de laquelle la taxe est devenue percevable;
- la totalité de la taxe à remettre a été versée lors de cette déclaration;
- le redressement de la taxe nette, relativement à la radiation de la créance, a été effectué dans les délais prescrits (quatre ans après la période de déclaration au cours de laquelle la créance a été radiée).

³⁹ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ. 444-1/R2, « Mauvaises créances », 30 mars 2007.

⁴⁰ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

⁴¹ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-029R, « Déduction pour créance irrécouvrable lorsque des comptes clients sont rachetés ou repris », 4 septembre 1992, révisé le 4 janvier 1999.

⁴² L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

Si toutes les conditions sont remplies, le fournisseur peut déduire dans la déclaration de sa taxe nette un montant déterminé en fonction de :

$$A \times B/C$$

où

A : la TVQ payable sur la totalité de la fourniture;

B : le montant radié de la fourniture (incluant la TPS) et la TVQ demeurant impayée;

C : la contrepartie totale de la fourniture, (incluant la TPS) et la TVQ payable.

Le bulletin d'interprétation donne l'exemple suivant : un fournisseur reçoit un acompte de 800 \$ sur une vente de 1 139,50 \$. Ce dernier montant comprend 60 \$ de TPS et 79,50 \$ de TVQ. Le solde impayé de 339,50 \$ devient une mauvaise créance; il est donc radié à ce titre des livres comptables du fournisseur. Pour la TVQ, le fournisseur peut alors récupérer un montant de 23,69 \$ en effectuant le redressement de la taxe. Ce montant est calculé comme suit : $79,50 \$ \times 339,50 \$ / 1\ 139,50 \$ = 23,69 \$$.

L'expression « mauvaise créance » sera définie en fonction des critères dégagés aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ainsi que des principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR »). Notamment, le Ministère indique certains facteurs qui doivent être pris en compte :

- le délai écoulé depuis l'échéance de la créance;
- la situation financière du débiteur;
- l'historique du compte débiteur;
- les coûts inhérents au recouvrement par rapport au montant de la créance.

Lorsqu'une proposition concordataire est déposée et acceptée, l'article 444 L.T.V.Q. s'applique pourvu que toutes les conditions énumérées ci-dessus soient remplies.

Dans l'éventualité où la créance est recouvrée ultérieurement, le fournisseur est tenu d'inclure dans le calcul de sa taxe nette le montant de TVQ recouvré selon la formule suivante :

$$A \times B/C$$

où

A : le montant recouvré;

B : la taxe payable à l'égard de la fourniture se rapportant à la mauvaise créance recouvrée;

C : la somme totale de la fourniture (incluant la TPS) et la TVQ payable.

L'exemple donné dans le bulletin d'interprétation est le suivant : un fournisseur effectue une vente. Le montant de la contrepartie est de 1 000 \$, auquel s'ajoutent 60 \$ au titre de la TPS et 79,50 \$ au titre de la TVQ, pour un total de 1 139,50 \$. Le montant total devient irrécouvrable. Le fournisseur le radie donc de ses livres comptables à titre de mauvaise créance et effectue le redressement prévu à l'article 444 L.T.V.Q. Trois ans après cette radiation, il reçoit un paiement de 500 \$ sur cette créance. Pour la TVQ, le fournisseur doit ajouter un montant de 34,88 \$ dans le calcul de sa taxe nette. Ce montant est calculé comme suit : $500 \$ \times 79,50 \$ / 1\ 139,50 \$ = 34,88 \$$.

L'article 444 L.T.V.Q. ne s'applique pas aux remises de dette. Toutefois, il est possible que l'article 448 L.T.V.Q. s'applique. Les remises de dette n'étant pas le sujet de notre texte, on se référera à la conférence de M. Christian Desjardins⁴³.

Dans une demande d'interprétation technique⁴⁴, l'ARC a mentionné que dans les circonstances où le fournisseur n'aurait pas récupéré la TPS sur la créance irrécouvrable déduite en vertu de l'alinéa 20(1)p) L.I.R., le montant de TPS pourrait être mis en dépense dans le calcul du revenu du fournisseur.

⁴³ Christian DESJARDINS, « Gain sur règlement de dette », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 6:1-32.

⁴⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, demande d'interprétation technique 2009-030929117, 13 juillet 2009.

2. PERTE EN CAPITAL⁴⁵

De façon singulière, en vertu des alinéas 39(1)b) et 40(1)b) L.I.R., une perte en capital subie par un contribuable, pour une année d'imposition donnée, du fait de la disposition d'un bien en immobilisation est réalisée lorsque le coût (ou le prix de base rajusté⁴⁶) et les dépenses inhérentes excèdent le produit de disposition⁴⁷.

En vertu de l'article 54 L.I.R., le terme immobilisation signifie :

- tout bien amortissable; et
- tout bien dont la disposition se traduirait par un gain ou une perte en capital.

En vertu de l'alinéa 3b) L.I.R., seul l'excédent du gain en capital sur la perte en capital est inclus au revenu d'un contribuable pour une année d'imposition. Par conséquent, une perte en capital ne peut qu'être déduite à l'encontre d'un gain en capital.

L'alinéa 111(1)b) L.I.R.⁴⁸ indique qu'une perte en capital nette peut être reportée à l'encontre du gain en capital réalisé par le contribuable au cours des trois années précédentes et indéfiniment ultérieurement.

En vertu du paragraphe 111(4) L.I.R., lors d'une acquisition de contrôle, les pertes en capital ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu de l'entreprise après l'acquisition de contrôle⁴⁹.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne fait pas état d'une distinction franche entre une perte en capital et une perte d'entreprise. Le point crucial dans la détermination d'une perte en capital est le suivant : « Est-ce que la perte a été réalisée à la disposition d'un placement ou dans le cadre d'une entreprise régulière dans le but d'en tirer un revenu? ».

⁴⁵ Art. 39 L.I.R.; voir aussi par. 248(1) et 111(8) « perte en capital nette » L.I.R.

⁴⁶ Défini au paragraphe 248(1), à l'article 54 et les rajustements à l'article 53 L.I.R.

⁴⁷ Le terme « disposition » est défini au paragraphe 248(1) L.I.R.; « produit de disposition » est défini à l'article 54 L.I.R.

⁴⁸ Voir aussi les paragraphes 111(1.1), 111(2) et 111(4) L.I.R.

⁴⁹ *Supra*, note 10.

Un certain nombre de facteurs déterminants ont été établis par les tribunaux au cours des nombreuses décisions rendues sur cette distinction :

- Quelle était l'intention du contribuable au moment de l'achat?
- Quel est l'objet de la transaction relativement à l'activité habituelle du contribuable?
- Quelle a été la durée de possession du bien avant la disposition : nombre et fréquence de transactions similaires?
- Quelle est l'attitude générale du contribuable (but de la société)?
- Quelles sont les circonstances entourant la disposition?
- S'agit-il d'une initiative à caractère commercial?

Aucun de ces facteurs n'est déterminant par lui-même. C'est plutôt l'ensemble des facteurs qui conduit à une conclusion.

Plusieurs bulletins d'interprétation⁵⁰ émanant des autorités fiscales font état de ces facteurs déterminants.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-218R⁵¹, l'ARC fournit une liste non exhaustive des principaux facteurs déterminés par les tribunaux énonçant dans quelles circonstances des gains ou des pertes provenant de la vente de biens immeubles doivent être considérés comme un revenu ou une perte en capital :

⁵⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-95R, « Gain et pertes sur change », 16 décembre 1980; IT-346R, « Opérations à terme sur marchandises et opérations sur certaines marchandises », 20 novembre 1978; IT-459, « Projet comportant un risque ou une affaire à caractère commerciale », 8 septembre 1980; IT-479R, « Transactions de valeurs mobilières », 29 février 1984; REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 232-1, « Distinction entre un gain en capital et un revenu provenant d'une entreprise », 28 février 1994.

⁵¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-218R, « Bénéfices, gains en capital et pertes provenant de la vente de biens immeubles, y compris les terres agricoles et les terres transmises par décès et la conversion de biens immeubles qui sont des biens en immobilisation en biens figurant dans un inventaire et vice versa », 16 septembre 1986, par. 3.

« [...] »

- a) l'intention du contribuable en ce qui concerne le bien immeuble au moment de l'achat;
- b) la vraisemblance de l'intention du contribuable;
- c) l'emplacement géographique du bien immeuble acquis et son zonage;
- d) la mesure dans laquelle l'intention du contribuable est réalisée;
- e) la preuve que l'intention du contribuable a changé après l'achat du bien immeuble;
- f) la nature de l'entreprise, de la profession, du métier ou de la profession du contribuable et des associés;
- g) la mesure dans laquelle l'argent emprunté a servi à financer l'acquisition du bien immeuble et les modalités arrêtées pour le financement s'il y a lieu;
- h) la période pendant laquelle le bien immeuble a été détenu par le contribuable;
- i) le fait que la possession du bien immeuble soit partagée avec des personnes autres que le contribuable;
- j) la nature de la profession des autres personnes mentionnées en i) ci-dessus, de même que leurs intentions avouées et leur ligne de conduite;
- k) les facteurs qui ont motivé la vente du bien immeuble;
- l) la preuve que le contribuable ou les associés se livrent sur une grande échelle au commerce de l'immeuble. »

Le *Bulletin d'interprétation* IT-346R apporte des précisions sur le fait qu'un contribuable qui, dans le cadre de l'exploitation de son entreprise, s'engage dans des opérations à terme concernant des marchandises reliées à son entreprise ou effectue des opérations se rapportant à ces marchandises, lesdites opérations donnant lieu à des bénéfices entièrement imposables ou à des pertes entièrement déductibles au titre du revenu. Par exemple, cela englobe les distillateurs qui se servent de certains grains dans leur entreprise et s'engagent à des opérations à terme relativement à ces grains.

Aux paragraphes 6 à 10, l'ARC précise que dans le cas où le contribuable est un spéculateur, il est permis de déclarer à titre de gains et de pertes en capital tous les gains et pertes découlant d'opérations sur des

marchandises, avec le résultat que seulement la moitié du gain est imposable et seulement la moitié de la perte est déductible, sous réserve de certaines restrictions.

Toujours selon le même bulletin, lorsqu'un contribuable qui s'engage dans des opérations à terme et effectue en plus d'autres opérations à l'égard desquelles il peut être traité comme un spéculateur réalisera alors une perte ou un gain en capital sur les opérations de spéculation. L'ARC donne deux exemples pour lesquels elle acceptera l'argument selon lequel le contribuable devrait être traité comme un spéculateur dans le cas des opérations suivantes :

« [...] »

a) Des opérations sur des marchandises ou des opérations à terme sur des marchandises qui ne sont pas afférentes à l'entreprise du contribuable. Par exemple, un producteur de blé qui ne fait pas la culture du maïs peut déclarer à titre de spéculateur ses gains et ses pertes résultant de toute opération à terme sur le maïs.

b) Des opérations ou des opérations à terme, effectuées par un contribuable [...], sur des marchandises à l'égard desquelles il n'a pas de renseignements spéciaux⁵². »

L'ARC donne l'exemple d'un joaillier qui achète 100 onces d'or pour son entreprise (une quantité normale pour son entreprise) et qui fait l'acquisition supplémentaire de 1 600 onces d'or, ou passe des contrats à terme représentant 1 600 onces d'or, à titre de spéculation pour son propre compte. Il pourrait être considéré comme un spéculateur relativement aux acquisitions supplémentaires si l'on tient compte de tous les faits en cause.

Quant aux transactions sur les valeurs mobilières, l'ARC indique ses positions administratives dans le *Bulletin d'interprétation* IT-479R.

Afin de s'assurer que la disposition d'un titre soit considérée aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme une disposition en capital, un contribuable peut faire le choix prévu aux paragraphes 39(4) et 39(4.1)

⁵² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-346R, *op. cit.*, note 50, par. 9.

L.I.R.⁵³ que tous les titres qu'il détient et détiendra seront réputés avoir été ou être une immobilisation.

En vertu du paragraphe 39(5) L.I.R., ce choix ne s'applique pas à une disposition de titre canadien si le contribuable, au moment de la disposition du titre, est :

- « a) un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières,
 - b) une banque visée pas la Loi sur les banques ou la Loi sur les banques d'épargne du Québec,
 - c) une corporation autorisée, par voie de permis ou autrement, en vertu de lois du Canada ou d'une province, à exploiter au Canada une entreprise consistant à offrir des services au public à titre de fiduciaire,
 - d) une caisse de crédit au sens du paragraphe 137(6),
 - e) un non-résident,
- ou, après le 12 novembre 1981 :
- f) une corporation d'assurance,
 - g) une corporation dont l'activité principale consiste à prêter de l'argent ou à acheter des créances ou est une combinaison des deux,
- ou toute combinaison de ce qui précède⁵⁴. »

Au paragraphe 5 du même bulletin, aux fins du paragraphe 39(5) L.I.R., l'ARC interprète l'expression « un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières » comme étant un contribuable qui participe à la promotion ou à la souscription à forfait d'une émission particulière d'actions, d'obligations ou d'autres titres, ou comme étant un contribuable qui se présente au public comme un courtier en actions, en obligations ou en d'autres titres. Néanmoins, un cadre ou un employé d'une telle entreprise n'est pas visé par cette expression.

⁵³ Selon le cas, les Formulaire prescrits T123, « Choix visant la disposition d'un titre canadien », T1161, « Biens possédés par un émigrant du Canada » ou T5008, « État des opérations sur titres », doivent être produits aux autorités fiscales avec la déclaration de revenus pour l'année de la disposition.

⁵⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-479R, *op. cit.*, note 50, par. 3.

L'expression « commerçant ou courtier en valeurs mobilières » inclut aussi toute personne qui, en raison de renseignements spéciaux, utilise ces renseignements pour réaliser un gain rapide, ainsi qu'une société dont l'activité principale consiste à échanger des actions ou des créances. Toutefois, une société dont l'activité principale est de vendre ce genre de placement de temps à autre n'est pas visée par cette définition.

Certaines transactions sur les valeurs mobilières sont clairement déterminées au titre de revenu, alors que certaines doivent faire l'objet d'une détermination au titre de revenu ou de capital. Les tribunaux se fondent sur le « cours normal des affaires » et sur « l'intention ».

Toujours dans le *Bulletin d'interprétation IT-479R*, l'ARC énonce certains facteurs établis par les tribunaux sur lesquels un contribuable peut se baser pour déterminer s'il s'agit d'une perte d'entreprise ou d'une perte en capital :

« 10. Lorsque le cours normal des affaires indique

a) que, dans les transactions de valeurs mobilières, le contribuable vend des titres avec l'intention de réaliser des gains, et

b) que les transactions sont pareilles à celles d'un commerçant ou d'un courtier en valeurs mobilières et qu'elles sont faites de la même façon,

le produit de la vente sera habituellement considéré comme un revenu tiré d'une entreprise et, par conséquent, à titre de revenu.

11. Voici certains facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si, dans le cours normal de ses affaires, le contribuable exploite une entreprise :

a) répétitions de transactions semblables - un historique d'achats et de ventes intensifs de valeurs mobilières ou de ventes rapides de biens,

b) période de détention - les titres sont habituellement détenus pour une courte période,

c) connaissance des marchés des valeurs mobilières - le contribuable a des connaissances ou de l'expérience de ces marchés,

d) les transactions de valeurs mobilières font partie des activités habituelles du contribuable,

e) temps consacré - le contribuable consacre une partie importante de son temps à l'étude du marché des valeurs mobilières et à la recherche d'achats éventuels,

- f) financement - les valeurs mobilières sont principalement achetées sur marge ou financées par un autre genre de dette,
- g) publicité - le contribuable a annoncé ou a fait savoir autrement qu'il était prêt à acheter des valeurs mobilières, et
- h) dans le cas d'actions, leur nature - elles sont habituellement de nature spéculative ou ne produisent pas de dividendes⁵⁵. »

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, aucun de ces facteurs n'est déterminant par lui-même. C'est plutôt l'ensemble des facteurs qui est déterminant.

Une transaction sur des titres ou des biens peut aussi comporter « un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial ». Les tribunaux ont établi que toutes les circonstances entourant la transaction doivent être prises en considération et qu'aucun critère unique ne peut être formulé. De façon générale, les principaux critères applicables sont les suivants :

- « a) le contribuable a-t-il traité le bien qu'il avait acquis de la même manière qu'un négociant aurait habituellement traité un tel bien;
- b) la nature et la quantité des biens excluent-elles la possibilité que leur vente soit la réalisation d'un investissement ou soit, par ailleurs, une réalisation de capital, ou que les biens puissent avoir fait l'objet d'une disposition autrement que par une transaction commerciale; et
- c) l'intention du contribuable, établie par les faits ou par déduction, est-elle dans la même ligne que d'autres preuves indiquant une motivation commerciale⁵⁶. »

De nombreux tribunaux ont dû trancher une perte de nature capital et une perte de nature courante. Nous ne passerons pas ces causes en revue. Néanmoins, on se référera à une cause récente de la Cour canadienne de l'impôt, *Valiant Cleaning Technology Inc. c. La Reine*⁵⁷, dans laquelle le juge Campbell a permis à Valiant Cleaning Technology Inc. de déduire à titre de dépense courante, et non à titre de perte en capital, une avance faite à

⁵⁵ *Id.*, par. 10-11.

⁵⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-459, op. cit.*, note 50, par. 4.

⁵⁷ 2008 D.T.C. 5112 (C.C.I.).

sa filiale puisque le but principal de cette avance était de protéger son propre revenu⁵⁸.

2.1. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Le but de notre texte n'est pas la détermination du calcul du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »)⁵⁹. Néanmoins, nous rappelons au lecteur qu'en vertu de l'alinéa 89(1)a L.I.R., les pertes en capital viennent réduire le gain en capital dans le calcul du CDC, réduisant par le fait même le dividende non imposable pouvant être versé à l'actionnaire en vertu du paragraphe 83(2) L.I.R.

3. PERTE DES SOCIÉTAIRES⁶⁰

En règle générale, la société de personnes constitue un conduit aux fins fiscales. Par conséquent, les pertes subies par la société de personnes reviennent aux associés et ne sont pas accumulées dans la société de personnes. Ces pertes ainsi attribuées à l'associé conservent leur nature (perte autre qu'en capital, perte en capital).

L'alinéa 96(1)g L.I.R. contient une règle prévoyant que la perte d'un associé provenant d'une source particulière correspond à la perte de la société de personnes **jusqu'à concurrence de la part** dont il est tenu. L'alinéa 96(1)g L.I.R. contient aussi une règle visant à empêcher qu'un « associé déterminé » au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. (sans tenir compte de l'alinéa b) de cette définition) ne jouisse d'une perte de la société de personnes découlant de dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS & DE) déduites en vertu de l'article 37 L.I.R.⁶¹

⁵⁸ De façon sommaire, la société avait conclu une entente avec un fournisseur selon laquelle ce dernier devait fournir ses services mondialement. La société a alors ouvert une filiale et lui a prêté des sommes d'argent, cela même lorsque la filiale était au bord de la faillite. La filiale a finalement fait faillite et Valiant a réclamé d'abord une perte en capital et par la suite une perte d'entreprise sur les avances faites à la filiale.

⁵⁹ Pour une étude exhaustive, voir Marjolaine NAUD, « Démystifier le compte de dividendes en capital afin d'en optimiser l'utilisation », (2006), vol. 27, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 273-326.

⁶⁰ Voir aussi perte comme commanditaires à l'alinéa 111(1)e L.I.R.

⁶¹ Pour une étude détaillée sur le revenu des sociétés de personnes, voir Didier FRÉCHETTE, « La répartition du revenu dans une société de personnes », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 25:1-64.

Si une société de personnes est dissoute dans des circonstances visées par le paragraphe 98(3) L.I.R., chaque associé est autorisé à demander une déduction en vertu des alinéas 20(1)l) et 20(1)p) L.I.R. à l'égard des comptes clients repris directement par l'associé.

4. PERTE SUR CHANGE ÉTRANGER

Le taux de change des différentes devises ayant fluctué en 2008, nous risquons de voir apparaître des pertes sur change aux états financiers⁶². Est-ce que ces pertes sont déductibles ou représentent-elles des dépenses en capital?

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient aucune définition relative aux pertes sur taux de change. Elle ne précise nulle part si un gain ou une perte sur change étranger constitue un élément de revenu ou de capital. L'ARC a publié des lignes directrices relativement au traitement des pertes de change dans le *Bulletin d'interprétation* IT-95R⁶³.

Afin de déterminer si une perte sur change est de nature courante ou capital, nous devons appliquer les principes fondamentaux qui servent à déterminer si le revenu est tiré d'une entreprise ou d'un bien aux fins du paragraphe 9(1) L.I.R.

Selon l'ARC, lorsque la perte sur change étranger est **la conséquence directe de l'achat ou de la vente** de marchandises à l'étranger ou de la fourniture de services à l'étranger, et que ces marchandises ou services **font partie des activités commerciales du contribuable, il faut tenir compte de cette perte dans le calcul du revenu d'entreprise.**

Une perte sur change étranger provenant d'activités commerciales du contribuable est constatée ordinairement dans les livres comptables à la date de la transaction, si cette méthode est conforme aux PCGR. La méthode utilisée pour la comptabilisation de la perte sur change étranger aux états financiers doit être la même aux fins de l'impôt sur le revenu. L'ARC acceptera cette méthode à condition que le contribuable continue cette méthode d'une année à l'autre. L'ARC acceptera un changement de méthode

⁶² Pour une étude détaillée des fluctuations des taux de change, voir Nicolas LEGAULT, « Fluctuation des taux de change – Incidences fiscales », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 49:1-28.

⁶³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-95R, *op. cit.*, note 50.

si le contribuable peut démontrer que la nouvelle méthode est plus appropriée pour calculer son revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle le changement a lieu. Le contribuable doit alors conserver cette nouvelle méthode pour les années subséquentes.

Selon la pratique courante, le contribuable rajuste à la fin de l'année tous ses comptes courants en dollars canadiens pour tenir compte du taux de change en vigueur à cette date et pour inclure les gains ou les pertes sur change étranger dans le revenu de l'année.

Lorsqu'un contribuable n'inscrit pas chaque transaction au taux en vigueur à la date de la transaction, l'ARC acceptera l'une ou l'autre des méthodes comptables suivantes pour les pertes sur change étranger :

- a) un contribuable peut inscrire ses transactions pendant toute l'année à un taux fixe qui n'est pas nécessairement l'approximation du taux en vigueur à la date en cause; ou
- b) un contribuable peut inscrire ses transactions pendant toute l'année au taux moyen de change pour l'année.

Le contribuable doit faire un rajustement de tous ses comptes en monnaie canadienne à la fin de l'année selon le taux en vigueur à cette date, s'il utilise l'une ou l'autre des méthodes en a) ou b) ci-dessus.

Lorsque le contribuable a un compte bancaire en monnaie étrangère où sont déposées les sommes reçues de ses clients étrangers, que des achats sont payés ou des comptes sont réglés, l'ARC est d'avis que l'une ou l'autre des méthodes indiquées ci-dessus peut être utilisée pour le calcul de ces pertes sur change étranger.

Quelle que soit la méthode utilisée pour déterminer les pertes sur change étranger, **aucune réserve n'est permise** pour parer aux fluctuations connues ou prévues dans les taux de change étranger, après la fin d'un exercice financier. Néanmoins, en réponse à une demande d'interprétation technique⁶⁴, l'ARC a confirmé qu'il n'est pas nécessaire de suivre les PCGR tant que la méthode utilisée reflète adéquatement la situation de l'entreprise.

⁶⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, demande d'interprétation technique 2003-0048121E5, 23 février 2004.

Lorsque la perte sur change étranger est la conséquence directe de l'achat ou de la vente de biens en immobilisation, cette perte représente une perte en capital.

Le paragraphe 39(2) L.I.R. s'applique à toute fluctuation, postérieure à 1971, de la valeur d'une monnaie étrangère par rapport à la monnaie canadienne qui entraîne un gain ou une perte en capital. Ce paragraphe ne s'applique que lorsqu'une disposition réelle du bien en immobilisation a lieu. Par conséquent, la perte sur change étranger de nature capital ne peut être réalisée que lors d'une disposition réelle. L'ARC ne considère pas la méthode de comptabilité d'exercice comme une méthode raisonnable pour la comptabilisation des pertes sur change étranger afférente aux immobilisations.

L'ARC considère qu'une transaction a eu lieu et que le paragraphe 39(2) L.I.R. s'applique notamment à :

- a) la date où a lieu la conversion de fonds d'une monnaie étrangère en une autre monnaie étrangère ou en dollars canadiens;
- b) la date où des fonds en monnaie étrangère sont utilisés pour faire un achat ou un paiement (dans ce cas, la perte correspond à la différence entre la valeur de la monnaie étrangère exprimée en dollars canadiens lors de sa réalisation et sa valeur exprimée en dollars canadiens lorsque l'achat ou le paiement a eu lieu); et
- c) la date du remboursement d'une partie ou de la totalité d'une dette.

Ainsi, lorsque la perte sur taux de change étranger de nature capital sera réellement réalisée, les taux de conversion utilisés devront être ceux qui sont en vigueur au moment de l'achat ainsi que celui au moment de la disposition⁶⁵. Un contribuable détenant des fonds en monnaie étrangère en dépôt ne sera pas considéré en avoir disposé jusqu'à ce que les fonds soient convertis en une autre monnaie ou jusqu'à ce qu'ils soient utilisés pour l'achat d'un instrument négociable ou d'un autre bien.

⁶⁵ Dans la décision *La Reine c. MacMillan Bloedel Ltd.*, [1999] 3 C.T.C. 652 (C.A.F.), le juge a mentionné qu'il « n'est pas expressément exigé que le paiement soit en espèces afin de comptabiliser la perte/gain sur change »; *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 7, interprétations techniques 2007-0243711E5, 28 avril 2008 et 2008-0284291C6, 10 octobre 2008.

Dans l'arrêt *La Reine c. Imperial Oil Ltd.*⁶⁶, la Cour suprême du Canada est venue confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale⁶⁷ selon laquelle le « moment de la conversion » du taux de change d'une débenture rachetée à maturité est le « moment du rachat », que la perte sur taux de change n'était pas de nature capital et que la déduction en vertu de l'alinéa 20(1)f) L.I.R. était applicable pour une somme de 21 M\$ (Imperial Oil Ltd. avait dû déboursier 28 M\$ supplémentaires lors du rachat de la débenture à maturité). L'ARC avait refusé la déduction demandée par Imperial Oil Ltd. en vertu de l'alinéa 20(1)f) L.I.R. La Cour suprême a notamment établi ceci :

« It all comes back to the simple proposition that in Canadian tax terms foreign currency is a commodity, and its fluctuations will inevitably carry costs (or benefits). Had the Canadian dollar appreciated against the U.S. dollar in the relevant period of time, for instance, the taxpayers would have *lost* the original issue discount to which they might otherwise have been entitled. What the taxing authority loses on the swings it will make up on the roundabouts. At the end of the day it will have its just desserts⁶⁸. »

CONCLUSION

La crise économique mondiale de 2008 est sûrement la pire de l'histoire. Les pertes réalisées par nos clients s'avéreront nombreuses, de tous genres et surtout onéreuses pour eux. Lors de l'établissement des déclarations de revenus de ses clients, le professionnel se verra contraint d'analyser la nature des pertes ainsi que la nature et la conformité des créances montrées aux états financiers.

Afin de soutenir son client, le professionnel devra être en mesure d'assurer une efficience quant à la déductibilité ou non de ces pertes ainsi que son application, cela dans l'ultime souci d'apporter à ses clients un apaisement, au minimum un allègement des impôts à payer, sur les nombreuses pertes subies.

L'établissement de pertes fiscales est un domaine où l'ingéniosité des contribuables et les préoccupations de l'ARC et du ministère des Finances

⁶⁶ 2006 CSC 46 (ci-après « *Imperial Oil* »).

⁶⁷ 2004 D.T.C. 6702 (C.A.F.); voir l'étude de cette décision dans François BARRETTE, Stéphane ELJARRAT et Louis TASSÉ, « Déductibilité de dépenses », dans *Colloque – Le Top 100 – Palmarès des 100 décisions-clés en fiscalité*, 151, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 2:1-30.

⁶⁸ *Imperial Oil*, précité, note 66, par. 104.

seront toujours sources de tension, comme le démontrent les interprétations et la jurisprudence.

Les éléments présentés ne sont pas exhaustifs, mais nous souhaitons qu'ils sauront vous guider et vous indiquer des pistes de solution.

**APPROCHE CRITIQUE SUR LES TECHNIQUES DE PROTECTION
D'ACTIFS EN TEMPS DE CRISE FINANCIÈRE**



Michael J. Hanlon

Avocat

Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 3:3

1. PRINCIPALES TECHNIQUES DE PROTECTION D'ACTIFS..... 3:4

2. LE GAGE COMMUN DES CRÉANCIERS ET L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ..... 3:6

2.1. **L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ : L'ARTICLE 1631 C.C.Q.** 3:7

2.1.1. Un acte du débiteur..... 3:7

2.1.2. Un acte en « fraude de ses droits » 3:8

2.1.3. Une créance « certaine » et « antérieure » 3:9

2.1.4. Sens de « préjudice » 3:10

2.1.5. Délai d'exercice..... 3:12

2.1.6. Un acte « inopposable » *versus* « nul » 3:13

3. LES RECOURS EN VERTU DES LOIS PARTICULIÈRES SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ 3:13

3.1.	LES BIENS DÉVOLUS AU SYNDIC.....	3:14
3.2.	LES BIENS QUI NE SONT PAS DÉVOLUS AU SYNDIC	3:15
3.2.1.	Les biens détenus en fiducie et la fiducie du droit québécois.....	3:16
3.2.2.	Les biens insaisissables (al. 67(1)b) L.F.I.)	3:17
3.2.3.	Les biens versés dans un REÉR (al. 67(1)b.3) L.F.I.)	3:17
3.3.	LES RECOURS PROPRES AU SYNDIC	3:18
3.3.1.	Les traitements préférentiels.....	3:18
3.3.2.	L'opération sous-évaluée (art. 96 L.F.I.).....	3:20
3.3.3.	Notion de « personne liée »	3:22
	CONCLUSION	3:26

INTRODUCTION*

La faillite de la banque d'investissement Lehman Brothers, il y a un peu plus d'un an, et l'effondrement presque complet du système bancaire islandais sont probablement les images les plus saisissantes des conséquences désastreuses et largement répandues de la crise financière de 2008. Si des géants comme ceux-là peuvent succomber, les particuliers sont autant, sinon encore plus exposés à la précarité financière lorsque les économies d'une vie, dans des placements dits sûrs, sont dévaluées par un marché en chute libre. Des dettes, souscrites lorsque la santé financière était meilleure, sont soudainement beaucoup plus onéreuses, leur paiement devient difficile, et les créanciers saisiront le peu d'actifs qui restent pour récupérer leurs créances. Les journaux américains sont remplis de telles histoires. Dans un contexte comme celui-ci, faute de pouvoir contrôler le marché boursier, les gens chercheront à protéger leurs actifs contre les recours de leurs créanciers.

Il existe différentes techniques dites de « protection d'actifs » ou *creditor proofing*, certaines visant à dissimuler le véritable propriétaire des biens, d'autres le transfert ou la transformation des biens, d'autres encore la création d'obstacles à la saisie et réalisation du bien visé. Lorsqu'un client vous consulte pour « protéger ses actifs », il est évident que l'efficacité de la technique choisie est une considération importante, sinon essentielle du mandat qu'il vous confie. Il est certainement possible de donner un certain confort au client, mais le degré de protection conféré dépendra de différents facteurs, certains liés à la technique elle-même, d'autres liés au moment et à la manière que cette technique sera exécutée.

Dans ce texte, nous ferons un bref rappel des principales techniques de protection d'actifs, et pourquoi le législateur permet aux créanciers de s'y attaquer. Dans un deuxième temps, nous étudierons comment les créanciers s'y attaquent en analysant leurs principaux recours. Nous discuterons en particulier des amendements apportés à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹ et à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*², par

* Le présent texte est une mise à jour du texte suivant : Michael J. HANLON, « L'efficacité de la protection d'actifs mise à l'épreuve : Qu'en est-il? », dans *Colloque – Fiducies et protection d'actifs ce qu'il faut savoir*, 181, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 5:1-21.

¹ L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I. »).

² L.R.C. (1985), c. C-36 (ci-après « L.A.C.C. »).

l'adoption du chapitre 47 des *Lois du Canada* (2005)³ et par l'adoption, le 14 juin 2007, du chapitre 36 des *Lois du Canada* (2007)⁴. Ces amendements, qui sont depuis le 18 septembre 2009 tous entrés en vigueur (ci-après « Amendements de 2009 »), ont apporté des modifications importantes à ces lois, tant dans la définition des biens dévolus au syndic de faillite que dans les recours dont dispose le syndic et, depuis les Amendements de 2009, le contrôleur nommé en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* pour rapatrier les biens dont le débiteur se serait défait en fraude des droits des créanciers.

1. PRINCIPALES TECHNIQUES DE PROTECTION D'ACTIFS

Lorsqu'il est question de protection d'actifs, l'expression le dit, l'objectif est de mettre certains éléments d'actif d'une personne, ou la totalité d'entre eux, à l'abri de ses créanciers existants ou éventuels. La personne peut être motivée par un souci de gestion d'affaires, par le désir de s'assurer une retraite confortable, pour pourvoir au bien de sa famille, pour éviter que les risques reliés à une certaine entreprise touchent l'ensemble de son patrimoine, ou encore, plus malheureusement, en réaction à une poursuite en dommages ou mise en demeure inattendue. Le praticien consulté par un client soucieux de protéger son patrimoine (ci-après « débiteur ») aura deux grandes avenues à lui proposer.

Premièrement, le débiteur pourra transférer certains ou la totalité de ses biens à un tiers, afin qu'ils sortent de son patrimoine tout en conservant un certain contrôle sur ses actifs. Ainsi, il peut y avoir un transfert à une fiducie dont il serait le seul bénéficiaire, ou l'un des bénéficiaires, ou à une compagnie dont il sera le seul ou le principal actionnaire. Le débiteur pourra continuer à profiter des biens par la déclaration de dividendes, ou la distribution des fruits de la fiducie. Une fois les biens transférés hors du patrimoine du débiteur, les biens ne pourront pas être saisis par ses créanciers. Toutefois, ces transferts ne sont pas sans risques. Par exemple,

³ *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, Projet de loi C-55 (2005, c. 47). Voir aussi : CANADA, ministère de la Justice (en ligne : <http://lois.justice.gc.ca/fra/LoisAnnuelles?rp16=2005>).

⁴ *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, Projet de loi C-12, 14 juin 2007 (2007, c. 36). Voir aussi : CANADA, ministère de la Justice (en ligne : <http://lois.justice.gc.ca/fra/LoisAnnuelles?rp16=2007>).

dans le cas d'un transfert vers une fiducie, puisque le débiteur ne pourra pas être le seul fiduciaire, il risque de perdre le contrôle du patrimoine fiduciaire. Dans le cas de transfert à une personne morale, même si les biens transférés ne sont plus dans le patrimoine du débiteur, les actions le sont toujours, et ces actions peuvent être saisies comme tout autre bien. Lorsque le débiteur est seul actionnaire, la protection offerte sera d'une utilité limitée.

Le débiteur pourrait également transférer les biens à un proche, tel que sa conjointe, son fils, un ami, etc., tout en conservant le droit d'utiliser le bien à un prix de faveur. Un exemple type serait le père de famille qui fait don de la maison familiale à son fils, en contrepartie d'un droit d'habitation perpétuel.

Deuxièmement, à défaut d'aliéner le bien, le débiteur pourrait rendre l'exécution d'un éventuel jugement plus difficile, soit en masquant l'identité du véritable propriétaire par l'usage d'un prête-nom, en utilisant un bien saisissable pour acquérir un bien insaisissable, ou en s'assurant que ses biens soient toujours hypothéqués à leur pleine valeur, ou autrement grevés de servitudes et autres charges qui en diminuent la valeur marchande et compromettent leur réalisation rapide.

Encore ici, ces techniques comportent leur lot d'écueils. Puisqu'une contre-lettre n'est pas opposable aux tiers dont les créanciers du prête-nom, le débiteur ne pourra récupérer ses biens du syndic à la faillite du prête-nom ni les soustraire de la saisie effectuée par un créancier de ce dernier. En effet, les tiers peuvent se prévaloir soit du contrat apparent, soit de la contre-lettre, selon leur intérêt⁵. À l'égard des tiers, le bien est dans le patrimoine du prête-nom et peut être saisi et vendu en justice pour rembourser les dettes de ce dernier.

De même, le débiteur qui a hypothéqué ou autrement « encombré » ses biens sera tenu au respect des obligations souscrites en faveur des créanciers garantis ou du bénéficiaire de la charge. Bien entendu, ces problèmes sont amoindris lorsque le créancier ou bénéficiaire est un proche, un ami ou une personne que le débiteur désire favoriser.

⁵ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1452.

2. LE GAGE COMMUN DES CRÉANCIERS ET L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ

La libre disposition des biens est de l'essence même du droit de propriété, et en principe chaque personne peut conclure les transactions qui lui plaisent, sans tenir compte des intérêts des tiers. Le créancier qui veut s'assurer qu'un bien de grande valeur demeure dans le patrimoine du débiteur pour assurer le paiement de sa créance n'a qu'à se faire consentir une hypothèque sur ce bien. Si le débiteur fait défaut à ses obligations, ses créanciers pourront obtenir jugement contre lui, jugement qui sera exécuté par la saisie et la vente des biens du débiteur. Tous les biens du débiteur, meubles et immeubles, présents et à venir, sauf ceux qui sont insaisissables ou qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi, sont susceptibles d'être saisis et vendus⁶. Ils sont en effet le gage commun de ses créanciers⁷. Cependant, pour que ce gage soit efficace, encore faut-il que les biens soient disponibles lorsque la saisie sera autorisée. Un débiteur, avisé d'une saisie potentielle de ses biens, ou appréhendant sa faillite imminente, pourrait être tenté de se défaire de ses biens en vue de frustrer ses créanciers, soit en aliénant le bien sans contrepartie valable, ou de façon à favoriser un créancier au détriment des autres. Dans de tels cas, le législateur juge que les créanciers sont en droit d'attaquer ces transactions et met divers moyens à leur disposition, dont le principal est l'action en inopposabilité. Si le débiteur est en faillite, a déposé un avis d'intention de faire une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou fait l'objet d'une ordonnance initiale en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, le syndic ou le contrôleur pourront également se prévaloir des recours particuliers prévus en vertu de ces lois.

Dans un cas comme dans l'autre, l'objectif poursuivi est double : d'abord, éviter la dilapidation par le débiteur de ses biens et, ensuite, favoriser l'égalité de traitement entre les créanciers, sous réserve des causes de préférence reconnues par la loi⁸.

⁶ Art. 2645 C.c.Q. Faute d'espace, le présent texte ne portera pas sur les stipulations d'insaisissabilité.

⁷ Art. 2644 C.c.Q.

⁸ Bien que ce deuxième objectif soit plus apparent dans le cas des recours selon la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Nous examinerons d'abord le recours en inopposabilité, ouvert à tous les créanciers⁹, puis nous examinerons les recours particuliers découlant de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

2.1. L'ACTION EN INOPPOSABILITÉ : L'ARTICLE 1631 C.C.Q.

L'article 1631 C.c.Q. prévoit que tout créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer inopposable à son endroit l'acte juridique que fait son débiteur en fraude de ses droits. Il s'agit de l'action en inopposabilité, mieux connue sous « son ancien nom » d'action paulienne. Le recours est ouvert à tous les créanciers du débiteur, dans la mesure où ils remplissent les conditions, sévères, d'exercice de ce recours. S'il obtient gain de cause, le créancier pourra saisir et faire vendre le bien vendu comme si le transfert n'avait jamais eu lieu.

2.1.1. Un acte du débiteur

L'action en inopposabilité permet au créancier de faire déclarer inopposable l'acte juridique fait par le débiteur; il ne sanctionne pas l'inaction du débiteur même si cette inaction peut causer préjudice au créancier¹⁰. De plus, il doit s'agir d'un acte fait par le débiteur lui-même. Dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Charbonneau*¹¹, un arbitre a ordonné aux actionnaires d'une compagnie, débitrice de la banque demanderesse, d'investir certaines sommes dans la compagnie. Le défendeur a omis de verser sa part. Une transaction est intervenue, et le défendeur a accepté de remettre une somme moindre à l'autre actionnaire. Ce dernier n'a pas remis la somme à la compagnie et a fait faillite. La banque a demandé que la transaction lui soit déclarée inopposable, et que le défendeur soit condamné à lui remettre la somme versée à l'autre actionnaire. L'action fut

⁹ Les autorités fiscales disposent d'un recours additionnel, prévu à l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod., et de son pendant provincial, prévu aux articles 14.4 et 14.5 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. Le bénéficiaire du transfert devient débiteur solidaire, avec le débiteur fiscal, du moindre de la somme due par ce dernier aux autorités fiscales à la date du transfert et de la différence entre la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du bien transféré et de la contrepartie versée au débiteur fiscal.

¹⁰ Dans certains cas, notamment lorsque le débiteur néglige de percevoir ses créances ou d'exercer ses droits ou recours, ses créanciers peuvent être autorisés à les percevoir ou les exercer à la place du débiteur; il s'agit de l'action oblique, prévue aux articles 1627 et suiv. C.c.Q.

¹¹ R.E.J.B. 1999-12288 (C.S.). Voir aussi *Vermatex (Syndic de)*, [1988] R.J.Q. 2136 (C.S.).

rejetée, car la transaction est un acte juridique des actionnaires, et non de la compagnie.

Tout acte juridique peut être attaqué. Ainsi, l'investissement dans un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), et la désignation d'une bénéficiaire irrévocable dans le but de rendre le REÉR insaisissable, est soumis à l'action en inopposabilité¹². La jurisprudence reconnaît également que le divorce « économique », et plus particulièrement le partage du patrimoine qui l'accompagne, peut être un acte visé par l'action en inopposabilité. Ainsi, dans l'affaire *Boucher c. G. C.*¹³, le créancier a fait déclarer inopposable à son endroit la cession par le débiteur de ses droits immobiliers à sa conjointe et la renonciation au partage du patrimoine familial prononcé dans le cadre du divorce. Après le divorce, les parties avaient continué à faire vie commune et à voyager ensemble.

2.1.2. Un acte en « fraude de ses droits »

2.1.2.1. Notion de fraude paulienne

La fraude paulienne est difficile à définir, bien que le créancier qui réussit à établir une intention spécifique du débiteur d'induire ses créanciers en erreur quant à la valeur de ses biens ou une intention arrêtée de leur nuire, s'il établit les autres éléments de preuve, devrait avoir gain de cause. De façon générale, il suffira de démontrer que le débiteur savait que son geste pouvait être préjudiciable à ses créanciers¹⁴.

2.1.2.2. Fardeau de preuve et présomptions

L'intention de frauder doit être établie selon la prépondérance des probabilités et se prouve par tous les moyens. Pour faciliter la tâche du demandeur, le *Code civil du Québec* établit deux présomptions en sa faveur : lorsque le cocontractant connaissait l'insolvabilité du débiteur (art. 1632 C.c.Q.), ou lorsque l'acte est à titre gratuit alors que le débiteur est insolvable ou le devient par cet acte (art. 1633 C.c.Q.), l'acte sera réputé fait

¹² Voir *Frigault (Syndic de)*, 2008 QCCS 4639; *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d'assurance sur la vie*, [1996] 1 R.C.S. 325 (ci-après « *Ramgotra* »).

¹³ 2009 QCCS 573, en appel (ci-après « *Boucher* »).

¹⁴ Pierre-Gabriel JOBIN, *Baudoin et Jobin : Les obligations*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 743.

avec l'intention de frauder¹⁵. On a déjà jugé que la donation par un individu de l'ensemble de ses biens à une fiducie respecte ce critère¹⁶. Dès la présomption établie, elle est irréfragable ou absolue; une preuve contraire de l'absence d'intention frauduleuse du débiteur ne sera donc pas retenue¹⁷.

Par ailleurs, un acte dont la contrepartie est manifestement inférieure à la valeur marchande du bien pourrait être assimilé à un acte à titre gratuit, et faire bénéficier le créancier de la présomption. C'est le cas lorsque celui qui est mû par une intention libérale reçoit quelque chose en retour de sa prestation d'une valeur nettement plus importante que celui de qui il le reçoit. Un contrat peut également être considéré à titre gratuit seulement pour une partie, soit la différence entre les valeurs échangées¹⁸. Tel était le cas dans l'affaire *Godler (Succession de) c. Létourneau*¹⁹, où un immeuble d'une valeur de 56 000 \$ avait été vendu pour un prix de 1 \$ et une prise en charge de prêt hypothécaire de 7 000 \$.

2.1.3. Une créance « certaine » et « antérieure »

L'article 1636 C.c.Q. indique que la créance doit être certaine au moment où l'action est intentée, de même que liquide et exigible au moment du jugement. Une créance peut être certaine même si elle est contestée. Il suffit qu'elle existe avant l'acte attaqué, et qu'elle ne soit pas soumise à une condition résolutoire ou suspensive²⁰. Elle peut être autre chose qu'une obligation monétaire. Dans l'affaire *Ultramar Canada inc. c. Bombardier*²¹, le créancier d'un droit de premier refus quant à un immeuble a pu le faire

¹⁵ Bien que les deux articles soient rédigés de façon à créer une présomption absolue, c'est-à-dire contre laquelle aucune preuve contraire ne peut être admise, lorsque le contrat est à titre onéreux le tiers pourrait néanmoins éviter l'inopposabilité de l'acte en prouvant sa bonne foi. *Banque Nationale du Canada c. Soracchi*, [2000] R.J.Q. 658 (C.A.) (ci-après « *Soracchi* »).

¹⁶ *C. P. c. A. D.*, J.E. 2006-1276 (ci-après « *C. P. c. A. D.* »), appel rejeté sur requête.

¹⁷ Voir notamment *Robert c. Banque Cantonale Vaudoise*, 2009 QCCA 1500, et *Boucher*, précité, note 13. Mais, voir l'affaire *Soracchi*, précité, note 15.

¹⁸ *Bergeron (Syndic de)*, [2002] R.D.I. 22 (C.A.) (ci-après « *Bergeron* »). Néanmoins, le tribunal refusa de déclarer inopposable la vente d'un immeuble par un père à son fils pour un prix inférieur à sa valeur marchande mais supérieur à toute autre offre.

¹⁹ [1993] R.L. 516 (C.A.).

²⁰ *Crealise Packaging Inc./Crealise Conditionnement c. Guerrette*, R.E.J.B. 1997-01231 (C.S.) (ci-après « *Crealise Packaging* »).

²¹ [1990] R.D.I. 518 (C.S.).

saisir avant jugement dans le cadre d'une action attaquant la vente de cet immeuble à un tiers.

La créance doit être antérieure à l'acte attaqué. Le gage du créancier est le patrimoine du débiteur au moment où il négocie avec lui. Les gestes que le débiteur a pu faire quant à ses biens avant ce moment, en principe, ne devraient donc pas influencer la décision du créancier de se lier avec le débiteur ni l'inciter à contracter avec lui. Aucune fraude n'est perpétuée à son endroit²². Cette exigence est intimement liée à la nécessité que l'acte cause préjudice au créancier. Si le créancier contracte avec un débiteur solvable, qui se rend insolvable par la suite, il subira un préjudice – à tout le moins, le risque que sa créance ne soit pas payée à échéance est augmenté. Si, au contraire, le débiteur est déjà insolvable, ou s'il s'est défait de certains de ses biens avant de négocier avec le créancier, on voit mal comment il peut y avoir préjudice ou même fraude à l'égard de ce créancier²³.

L'article 1634 C.c.Q. reconnaît néanmoins qu'un créancier postérieur pourra attaquer un acte fait avant la naissance de sa créance s'il peut établir que par cet acte le débiteur cherchait à frauder un créancier antérieur. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires, la naissance de la créance contre l'un donne naissance à la créance contre l'autre. Ainsi, la caution qui se défait de ses biens sachant que le débiteur principal est insolvable, mais avant que le créancier ne mette la caution en demeure, ne pourra se soustraire de l'action en inopposabilité au motif que la créance est postérieure à l'acte attaqué²⁴.

2.1.4. Sens de « préjudice »

« Reprenant maintenant le fil de mon argument, je suis d'avis que l'action paulienne peut être utilisée non seulement à l'encontre d'un contrat qui a causé ou aggravé l'insolvabilité du débiteur mais aussi contre celui qui, dans les faits, prive son créancier du gage général qu'il possède sur ses biens²⁵. »

²² P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 14, p. 731.

²³ Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 1689.

²⁴ *Labrecque c. Banque Nationale du Canada*, *Droit civil en bref* EYB 1989-57390 (C.A.).

²⁵ *Duchesne c. Dame Labbé et Nolin*, [1973] C.A. 1002 (ci-après « *Duchesne, Labbé et Nolin* »).

Tel que cet extrait de l'affaire *Duchesne, Labbé et Nolin* le fait ressortir, le préjudice dont il est question à l'article 1631 C.c.Q. est la diminution du patrimoine du débiteur. Il doit s'agir d'un acte d'appauvrissement par lequel le débiteur devient insolvable ou se défait d'un bien, ou un acte tendant à rendre plus difficile l'éventuelle exécution de la créance du demandeur. L'exemple par excellence du premier est le défendeur qui vend à vil prix un bien à un de ses proches²⁶. La constitution d'une hypothèque en faveur d'un créancier ordinaire alors que le débiteur est insolvable est l'exemple du deuxième²⁷. La constitution d'une fiducie par le transfert des biens du constituant vers cette fiducie peut également être considérée comme un acte d'appauvrissement²⁸.

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent également qu'un acte qui « fragilise » le patrimoine, plutôt que de le diminuer, cause un préjudice. Il y a fragilisation du patrimoine lorsque le débiteur aliène un bien tangible en contrepartie de valeurs ou argents fongibles, faciles à dépenser ou à dissimuler, s'il utilise un bien saisissable pour acheter un bien insaisissable, ou s'il se défait de son seul actif saisissable, même pour un prix apparemment juste²⁹. Dans l'affaire *Duchesne c. Demers*³⁰, la vente par une entreprise insolvable de son seul immeuble de valeur, bien qu'à un prix équivalant à sa JVM, a été tenue pour préjudiciable, puisque l'immeuble était la seule source de revenus pour l'entreprise.

Néanmoins, préjudice il doit y avoir. Dans l'affaire *Realstar Hotel Services Corp. c. 2099-1103 Québec inc.*³¹, la débitrice céda son immeuble à une compagnie liée pour un prix équivalant au solde dû au créancier hypothécaire. Sans preuve de la valeur marchande de l'immeuble, le tribunal ne peut conclure que la créancière a subi un préjudice par cette vente, et l'action en inopposabilité a été rejetée.

²⁶ *Bouchard c. Parent, Droit civil en bref* EYB 1988-62921 (C.A.), où un père vend un immeuble à son fils pour une somme de 30 000 \$ mais le quitte avant d'avoir reçu paiement.

²⁷ *Peluso c. Réalisations Mont Chatel inc.*, [1998] R.J.Q. 2245 (C.A.) (ci-après « *Peluso* »).

²⁸ Voir : *La. (F) c. L. (J.) et autres, Droit civil en bref* EYB 2006-104966 (C.A.).

²⁹ *Ducros c. Rolland*, [1998] R.D.I. 657 (C.S.).

³⁰ [2004] R.J.Q. 2909 (C.A.) (ci-après « *Duchesne* »).

³¹ R.E.J.B. 2005-90885 (C.A.).

2.1.5. Délai d'exercice

L'action en inopposabilité doit être intentée dans un délai d'un an à compter du moment où le créancier a eu connaissance de l'acte préjudiciable, peu importe la date de l'acte lui-même. Il s'agit d'un délai de déchéance, et non d'un délai de prescription, qui n'est donc pas soumis à suspension ou interruption. Par ce délai relativement court, le législateur cherche l'équilibre entre deux objectifs incompatibles, soit la protection des droits des créanciers et la stabilité des contrats. Il importe de souligner que le point de départ du délai n'est pas la date à laquelle le créancier prend connaissance de l'acte comme tel, mais plutôt de la date à laquelle il apprend que l'acte est **frauduleux**. Comme l'explique le juge Gendreau :

« À sa face même, un contrat ne fait pas toujours voir l'intention du débiteur de diverter des biens à son profit ou à celui de certains tiers; même l'acte gratuit consenti par le débiteur insolvable peut être dissimulé par les termes de l'écrit. Aussi la connaissance du créancier doit-elle être utile pour que la prescription annale commence à courir³². »

À titre d'exemple, une action intentée en 2004 pour faire annuler des hypothèques consenties en 1998 et 1996 par un créancier qui a eu connaissance des hypothèques en 2001 a été intentée dans le délai, car ce n'est qu'à la suite des interrogatoires tenus en 2004 qu'il a pu constater qu'elles ont été consenties sans contrepartie³³.

Lorsque l'action est intentée par le syndic de faillite, le délai court à compter de la date de sa nomination, peu importe si le syndic ignore l'acte préjudiciable, peu importe si un ou plusieurs créanciers en sont parfaitement au courant. Si le syndic refuse ou néglige d'intenter l'action en inopposabilité, un créancier peut obtenir l'autorisation du tribunal pour l'exercer à la place du syndic (art. 38 L.F.I.). Toutefois, le délai d'exercice sera alors d'un an à compter de la connaissance du créancier, même si plus d'une année s'est écoulée depuis la nomination du syndic puisque le créancier exerce alors un recours qui lui est propre, et non celui du syndic³⁴.

³² *Peluso*, précité, note 27. Voir aussi *Crealise Packaging*, précité, note 20; *Brault (Proposition de)*, R.E.J.B. 2003-46728 (C.S.).

³³ *SMRQ c. Elliott*, 2007 QCCS 4274.

³⁴ *Traders Finance Corp. c. Levesque*, [1961] R.C.S. 83; *Employers Liability Assurance Corp. c. Ideal Petroleum (1959) Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 230; *Stone (Faillite de), Droit civil en bref* EYB 2007-117914 (C.A.).

2.1.6. Un acte « inopposable » versus « nul »

La conséquence d'une déclaration d'inopposabilité est que, à l'égard du créancier, la transaction est réputée ne jamais avoir eu lieu³⁵. Quant à lui, le bien fait encore partie du patrimoine du débiteur, et le créancier peut le saisir et le faire vendre comme tout autre bien. La transaction n'est pas nulle pour autant et continue de produire ses effets entre ses parties, et à l'égard des tiers, y compris les autres créanciers du débiteur. La déclaration d'inopposabilité ne profite qu'au demandeur, et à tout autre créancier qui s'est joint à son action.

Si le bénéficiaire a consenti des hypothèques sur le bien transféré, ces hypothèques seront opposables au demandeur, tout comme le serait une vente subséquente par le bénéficiaire à un tiers, à la condition bien entendu que le créancier garanti ou le tiers acquéreur soit de bonne foi. Dans un tel cas, le bénéficiaire sera tenu de restituer au créancier le moindre de la valeur du bien revendu ou de la dette du créancier³⁶.

3. LES RECOURS EN VERTU DES LOIS PARTICULIÈRES SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ

La faillite est, à sa base, une méthode de réalisation des biens du débiteur exercé par le syndic au nom de l'ensemble de ses créanciers. Plutôt que de permettre à chaque créancier de continuer ses recours, multipliant les coûts de saisie et d'exécution contre les biens du débiteur, sans garantie que la distribution sera équitable, dès la faillite les recours des créanciers contre le débiteur sont suspendus. Seul le syndic pourra réaliser les biens du débiteur³⁷. En tant que représentant des créanciers, le syndic est investi de leurs recours, et bénéficie généralement des pouvoirs qu'ont ceux-ci pour contester les sûretés imparfaites et les transferts frauduleux de biens effectués par le débiteur. Cependant, le rôle du syndic est non seulement de liquider le patrimoine du débiteur, mais de s'assurer que cette liquidation se fasse dans le respect de l'égalité entre les créanciers. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit en effet que sauf lorsqu'il y a cause légitime de préférence, par exemple une sûreté valide, les créanciers sont sur un pied d'égalité et leurs réclamations seront payées au prorata de leurs créances. À cet égard, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* confère au syndic des

³⁵ Art. 1636 C.c.Q.

³⁶ *Duchesne*, précité, note 30; P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 14, p. 553.

³⁷ Assujetti, bien entendu, aux droits des créanciers garantis.

pouvoirs additionnels pour attaquer des transactions par lesquelles le débiteur aurait cherché à favoriser certains des créanciers, ou se serait défait de ses actifs à vil prix. Ces recours étaient l'annulation de la disposition de biens, l'annulation d'un paiement préférentiel et l'examen de la contrepartie dans une transaction révisable.

À l'origine, ces recours n'existent qu'en faveur du syndic à la **faillite** du débiteur. Lors des amendements à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en 1992, ces recours ont été étendus au syndic à la proposition du débiteur, qui en bénéficie sauf disposition contraire de la proposition³⁸.

Les Amendements de 2009 ont modifié sensiblement le sens et la portée de ces recours, notamment en abrogeant le recours en annulation de disposition de biens et l'examen de la contrepartie dans une transaction révisable, en faveur d'un nouveau recours, le recours en annulation de l'opération sous-évaluée, à mi-chemin entre ces anciens recours. De plus, ils sont maintenant incorporés dans la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, de sorte que le contrôleur nommé en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* en bénéficiera sauf disposition contraire du plan. On peut se questionner sur la pertinence d'accorder de tels pouvoirs au contrôleur, ou même au syndic relativement à la proposition. Dans ces deux cas, la relance des opérations du débiteur est l'ultime objectif, alors que les poursuites et procédures qui seront nécessaires à la réussite de ces recours constituent une source de nuisance et de distraction pour le débiteur qui devrait se concentrer à la relance. Néanmoins, ils ont certainement leur place lorsque la proposition ou le plan d'arrangement propose essentiellement une liquidation de l'actif, et nul ne pourra nier que la simple menace que de tels recours puissent être intentés peut favoriser la bonification du plan ou de la proposition.

Soulignons qu'un créancier pourra être autorisé par le tribunal à exercer l'un ou l'autre de ces recours si le syndic refuse ou néglige de les exercer³⁹.

3.1. LES BIENS DÉVOLUS AU SYNDIC

Comme nous l'avons vu, le syndic est nommé à son actif, avec pour mission de liquider le patrimoine du débiteur au nom de la masse des créanciers du débiteur, et d'en distribuer le produit parmi ces créanciers au

³⁸ Art. 101.1 L.F.I. La proposition doit prévoir de façon expresse que le syndic ne sera pas investi de ces pouvoirs : *Perrette inc. c. SMRQ*, [1998] R.J.Q. 1015 (C.A.).

³⁹ Art. 38 L.F.I.

prorata de leurs créances, sous réserve des droits des créanciers garantis. Pour faciliter sa tâche, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit à son article 71 qu'à compter de la faillite du débiteur tous ses biens sont cédés au syndic, qui dès lors est le seul habilité à en disposer. L'article 2 L.F.I. donne une définition très large au mot « biens », les décrivant comme tous les biens meubles et immeubles du débiteur, ses obligations contractuelles, et tous les droits, titres et intérêts qu'il peut avoir dans des biens, que ces droits soient légaux (*legal*) ou équitables (*equitable* ou *beneficial*). Les alinéas 67(1)c) et 67(1)d) L.F.I. ajoutent que la saisine du syndic s'étend à tous les biens du débiteur, peu importe où ils se trouvent, à la date de la faillite, de même qu'à tous les biens qu'il peut acquérir avant sa libération, et à tous les pouvoirs que le débiteur pouvait exercer sur des biens, ou qui pouvaient être exercés au bénéfice du débiteur. Le syndic est, dans un certain sens, le successeur du débiteur, avec tous les droits du débiteur sur les biens de ce dernier.

C'est pour cette raison qu'on dit que le syndic « chausse les souliers du débiteur », ce qui le distingue du liquidateur, sorte de prolongation du conseil d'administration, du séquestre, qui est le mandataire du créancier garanti qui le nomme, et du contrôleur nommé dans le cadre de procédures selon la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et du syndic à une proposition, qui surveillent ou contrôlent les agissements du débiteur au nom des créanciers mais qui n'ont, en principe, aucun droit sur ses biens.

3.2. LES BIENS QUI NE SONT PAS DÉVOLUS AU SYNDIC

S'il est vrai que le syndic à tous les droits du débiteur, et même plus, lorsque vient le temps d'exercer les recours des créanciers⁴⁰, il n'a pas plus de droits que le débiteur sur les biens en possession du débiteur. Si, à la date de la faillite, le débiteur n'est pas propriétaire d'une automobile qu'il loue, le syndic n'en deviendra pas propriétaire au seul motif que le locateur a omis de publier son bail comme l'exige l'article 1852 C.c.Q.⁴¹ De même, si les

⁴⁰ Le syndic est à la fois le successeur du débiteur et le représentant des créanciers, puisqu'à compter de la faillite, tous les recours des créanciers sont suspendus et de façon générale, seul le syndic est apte à attaquer les transactions du débiteur, les sûretés imparfaites, etc. Pour une discussion en profondeur de ce double aspect, voir notamment : *Re Giffen*, [1998] 1 R.C.S. 91; *Tremblay (Syndic de)*, *Lefebvre (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326 (ci-après « *Lefebvre* »); Jacques AUGER et Albert BOHÉMIER, « Le statut du syndic », (2003), vol. 37, n^{os} 1 et 2 *Revue juridique Thémis* 59-114.

⁴¹ *Lefebvre*, précité, note 40.

biens sont sortis du patrimoine du débiteur avant la faillite, le syndic n'aura aucun droit sur ceux-ci⁴².

La saisine du syndic s'étend à tous les biens en possession du débiteur, y compris les biens que le débiteur tient en fiducie pour une autre personne⁴³. Toutefois, l'alinéa 67(1)a) L.F.I. prévoit expressément que les biens détenus en fiducie par le débiteur pour une autre personne ne font pas partie du patrimoine à distribuer parmi les créanciers du débiteur.

3.2.1. Les biens détenus en fiducie et la fiducie du droit québécois

L'alinéa 67(1)a) L.F.I. a sa raison d'être compte tenu de la nature particulière du *trust* de common law. Selon ce régime, la loi reconnaît que le droit de propriété dans les biens détenus en fiducie se partage entre le *beneficiary*, qui détient la propriété équitable (*beneficial title*), et le *trustee* qui en a la propriété légale (*legal title*). Comme le souligne le professeur Bohémier⁴⁴, le *trustee* a un véritable droit réel à l'égard des biens en fiducie qui sera dévolu au syndic par le jeu de l'article 71 L.F.I. Il était donc nécessaire pour préserver les droits du *beneficiary* sur les biens en fiducie d'exclure ces biens de ceux que le syndic pourra liquider pour satisfaire aux réclamations des créanciers du *trustee*.

Au contraire, la fiducie de droit québécois est créée grâce au transfert par le constituant d'un bien de son patrimoine à un autre patrimoine. Personne, y compris le fiduciaire, n'a de droits réels à l'égard des biens de la fiducie. Lors de la faillite du fiduciaire, les biens de la fiducie seront exclus de la saisine du syndic, non pas en vertu de l'alinéa 67(1)a) L.F.I. mais bien parce que le syndic ne peut recevoir, par le biais de l'article 71 L.F.I. plus de droits qu'en avait le failli⁴⁵.

⁴² Par exemple, l'affaire *Big Knowledge (Syndic de)*, 2008 QCCA 1613, où il a été jugé que le dépôt d'une somme dans un compte en fidéicommis était en réalité un paiement libératoire, de sorte que la somme était sortie du patrimoine du débiteur avant sa faillite. Voir aussi : *Kowalski c. Trust Général du Canada*, [1976] C.A. 93.

⁴³ *Ramgotra*, précité, note 12.

⁴⁴ Albert BOHÉMIER, « Application de la Loi sur la Faillite et l'insolvabilité à la fiducie du Code Civil du Québec », (2003), vol. 37, n^{os} 1 et 2 *Revue juridique Thémis* 115-146, pp. 123-126.

⁴⁵ Au Québec, lorsqu'il est question de biens détenus « en fiducie », c'est-à-dire des biens détenus par le débiteur pour le compte d'un tiers en vertu d'un arrangement plus ou moins informel, les tribunaux renvoient encore à l'alinéa 67(1)a) L.F.I. pour (à suivre...)

Pour la même raison, ni les créanciers du constituant ni le syndic à sa faillite ne pourront saisir ou vendre les biens transférés à une fiducie ou à un tiers, sous réserve des recours particuliers dont il sera question plus loin. Néanmoins, les tribunaux n'ont pas hésité à écarter une fiducie lorsque les parties se sont comportées comme si aucune fiducie n'avait été créée⁴⁶.

Lorsque ce n'est pas un fiduciaire mais un bénéficiaire de la fiducie qui fait faillite, les droits du bénéficiaire dans le capital ou les revenus de la fiducie seront dévolus au syndic par l'effet de l'alinéa 67(1)d) L.F.I. À moins que l'acte constitutif de la fiducie n'ait prévu des stipulations d'insaisissabilité, ce sont les créanciers qui profiteront de ces droits.

3.2.2. Les biens insaisissables (al. 67(1)b) L.F.I.)

La saisine du syndic ne s'étend pas non plus aux biens que le droit provincial déclare insaisissables. Le syndic ne peut avoir plus de droits que les créanciers contre les biens du débiteur. Sont visés non seulement les biens reconnus comme insaisissables par la loi, tels les meubles meublants et les outils professionnels, mais ceux qui le deviennent à la suite d'un geste fait par le débiteur, par exemple lorsque le débiteur a utilisé une somme d'argent saisissable pour acquérir une rente viagère insaisissable⁴⁷. Un bien insaisissable parce qu'il a été cédé ou légué sous condition d'insaisissabilité, dans la mesure où telle condition respecte les critères de la loi, ce qui constitue un sujet de conférence en soi, ne tomberait donc pas sous la saisine du syndic.

3.2.3. Les biens versés dans un REÉR (al. 67(1)b.3) L.F.I.)

Le nouvel alinéa 67(1)b.3) L.F.I. innove et prévoit dorénavant que les biens détenus dans un REÉR ou un fonds enregistré de revenu de retraite au

(...suite)

justifier l'exclusion de ces biens de la saisine du syndic : *Laporte c. Lauzon*, [2008] R.J.Q. 478 (C.S.), inscription en appel, 21 janvier 2008 (C.A.); *Swap-T inc. (Syndic de)*, J.E. 2004-2117 (C.S.).

⁴⁶ Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, pp. 30-31, citant *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758; *Droit de la famille – 3511*, J.E. 2000-252 (C.S.).

⁴⁷ À la condition cependant que ce geste puisse être attaqué en vertu des lois applicables sur les transferts frauduleux, telle l'action en inopposabilité. Voir, par analogie : *Ramgotra*, précité, note 12.

sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou tout autre régime prescrit sont **exclus** de la saisine du syndic, sauf quant aux biens qui y ont été déposés dans les 12 mois qui précèdent la date de la faillite. Cet alinéa est une recherche d'équilibre entre le désir légitime de planifier sa retraite, et le droit des créanciers de liquider les actifs de leur débiteur. Souvent les sommes accumulées dans un REÉR étaient les seuls biens réalisables d'un débiteur individuel, et le syndic devait dépenser des sommes importantes pour attaquer ces transferts par le biais de l'un ou l'autre des recours étudiés dans cet alinéa, ou encore pour déterminer si ces biens étaient insaisissables en vertu du droit provincial. Les coûts étant prohibitifs, et les sommes souvent peu importantes, les créanciers étaient privés des biens placés dans un REÉR dit « insaisissable ».

En décrétant que seules les cotisations effectuées dans les 12 derniers mois font partie des biens dévolus au syndic, le législateur tente d'éviter la multiplication de ces débats. Cette disposition devrait avoir préséance sur les dispositions provinciales pouvant rendre ces biens insaisissables. Cependant, il est permis de croire que le syndic pourra toujours attaquer des cotisations antérieures à cette date par l'entremise des recours en annulation de transferts frauduleux, comme l'action en inopposabilité⁴⁸.

3.3. LES RECOURS PROPRES AU SYNDIC

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* accorde certains pouvoirs au syndic pour attaquer les transactions du débiteur, en vue de s'assurer que le patrimoine qui est dévolu au syndic est bien celui qui aurait été disponible à la masse des créanciers, n'eût été les gestes du débiteur. Outre l'action en inopposabilité, le syndic peut attaquer les traitements préférentiels, mieux connus sous « l'ancien nom » de « paiements préférentiels » et les opérations sous-évaluées. L'efficacité de la technique de protection choisie doit donc être évaluée en fonction des critères d'ouverture à ces différents recours.

Les Amendements de 2009 ont modifié sensiblement les règles applicables à ces recours.

3.3.1. Les traitements préférentiels

En premier lieu, le syndic pourra demander l'annulation d'un paiement ou autre acte préférentiel. L'article 95 L.F.I. permet au syndic de faire déclarer inopposable à son égard tout transfert de biens, toute affectation de

⁴⁸ Voir, par analogie, *Ramgotra*, précité, note 12.

ceux-ci à une charge, et tout paiement fait par une personne insolvable de même que toute obligation contractée ou tout service rendu par elle en faveur d'un créancier en vue de conférer une préférence à ce créancier sur les autres, dans la mesure où l'acte a eu lieu pendant la période prescrite. Cette période se situe entre la date qui précède de trois mois la date d'ouverture de la faillite et la date de la faillite, s'il s'agit d'un traitement en faveur d'un créancier sans lien de dépendance avec le débiteur, ou pendant la période se situant entre la date qui précède d'un an la date de l'ouverture de la faillite et la date de la faillite, s'il s'agit d'un créancier avec un lien de dépendance avec le débiteur. Alors que l'ancien article 95 L.F.I. était limité aux transferts, charges, paiements ou obligations, le recours permet maintenant d'attaquer les services rendus par le débiteur. Sont notamment visés les contrats d'emploi.

Par « préférence » on entend un traitement qui favorise un créancier au détriment des autres, tel un paiement fait alors que les autres créanciers ne reçoivent rien, ou la constitution d'une hypothèque en faveur d'un créancier ne détenant qu'une dette chirographaire. L'objectif du législateur est de favoriser l'égalité de traitement entre les créanciers, et les transactions effectuées à l'intérieur du délai prescrit seront réputées faites avec l'intention de frauder si la transaction confère dans les faits une préférence au bénéficiaire. Dans un tel cas, la transaction est annulée, et le paiement ou bien remis au syndic pour qu'il soit redistribué à la masse des créanciers au **prorata** de leurs créances.

Ce recours ne s'applique pas lorsque le créancier bénéficie d'une cause légitime de préférence, dont l'exemple par excellence est le créancier garanti.

Les transactions visées par ce recours sont uniquement celles intervenues entre le débiteur et ses créanciers. Pour réussir, le syndic devra donc établir :

- 1) qu'un traitement visé par l'article 95 L.F.I. a eu lieu;
- 2) en faveur ou au bénéfice d'un créancier;
- 3) pendant la période prescrite;
- 4) alors que le débiteur était insolvable; et
- 5) qu'il avait l'intention de préférer le créancier.

Si le syndic établit que le créancier a obtenu une préférence dans les faits (*preference in fact*), la transaction sera réputée faite avec l'intention de préférer.

Le bénéficiaire de la transaction peut repousser cette présomption en établissant soit que la transaction ne lui a conféré aucune préférence, ou encore que l'intention du débiteur n'était pas de le préférer. Aussi, un paiement fait par le débiteur pour rester en affaires, ou pour obtenir la livraison d'un bien, ou en exécution d'une obligation contractée avant la période prescrite n'est pas considéré comme préférentiel. Cependant, le simple fait que le débiteur ait cédé à la pression ou à la contrainte d'un créancier particulièrement diligent ne suffira pas. Non seulement elle ne suffira pas, mais la preuve de cette contrainte ne sera pas admissible⁴⁹.

Compte tenu de la similitude entre la rédaction de cet article et de celui qu'il remplace, la jurisprudence développée dans l'ancien article devrait s'avérer très utile dans l'interprétation du nouvel article.

Enfin, soulignons l'importance de la période prescrite : un traitement préférentiel accordé à l'extérieur de la période prescrite ne pourra pas être attaqué par le syndic en vertu de cette disposition. Ainsi, un paiement fait quatre mois avant l'ouverture de la faillite n'est pas un traitement préférentiel au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. De même, une hypothèque publiée à l'intérieur de la période prescrite, mais en vertu d'une convention conclue avant cette période sera également opposable au syndic⁵⁰, dans la mesure où le débiteur n'avait pas déjà l'intention de frauder ses autres créanciers.

3.3.2. L'opération sous-évaluée (art. 96 L.F.I.)

Le deuxième recours mis à la disposition du syndic est celui qui lui permet d'attaquer « l'opération sous-évaluée ». Ce recours se démarque de ceux dont nous avons déjà traité en ce qu'elle permet au tribunal de réécrire les termes de la convention pour refléter la JVM de la transaction, plutôt que de simplement l'écarter.

⁴⁹ Par. 95(2) L.F.I.

⁵⁰ Voir, à titre d'exemple, *Re Blenkarn Planer Ltd.*, (1958) 37 C.B.R. 147. Cependant, les tribunaux sont réticents à reconnaître la validité d'une telle convention, sauf dans un cas clair.

L'« opération sous-évaluée », concept nouveau introduit par les Amendements de 2009, se situe à mi-chemin entre la « disposition de biens » de l'ancien article 91 L.F.I. et la « transaction révisable » de l'ancien article 100 L.F.I. qu'elle remplace. Une disposition de biens était un transfert à titre gratuit d'un bien à un tiers où soit le débiteur conservait une certaine forme de contrôle sur le bien, soit le bénéficiaire du transfert conservait le bien dans sa forme originale ou une forme qui permettait de l'identifier. Le syndic pouvait attaquer toute disposition intervenue entre le débiteur et un tiers dans l'année qui précéda la date de l'ouverture de la faillite. Lorsque la disposition était en faveur d'une personne liée, le délai était étendu à cinq ans avant la date d'ouverture de la faillite.

La transaction révisable, quant à elle, était une transaction entre personnes liées. Lorsque la transaction avait lieu dans l'année qui précédait la date d'ouverture de la faillite, et pour une considération inférieure à la JVM du bien ou du service, le syndic pouvait obtenir jugement pour la différence contre le bénéficiaire de la transaction.

Une opération sous-évaluée est toute disposition de biens ou fourniture de services où le débiteur ne reçoit aucune contrepartie ou la contrepartie reçue est manifestement inférieure à celle que le débiteur a donnée. Pour attaquer une opération sous-évaluée, le syndic devra établir :

- a) si l'opération a eu lieu avec une personne sans lien de dépendance avec le débiteur, que :
 - i) l'opération a eu lieu au cours de la période entre la date précédant d'un an la date de l'ouverture de la faillite et la date de la faillite;
 - ii) le débiteur était insolvable au moment de l'opération, ou l'est devenu en raison de celle-ci; et
 - iii) le débiteur avait l'intention de frauder ou de frustrer un créancier;
- b) si l'opération a eu lieu avec une personne ayant un lien de dépendance avec le débiteur, que :
 - i) l'opération a eu lieu au cours de la période entre la date précédant d'un an la date de l'ouverture de la faillite et la date de la faillite; ou
 - ii) l'opération a eu lieu au cours de la période entre la date précédant de cinq ans la date de l'ouverture de la faillite et se terminant un an avant cette date; et :

- le débiteur était insolvable au moment de l'opération, ou l'est devenu en raison de celle-ci; ou
- le débiteur avait l'intention de frauder ou de frustrer un créancier.

Si le syndic établit ces faits, il pourra obtenir une déclaration que la transaction lui est inopposable. Plutôt qu'obtenir une déclaration d'inopposabilité, il pourra également obtenir un jugement ordonnant au débiteur, ce qui est moins utile, ou aux personnes intéressées par la transaction, ce qui l'est beaucoup plus, de lui verser la différence entre la contrepartie versée et la JVM de la transaction. Par « personne intéressée » on entend toute personne qui est liée à une partie à l'opération et qui, de façon directe ou indirecte, en profite, ou en fait profiter autrui. Comme on peut le constater, la définition est expansive.

Un des avantages de la nouvelle disposition est qu'elle élimine la distinction entre la disposition, qui se devait d'être gratuite, mais qui pouvait intervenir entre le débiteur et toute autre personne, et la transaction révisable, où la contrepartie était examinée, mais seulement lorsque la transaction avait lieu entre personnes liées. Dorénavant, toutes les transactions que le débiteur aura conclues pour une contrepartie inférieure à la valeur marchande seront soumises à examen lorsqu'elles auront été conclues dans l'année qui précède la date d'ouverture de la faillite; ce n'est que si la transaction a lieu avec une personne sans lien de dépendance avec le débiteur que sa solvabilité au moment du transfert est pertinente.

3.3.3. Notion de « personne liée »

Comme il devient apparent à la lumière de ce qui précède, le moment auquel la transaction a lieu est la considération la plus importante lors de l'évaluation de l'opposabilité de la transaction aux tiers. Presque aussi importante est la question du bénéficiaire de la disposition ou du traitement : est-ce une personne liée ou non?

En effet, si l'opération a eu lieu dans l'année qui précède l'ouverture de la faillite, avec une personne ayant un lien de dépendance avec le débiteur, la transaction est inopposable au syndic. Les motifs du débiteur, sa bonne ou sa mauvaise foi, importent peu. Il suffit que le syndic établisse qu'il y a disproportion entre les contreparties échangées pour que l'acte soit déclaré inopposable. Le législateur cherche ici à empêcher qu'un débiteur dilapide ses biens au préjudice de ses créanciers dans les mois qui précèdent sa faillite. Si la transaction a eu lieu entre la cinquième année et la première année qui précèdent l'ouverture de la faillite, le syndic devra également

prouver qu'au moment de la transaction le débiteur était insolvable ou par la transaction l'est devenu, ce qui rejoint l'ancien droit⁵¹. Comme dans l'ancien droit, il ne sera pas nécessaire de prouver que le débiteur avait l'intention de frauder ses créanciers⁵², mais il pourra le faire.

Au contraire, lorsque la transaction est intervenue avec une personne sans lien de dépendance avec le débiteur, tous ces éléments devront être prouvés.

Qui sont ces personnes avec « un lien de dépendance »? La question de savoir si des personnes ont un lien de dépendance est une question de fait, et les personnes liées sont présumées avoir un lien de dépendance. Sont notamment des personnes liées les personnes physiques unies par le sang ou le mariage, de même que les personnes physiques qui contrôlent une personne morale⁵³. Par « lien de dépendance » on entend une personne qui est en mesure de contrôler ou d'influencer une autre personne.

Puisque le transfert de biens à des tiers ou à une fiducie est une des techniques de protection d'actifs les plus courantes se pose la question : une fiducie peut-elle être une personne liée à la débitrice? Est-ce même une personne au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*?

Depuis la réforme du *Code civil du Québec* en 1994 et de l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la fiducie, il est clair que la fiducie est une institution reconnue par le droit québécois, avec un patrimoine distinct de celui de son fiduciaire, et certains attributs de la personnalité juridique, dont un nom propre et le droit d'ester en justice à travers ses fiduciaires⁵⁴. Toutefois, les auteurs s'entendent pour dire que ces différents attributs ne font pas de la fiducie une personne morale⁵⁵, d'autant que l'attribution de la

⁵¹ Ancien paragraphe 91(2) L.F.I.; *Ramgotra*, précité, note 12.

⁵² *Royal Bank c. Oliver*, (1992) 11 C.B.R. (3^e) 82 (Sask. Q.B.).

⁵³ Art. 4 L.F.I.

⁵⁴ Art. 1266, al. 2, 1278 et 1316 C.c.Q.; *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 59 et 51; Madeleine CANTIN-CUMYN, *La fiducie, un nouveau sujet de droit?*, Mélanges Ernest Caparros, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, pp. 129-144, p. 139; Julie LORANGER, *Utilisation d'une fiducie dans les transactions immobilières : aspects pratiques*, Fiducies personnelles et succession, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, pp. 113-141, p. 117.

⁵⁵ J. LORANGER, *op. cit.*, note 54, p. 117; François RAINVILLE, *L'administration du bien d'autrui et les patrimoines d'affectation*, « Série Répertoire de droit de la Chambre des notaires du Québec », Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 21; John BRIERLEY, *Titre sixième, De certains patrimoines d'affectation, les articles 1256-1298*, La réforme du Code civil : Personnes, successions, biens, Sainte-Foy, (à suivre...)

personnalité juridique à la fiducie a été écartée lors de la révision du *Code civil du Québec*⁵⁶.

Cette absence de personnalité juridique soulève diverses questions, dont la possibilité que la fiducie puisse ne pas être une débitrice au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁵⁷. En effet, seule une personne insolvable peut faire une cession volontaire de ses biens⁵⁸ ou faire l'objet d'une requête en faillite. La définition de « personne » que l'on trouve à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* assimile à des personnes les sociétés de personnes, les associations non constituées en personnes morales, les personnes morales, sociétés et organisations coopératives⁵⁹, mais ni la définition de « personne » ni la définition de « personne morale » ne font expressément référence aux fiducies, bien que depuis les Amendements de 2009 la définition de personne morale inclut les fiducies de revenus (*income trusts*).

Ainsi, dans l'affaire *Fiducie Côté Poirier (Syndic de)*⁶⁰, une fiducie d'utilité privée dépose une proposition en vertu de l'article 50 L.F.I. Elle s'y déclare comme « personne morale ». Le séquestre officiel refuse de recevoir la proposition puisqu'une fiducie n'est pas une « personne » au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Le lendemain, le registraire ordonne au séquestre de recevoir la proposition. Après l'assemblée des créanciers, certains d'entre eux ont présenté une requête en jugement déclaratoire, demandant l'annulation de la proposition, car une fiducie ne peut se prévaloir des dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Même si le juge Gascon reconnaît que les définitions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne sont pas limitatives, il ne peut que constater que ni la doctrine ni la jurisprudence québécoise ne reconnaissent la personnalité

(...suite)

Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 735-782, p. 749; Roderick A. MACDONALD, « The Security Trust: Principles and Prospects », *Meredith Memorial Lectures: Contemporary Utilization of Non-Corporate Vehicle of Commerce*, Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 1998, pp. 155-313, p. 287.

⁵⁶ M. CANTIN-CUMYN, *op. cit.*, note 54, p. 139.

⁵⁷ Mark SCHRAGER et Denis FERLAND, « L'insolvabilité des fiducies de revenu : comment prévenir et guérir », Montréal, Institut canadien, 17 mars 2005; A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 44, 115. Voir aussi Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, pp. 394-395.

⁵⁸ Art. 43 L.F.I. Une pétition de faillite est dirigée contre un « débiteur », qui inclut « notamment » une personne insolvable (art. 2 et 47 L.F.I.).

⁵⁹ Art. 2 L.F.I.

⁶⁰ [2007] R.J.Q. 2648 (C.S.), désistement d'appel.

juridique à la fiducie. Elle représente certes un patrimoine distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, mais elle n'est ni une personne physique ni une personne morale. La « personne morale » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est une entité constituée en vertu d'une loi provinciale, fédérale ou autre, alors que la fiducie se crée par contrat, lors du transfert d'un bien par le constituant au patrimoine de la fiducie. La fiducie ne peut se qualifier comme « personne insolvable » au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. S'appuyant sur les auteurs que nous avons cités plus haut, il conclut que la fiducie n'est ni une « personne » ni une « personne morale » au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁶¹.

Cette conclusion mérite d'être comparée avec la décision rendue dans l'affaire *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) c. Standard Trust Co*⁶². La débitrice avait investi près de 25 M\$ dans sa filiale, une compagnie de fiducie. Le syndic jugea que la contrepartie reçue pour l'investissement était nettement insuffisante et demanda au tribunal de lui accorder jugement pour la différence entre le montant de l'investissement et la contrepartie reçue. La filiale rétorqua que l'action était irrecevable puisque l'investissement ne peut être une « transaction révisable » au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, car elle doit avoir lieu entre deux « personnes » et qu'une compagnie de fiducie est expressément exclue de la définition de « personne morale ». Le juge Farley conclut que cette exclusion a pour but d'éviter qu'une compagnie de fiducie puisse faire l'objet d'une pétition en faillite ou faire cession de ses biens. Rien n'empêche que la définition de « personne » reçoive son sens ordinaire en d'autres circonstances. Le législateur ne voulait certainement pas empêcher une compagnie de fiducie d'être créancière dans une faillite ; or, pour être créancier, il faut être une « personne »⁶³.

⁶¹ Notons que cette conclusion est renforcée par les Amendements de 2009. En effet, la définition de « personne morale » inclut dorénavant expressément les « fiducies de revenu ». Or, si le législateur ne fait pas mention des fiducies ou *trusts* en général, n'est-ce pas justement pour les exclure de cette définition? Une fiducie de revenu, définie comme une fiducie qui possède un actif au Canada et dont les parts sont inscrites à une Bourse de valeurs mobilières à la date de l'ouverture de la faillite, ou dont la majorité des parts sont détenues par une fiducie dont les parts sont inscrites à une telle Bourse à cette date, pourra donc faire faillite ou déposer une proposition.

⁶² [1993] O.J. N° 869, 21 C.B.R. (3^e) 25. Bien que le jugement ait été renversé en appel, la Cour d'appel de l'Ontario ne remet pas en question le fait qu'une compagnie de fiducie puisse être partie à une transaction révisable : [1995] O.J. N° 3151, 36 C.B.R. (3^e) 1.

⁶³ Au même effet, voir *Re Selkirk Spruce Mills Ltd.*, (1958) 37 C.B.R. 11 (C.S.C.B.).

Même si un tribunal devait conclure que la fiducie est une personne au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pourrait-il conclure qu'il y a un lien de dépendance entre le constituant et la fiducie? Ce n'est pas impensable. Bien que le constituant ne puisse être seul fiduciaire, et qu'il doive agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni un constituant ni un bénéficiaire (art. 1275 C.c.Q.), il peut nommer les fiduciaires et pourvoir au mode de leur remplacement (art. 1276 C.c.Q.). L'acte constitutif de la fiducie pourrait même prévoir que le constituant aura la faculté de nommer ou de remplacer les fiduciaires à son gré⁶⁴. Des scénarios, notamment dans le cadre d'une fiducie « familiale » où le constituant nomme ou démet des fiduciaires selon les décisions qu'ils prennent ou s'assure qu'ils suivent ces instructions, peuvent être aisément imaginés. Les recueils de droit familial en fournissent quelques exemples⁶⁵.

En tenant pour acquis aux fins de notre discussion que le tribunal accepterait devant des faits particuliers qu'une fiducie est une personne ayant un lien de dépendance avec le constituant, le syndic devra néanmoins établir une différence manifeste entre les contreparties échangées. Respecte évidemment ce critère la remise d'actions d'une valeur de 50 M\$ en contrepartie d'un billet à ordre émis par une compagnie insolvable⁶⁶, ou le transfert d'une moitié indivise d'un hôtel ayant un prix inférieur de 1,8 M\$ à sa JVM⁶⁷.

CONCLUSION

Il ressort de ce qui précède que celui qui cherche à protéger ses actifs lorsqu'il fait déjà face aux pressions de ses créanciers risque d'être déçu. Le recours en inopposabilité et les recours prévus aux articles 95 et 96 L.F.I. sont des armes redoutables à l'encontre d'une transaction ou autre opération visant à frauder les créanciers. La protection d'actifs ne remplira son objectif que si elle se prépare dans un contexte de planification à long terme, avant que la situation financière du débiteur ne se détériore.

⁶⁴ J. BRIERLEY, *op. cit.*, note 55, p. 763.

⁶⁵ C. P. c. A. D., précité, note 16; M. J. S. c. L. P., J.E. 2001-2210 (C.S.).

⁶⁶ *Olympia & York Developments Ltd. (Trustee of) c. Olympia & York Realty Corp.*, [2003] O.J. N° 5242 (Ont. C.A.).

⁶⁷ *Salkbania (Trustee of) c. Wedgewood Village Estates Ltd.*, [1988] B.C.J. N° 1636 (C.S.C.B.).

QUAND LE FISC EST LE PRINCIPAL CRÉANCIER



Serge Fournier
 Associé, avocat
 BCF s.e.n.c.r.l.



Michel Beauchamp
 Avocat
 Ministère de la Justice du Québec
 Direction du Contentieux du Revenu

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (SERGE FOURNIER)

INTRODUCTION 4:3

1. LES PRIORITÉS DE LA COURONNE 4:3

1.1. RETENUES À LA SOURCE 4:3

1.2. TAXE D’ACCISE ET TAXE DE VENTE DU QUÉBEC 4:5

1.3. DETTE FISCALE RÉSULTANT DE L’APPLICATION DE LA
LOI SUR LES IMPÔTS ET DE LA LOI DE L’IMPÔT SUR LE REVENU 4:5

2. LE PROCESSUS DE PERCEPTION 4:6

2.1. COTISATION 4:6

2.2. EFFET DES OPPOSITIONS 4:7

2.3. CERTIFICAT ET JUGEMENT 4:7

2.4.	SAISIE EN MAINS TIERCES ET HYPOTHÈQUE LÉGALE	4:8
2.5.	OBTENTION DES INFORMATIONS PERTINENTES PAR DEMANDES PÉREMPTOIRES	4:10
3.	ENTENTE DE PAIEMENT	4:11
3.1.	POSITION DE L'ARC ET DU SOUS-MINISTRE DU REVENU DU QUÉBEC.....	4:11
3.2.	NÉGOCIATION APRÈS SAISIE	4:13
4.	LA RESPONSABILITÉ DES TIERS	4:14
4.1.	RESPONSABILITÉS DES ADMINISTRATEURS	4:14
4.2.	RESPONSABILITÉS DES BÉNÉFICIAIRES DE TRANSFERT DE BIENS	4:16
4.3.	RESPONSABILITÉS DU LIQUIDATEUR OU DE L'ADMINISTRATEUR CHARGÉ DE LA LIQUIDATION	4:17
5.	LA LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ	4:18
5.1.	PROPOSITION	4:18
5.2.	FAILLITE.....	4:18
6.	LA CRÉATION D'UNE NOUVELLE SOCIÉTÉ.....	4:19
6.1.	TRANSFERT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF	4:19
6.2.	LIENS ÉTABLIS À TRAVERS LES MÊMES ADMINISTRATEURS	4:19
6.3.	SOCIÉTÉS LIÉES.....	4:20
	CONCLUSION	4:20

PARTIE B (MICHEL BEAUCHAMP)

Le point de vue de la Couronne

	INTRODUCTION.....	4:21
1.	LA FIDUCIE RÉPUTÉE	4:21
2.	RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS.....	4:24
3.	TPS ET TVQ NON PERÇUES ET NON REMISES PAR LE FOURNISSEUR AU JOUR DE LA FAILLITE	4:28
4.	RESPONSABILITÉ DU BÉNÉFICIAIRE D'UN TRANSFERT DE BIENS	4:30

PARTIE A

Serge Fournier, associé, avocat
BCF s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

En période de crise économique, tant les individus que les entreprises doivent composer avec les difficultés inhérentes à la présence d'importants créanciers. Banquiers, locateurs et fournisseurs mettent souvent d'importantes pressions sur leurs débiteurs qui doivent faire face à des difficultés financières.

Qu'en est-il lorsque le fisc est le principal créancier? L'État détient des priorités relativement à certaines dettes fiscales et dispose d'importants moyens de perception, qui constituent souvent un avantage par rapport aux autres créanciers, ou dispose d'importants droits à l'égard des tiers actifs dans les affaires de l'entreprise et, dans un tel contexte, il est nécessaire de bien connaître les limites de ces droits.

1. LES PRIORITÉS DE LA COURONNE

1.1. RETENUES À LA SOURCE

Les créances fiscales résultant de retenues à la source (ci-après « RAS ») font l'objet de priorités aux termes des dispositions spécifiques de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ et de la *Loi sur le ministère du Revenu*².

Les paragraphes 227(4) et 227(4.1) L.I.R. et l'article 20 L.M.R. confirment qu'il existe en faveur de l'État une fiducie présumée qui est prioritaire à toute autre créance.

Ainsi, tous les biens d'une entreprise seront grevés de cette « super priorité », qu'elle ait fait l'objet d'une publication ou non³.

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

² L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

³ Voir notamment l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29.

La seule exception connue résulte de la publication d'un droit hypothécaire publié avant le moment où la personne est réputée détenir les montants en fiducie.

Cette super priorité comporte un droit de suite dans le contexte de la réalisation par les autres créanciers de leurs garanties sur les biens⁴.

La Couronne possède un droit de bénéficiaire sur tous les biens, et ce, malgré l'existence de toute autre garantie à l'exception de l'hypothèque discutée précédemment. Ainsi, le créancier qui réalise ses garanties deviendra responsable des sommes dues payables à même la valeur de réalisation des garanties.

Des dispositions spécifiques visent les comptes clients qui, peu importe qu'ils aient été donnés en garantie ou qu'il y ait eu des significations de préavis par le créancier institutionnel, feront l'objet d'une appropriation en faveur de l'État dès la réception de l'avis par le tiers débiteur.

Il est important de comprendre que cette super priorité existe dès le moment où les montants ou la créance des RAS naissent, à savoir au moment où les sommes sont non perçues ou non remises, et ce, peu importe que les montants aient été cotisés ou qu'un jugement ait été obtenu par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») ou le sous-ministre du Revenu du Québec.

Ainsi, un créancier qui connaît la situation fiscale précaire de son débiteur aura intérêt à mettre en place des mécanismes de contrôle en ce qui a trait aux remises des RAS de façon à éviter que ses droits ne soient irrémédiablement touchés.

Le locateur ou le banquier qui consent à des délais envers son créancier risquerait autrement de voir ses droits irrémédiablement atteints relativement à une dette de RAS.

⁴ Voir notamment l'arrêt *Canada c. Banque Nationale du Canada*, 2004 CAF 92.

1.2. TAXE D'ACCISE ET TAXE DE VENTE DU QUÉBEC

Des dispositions semblables à celles reliées aux RAS existent dans la *Loi sur le ministère du Revenu* et dans la *Loi sur la taxe d'accise*⁵ de façon à créer une fiducie présumée en ce qui a trait à ces montants⁶.

Tout comme dans le cas des RAS, l'ensemble des biens du débiteur est grevé de cette fiducie et leur opposabilité au créancier du débiteur garanti ou non, à l'exception du créancier hypothécaire, a été confirmée par les tribunaux.

Cependant, une limitation importante existe relativement aux RAS quant aux comptes clients et à celui de faillite et d'insolvabilité. Les tribunaux ont en effet reconnu qu'à compter de la faillite, la fiducie présumée cesse de s'appliquer et que ses créances sont des créances ordinaires dans un contexte de faillite⁷.

1.3. DETTE FISCALE RÉSULTANT DE L'APPLICATION DE LA LOI SUR LES IMPÔTS⁸ ET DE LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU

En ce qui a trait aux dettes fiscales régies par la *Loi sur le ministère du Revenu*, celle-ci bénéficie aux termes du *Code civil du Québec*⁹ d'une priorité sur les biens meubles du débiteur.

Ce sont les articles 2651 et 2653 C.c.Q. qui confirment une priorité de rang sur toute autre créance, à l'exception des frais de justice, de la créance du vendeur impayée et de la créance de ceux qui ont droit de rétention sur le bien.

Cette priorité n'a pas besoin d'être publiée ou inscrite et ne confère aucun droit de suite ni aucun droit réel. Elle s'applique toutefois en matière de collocation et fera en sorte que le fisc sera payé prioritairement à certains

⁵ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

⁶ Art. 222 L.T.A.; art. 20 L.M.R.

⁷ Voir notamment l'arrêt *Raymond Chabot inc. et Caisse populaire Desjardins de Montmagny c. SMRQ et 9083-4185 Québec inc.*, 2007 QCCA 1837; SOQUIJ AZ-50464769.

⁸ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

⁹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

créanciers garantis (hypothèque mobilière, etc.) lors de la vente en justice des biens convoités.

S'il y a publication d'une hypothèque légale, celle-ci prendra rang selon sa date d'inscription sur le registre approprié. Il est important de noter que la publication d'une hypothèque légale par Revenu Québec n'empêchera pas Revenu Québec de se prévaloir plutôt de sa super priorité.

Ces priorités résultant du *Code civil du Québec* en faveur de Revenu Québec ne survivent pas à la faillite.

2. LE PROCESSUS DE PERCEPTION

2.1. COTISATION

Bien que l'existence de la dette fiscale ne dépende pas de l'émission d'un avis de cotisation, les mesures de perception reliées ne peuvent naître qu'à la suite de l'émission d'un tel avis de cotisation.

En règle générale, les montants dus exigibles aux termes d'un avis de cotisation ne sont pas payables avant que les contribuables n'aient pu épuiser leurs recours judiciaires et qu'un jugement défavorable ne soit rendu par un tribunal de première instance.

Cette situation est applicable au regard de dettes fiscales autres que celles en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, la taxe de vente du Québec ou que celles reliées aux RAS.

Les autorités fiscales peuvent dans ce cas obtenir une ordonnance d'exécution immédiate *ex parte* aux termes des articles 225.1 L.I.R. ou 17.0.1 L.M.R. Une telle ordonnance sera émise dans des circonstances équivalant à celles prévues au *Code de procédure civile*¹⁰ du Québec dans le contexte d'une saisie avant jugement. Dans un tel cas, le contribuable recevra avec l'avis de cotisation l'ordonnance rendue par la Cour. Un processus de contestation est prévu et des règles strictes sont applicables.

Dans le cas de cotisations émises en vertu de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*¹¹ ou de la *Loi sur la taxe d'accise* ainsi que des cotisations émises

¹⁰ L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »).

¹¹ L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

quant aux dettes reliées aux RAS, il n'y a qu'une suspension des mesures de perception et l'avis de cotisation sera souvent accompagné d'une demande de paiement.

2.2. EFFET DES OPPOSITIONS

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la procédure de l'opposition d'appel devant les tribunaux suspend les mesures de perception¹², à l'exception des dettes de RAS et celles qui sont reliées à la *Loi sur la taxe de vente du Québec* ou à la *Loi sur la taxe d'accise*.

Il est à noter que, malgré la suspension des mesures de perception, les intérêts continuent de s'accumuler sur la dette et que certaines exceptions sont prévues dans les lois fiscales en ce qui a trait aux grandes entreprises, celles-ci devant payer une partie de la dette malgré les oppositions ou contestations.

2.3. CERTIFICAT ET JUGEMENT

Les mesures de perception ouvertes aux autorités fiscales n'impliquent pas nécessairement la mise en place d'un mécanisme judiciaire.

Les dispositions des lois pertinentes permettent la saisie en mains tierces sans qu'un jugement ait été rendu et permettent également la mise en place d'hypothèques légales, toujours sans qu'un jugement ait été rendu¹³.

Toutefois, des mécanismes sont prévus dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et dans la *Loi sur le ministère du Revenu* aux fins de permettre aux autorités fiscales d'obtenir, en l'absence et sans avis au débiteur, un jugement sur la simple foi de présentation d'un certificat auprès de la Cour du Québec, la Cour supérieure ou la Cour fédérale¹⁴.

¹² Art. 12.0.3 L.M.R.; par. 225.1(2) et 225.1(3) L.I.R.

¹³ Art. 15 L.M.R.; art. 224 L.I.R.

¹⁴ Art. 13 L.M.R.; art. 223.2 L.I.R.; art. 316 L.T.A.

Le jugement rendu à la suite de ce certificat ne peut faire l'objet d'aucune procédure en rétractation ou de dénonciation du caractère *ex parte* du jugement¹⁵.

Les tribunaux ont à l'occasion permis l'attaque de ces jugements dans la mesure où l'on peut démontrer que la dette à la base du jugement est inexistante ou payée¹⁶.

Toutefois, les tribunaux canadiens ont reconnu que le fait que les cotisations à la base des jugements obtenus étaient contestées ou étaient contestables ne constitue pas un moyen pour obtenir l'annulation des jugements ou la contestation du jugement ou de toute mesure de perception accessoire au jugement.

Bien que les autorités fiscales n'aient pas à informer le contribuable du fait qu'un jugement sera obtenu ou qu'une hypothèque légale sera publiée, la pratique veut qu'une lettre informant le contribuable de la mise en place de mesures de perception soit transmise avant que ces mesures ne soient enclenchées. Une lettre en termes généraux informe le contribuable que les autorités fiscales disposent de recours administratifs et judiciaires aux fins de faire valoir leurs droits et que des frais de perception se rajouteront à la créance en l'absence d'une entente ou de paiement.

2.4. SAISIE EN MAINS TIERCES ET HYPOTHÈQUE LÉGALE

Nous avons discuté plus amplement des moyens judiciaires ouverts aux autorités fiscales aux fins de faire valoir leurs créances.

Sans avoir obtenu jugement, les autorités fiscales peuvent également mettre en place des mesures de perception importantes, soit la saisie en mains tierces de créances et la mise en place d'une hypothèque légale.

La saisie en mains tierces de créances force le débiteur d'une dette due à un débiteur fiscal de s'acquitter de sa dette en faveur des autorités fiscales plutôt qu'en faveur de ce débiteur.

¹⁵ Voir notamment les affaires *Lessard-Poulin c. SMRQ*, [1991] R.D.F.Q. 28 (C.A.) et *SMRQ c. Corriveau*, C.A. Québec, n° 200-09-000871-845, 10 septembre 1990, jj. Beauregard, Tourigny et Dussault.

¹⁶ Voir notamment l'affaire *SMRQ c. Parent*, 2006 R.J.Q. 1387.

Le défaut de donner suite à cette demande emportera la responsabilité fiscale du tiers saisi. Le processus de l'exécution de cette responsabilité se fera à travers l'émission d'avis de cotisation¹⁷.

La loi ne connaît aucun processus de contestation d'une telle saisie en mains tierces, mais les tribunaux ont parfois été saisis de recours en révision judiciaire et en annulation de saisies et ont accepté d'entendre les représentations de contribuables tentant de faire valoir leurs droits, l'inexistence de la dette ou le caractère abusif et déraisonnable de telles mesures¹⁸.

Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que les tribunaux accepteront d'intervenir et qu'ils prendront la peine d'indiquer qu'il s'agit de cas ou de situations exceptionnels.

Quant à l'hypothèque légale, elle peut être obtenue sur simple présentation par les autorités fiscales d'un certificat attestant la dette et une demande d'inscription d'hypothèque.

Le contribuable recevra par la suite une lettre confirmant qu'une hypothèque a été publiée sur son immeuble.

Il est intéressant de noter qu'une pratique courante au sein de Revenu Québec veut que le sous-ministre du Revenu du Québec publie des hypothèques sur des éléments d'actif détenus par des tiers dans la mesure où il prétend que ce tiers agit à titre de prête-nom ou dans un cadre de transfert frauduleux de l'immeuble, et ce, sans qu'il ait obtenu un jugement pour la mise en place d'une telle hypothèque.

L'officier de la publicité des droits accepte de publier cette hypothèque sur l'immeuble sans se soucier du fait que cet immeuble soit inscrit ou non au nom du débiteur fiscal. Une telle situation force le propriétaire de l'immeuble à présenter une demande de radiation d'hypothèque et à débattre de la légitimité de sa propriété là où l'immeuble ne peut être l'objet de quelque transaction que ce soit sans qu'un jugement final ait été rendu. Il y a lieu de s'interroger sur le caractère raisonnable d'une telle position du sous-ministre du Revenu du Québec.

¹⁷ Art. 15 et suiv. L.I.R.; art. 224 L.I.R.

¹⁸ Voir notamment l'affaire *SMRQ c. Radoux*, [1989] R.D.F.Q. 80 (C.Q.).

Dans des circonstances semblables, l'ARC procède plutôt par l'obtention d'une ordonnance de saisie avant jugement ou la signification de procédures en inopposabilité ou elle procède en prépublication sur l'immeuble de façon à le grever.

Une telle approche nous semble beaucoup plus conforme à l'enseignement des tribunaux et plus respectueuse des droits des contribuables.

2.5. OBTENTION DES INFORMATIONS PERTINENTES PAR DEMANDES PÉREMPTOIRES

Aux fins de faire valoir ses droits, le fisc doit, dans certaines circonstances, procéder à des enquêtes de façon à déterminer si sa créance est en péril, si des éléments d'actif peuvent être saisis et si les transactions donnant ouverture à certains droits sont intervenues avec des tiers.

Une équipe d'enquêteurs chevronnés est à la disposition de l'ARC et du sous-ministre du Revenu du Québec aux fins de déterminer l'existence de droits et de mesures de perception et, le cas échéant, la responsabilité de tiers au regard des dettes fiscales.

La transmission de demandes péremptoires et l'obtention d'ordonnance ou d'amende forçant la transmission d'informations sont devenues pratique quotidienne dans un tel contexte¹⁹.

Ainsi, il est courant pour les autorités fiscales de requérir la transmission de la liste de comptes clients d'un contribuable aux fins de procéder à des saisies en mains tierces, d'obtenir des renseignements quant au mouvement de trésorerie d'une entreprise et d'autres informations susceptibles de permettre l'identification d'éléments d'actif ou d'un débiteur fiscal additionnel pour le fisc.

Les conséquences de ne pas répondre à une demande péremptoire transmise conformément aux dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi sur le ministère du Revenu* impliquent l'imposition d'amendes significatives et la possibilité d'obtenir des ordonnances en injonction forçant la communication de l'information²⁰.

¹⁹ Art. 39 L.M.R.; art. 231.2 L.I.R.

²⁰ Art. 621 L.M.R.; par. 238(1) et art. 39.2 L.I.R. quant à l'ordonnance d'injonction.

3. ENTENTE DE PAIEMENT

3.1. POSITION DE L'ARC ET DU SOUS-MINISTRE DU REVENU DU QUÉBEC

Quant au super privilège détenu par les autorités fiscales et aux droits dont ceux-ci disposent, il est indéniable que la meilleure approche à prendre dans un contexte où le fisc est le principal créancier est la négociation d'entente de paiement.

Une ligne de communication respectueuse et franche doit être établie le plus rapidement possible avec l'agent de perception responsable du dossier.

Lorsque des cotisations seront émises, il est, à l'occasion, approprié de requérir immédiatement auprès des vérificateurs la mise en contact avec les éventuels représentants de la direction de la perception de façon à amorcer les négociations sur un bon pied.

En règle générale, les autorités fiscales seront ouvertes à la mise en place d'entente de paiement dans la mesure où le contribuable établit qu'il a fait des efforts raisonnables pour tenter d'obtenir une source de financement alternative notamment auprès de ses banquiers, que des garanties raisonnables sont offertes et que les bilans et états financiers démontrent une capacité de paiement acceptable²¹.

La situation pourrait être différente lorsque la dette fait l'objet de contestation puisque dans le cadre de l'application de la *Loi sur le ministère du Revenu*, aux termes de l'article 12 L.M.R., le sous-ministre du Revenu du Québec est dans l'obligation d'accepter une garantie lorsque les cotisations font l'objet de contestation et qu'il n'y a pas suspension des mesures de perception.

Les garanties que doit accepter le ministre du Revenu du Québec sont définies au *Règlement sur l'administration fiscale*²² et il est intéressant de noter qu'une hypothèque de second rang contenant suffisamment d'équités devra être acceptée par le sous-ministre du Revenu du Québec et que les mesures de perception devront être suspendues dans un tel contexte²³.

²¹ Art. 9.2 L.M.R.; par. 220(4.1) L.I.R.

²² R.Q., c. M-31, r.1. (ci-après « R.A.F. »).

²³ Art. 10 L.M.R.; art. 10 R.A.F.

En ce qui a trait à l'ARC, il n'existe pas de telles dispositions et le contribuable devra donc, en plus d'offrir une garantie, prévoir une entente de paiement acceptable.

La direction de la perception ne négociera jamais la base même de la réclamation, soit la cotisation. On pourra à l'occasion tenter de négocier un rajustement en ce qui a trait aux intérêts à travers le mécanisme d'équité.

Bien qu'il n'existe pas de paramètres définitifs reliés à l'étendue des ententes pouvant être conclues avec les autorités fiscales, chaque dossier dépendra de la valeur des garanties offertes ou de l'absence de garanties, des capacités financières de l'entreprise et, à l'occasion, de la volonté de ses actionnaires et dirigeants de participer à la solution.

Il sera fréquent pour les autorités fiscales de requérir le cautionnement personnel auprès des actionnaires de l'entreprise ou les garanties des cautionnements hypothécaires lorsqu'une entreprise est insolvable et qu'elle souhaite négocier une entente de paiement avec le sous-ministre du Revenu du Québec ou l'ARC et que ses actionnaires disposent d'une importante solvabilité (résidences personnelles, immeubles à revenus, placements).

La qualité des documents présentés aux responsables de la perception en ce qui a trait à la capacité de paiement et à la réalité financière de l'entreprise est également d'une très grande importance. Ceux-ci doivent être très bien expliqués et les capacités de paiement établies de façon réaliste.

Le non-respect d'une entente de paiement et toute délinquance subséquente quant à la remise de rapports ou le paiement de dettes fiscales subséquentes seront sans pardon.

Lorsque le débiteur fiscal négocie régulièrement avec des entreprises gouvernementales ou paragouvernementales, un mécanisme administratif de compensation automatique existe, et ce, sans que quelque saisie ou mesure de perception soit nécessaire. Avant de payer, l'organisme gouvernemental ou paragouvernemental vérifiera si son débiteur est endetté auprès des autorités fiscales et si la réponse est positive, le paiement sera effectué directement aux autorités fiscales.

On peut imaginer l'effet désastreux d'une telle situation sur une entreprise.

Très rapidement, les intérêts des autorités fiscales et ceux des autres créanciers de l'entreprise deviendront opposés.

Le retrait d'une marge de crédit et la menace d'exécution par les banques emportent en général une réaction plus importante que les demandes de paiement des autorités fiscales.

Le débiteur a intérêt à garder le contrôle sur ses créanciers et il faudra souvent jongler avec les liquidités.

Le débiteur fiscal dispose de peu de droits lorsqu'il fait face au refus de l'agent de perception d'accepter une proposition qu'il considère comme raisonnable.

Les représentants de la perception disposent à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire très important et il faut toujours garder à l'esprit que la dette est due et exigible et que les délais de paiement ou les ententes de paiement doivent être conclus sans que la créance des autorités fiscales soit en péril.

3.2. NÉGOCIATION APRÈS SAISIE

Qu'en est-il lorsque les autorités fiscales ont déjà mis en place des mesures d'exécution importantes et qu'elles ont procédé à l'inscription d'une hypothèque sur un immeuble ainsi qu'à la saisie des biens avec avis de vente?

Évidemment, la porte des négociations demeure toujours ouverte et comme des mesures de perception mises en place par les autorités fiscales feront l'objet d'avis aux créanciers du débiteur, il est évident que la situation deviendra beaucoup plus problématique.

Le banquier informé de l'existence des dettes fiscales, s'il ne l'était pas déjà, agira avec empressement et verra à la protection de sa créance.

Néanmoins, les négociations sont toujours possibles après la saisie et peuvent en règle générale impliquer soit le remplacement des mesures de saisie par des garanties acceptables, soit une entente en ce qui a trait à la valeur des biens saisis évitant leur vente en justice et permettant la continuité des activités de l'entreprise.

Une fois de plus, tout est question de fait et nous ne saurions trop insister sur l'importance de la qualité des discussions et des interventions auprès des personnes responsables de la perception.

4. LA RESPONSABILITÉ DES TIERS

4.1. RESPONSABILITÉS DES ADMINISTRATEURS

Les administrateurs ont des responsabilités à l'égard des actionnaires de la société dont ils sont administrateurs, mais également à l'égard des autorités fiscales²⁴. L'administrateur doit agir avec un degré de soins de diligence et d'habileté raisonnable en fonction des circonstances spécifiques dans lesquelles les dettes fiscales n'ont pas été acquittées²⁵.

Tout administrateur devra ainsi, dans un contexte d'entreprise en difficulté, s'assurer de faire un suivi rigoureux en ce qui a trait aux activités de l'entreprise et, lorsque le fisc est le principal créancier, de bien déterminer à l'avance les conséquences d'une éventuelle fermeture de l'entreprise quant à sa responsabilité d'administrateur.

La responsabilité des administrateurs vise aussi bien les montants perçus que les montants non perçus, mais elle se limite aux montants visés par la *Loi sur la taxe d'accise*, la *Loi sur la taxe de vente du Québec* et les dispositions reliées aux RAS.

Elle vise tant l'administrateur interne, soit celui qui est actif dans l'entreprise, que l'administrateur externe.

Une jurisprudence récente s'est d'ailleurs développée relativement à l'administrateur externe, lui imposant ainsi une obligation de suivi important en s'enquérant régulièrement de la situation et, le cas échéant, en faisant noter toute dissidence au regard des décisions prises par les autres membres du conseil d'administration quant à la gestion des liquidités de l'entreprise dans un contexte de difficultés financières.

L'administrateur dont la responsabilité est recherchée par l'État fera l'objet d'une demande de renseignements et de documents visant à permettre aux autorités fiscales de déterminer l'étendue de sa responsabilité et, le cas échéant, les moyens d'exonération.

À la réception de cette lettre, il est évident que l'administrateur devra dans un premier temps vérifier s'il bénéficie d'une assurance à titre

²⁴ Art. 24.0.1 L.M.R.; art. 227.1 L.I.R.

²⁵ Art. 24.0.2 L.M.R.; par. 227.1(4) L.I.R.

d'administrateur de la société et informer cet assureur de la situation. L'administrateur demeurera responsable de la dette, à moins qu'il ne soit cotisé dans les deux ans suivant la date où il a cessé d'être administrateur²⁶.

Ce moyen de défense est très important et nécessite évidemment une analyse approfondie de la notion de cette cessation du statut d'administrateur.

C'est dans les dispositions spécifiques des lois constitutives de la société qu'il faut s'en remettre pour déterminer le moment de perte du statut d'administrateur.

Il existe toujours une grande confusion jurisprudentielle reliée à la date exacte de cessation du statut d'administrateur lorsqu'une démission est transmise à la société, mais que les avis officiels, eux, ne sont pas transmis au registraire des entreprises.

Il sera donc important pour l'administrateur démissionnaire non seulement d'aviser la société de sa démission, mais également de s'assurer que les avis appropriés ont été transmis. La *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*²⁷ permet à un tiers, advenant un défaut de la société de respecter ses obligations relativement à la publication du changement du conseil d'administration, de requérir ce changement lui-même.

Par ailleurs, il est important de noter qu'il ne suffit pas de démissionner pour perdre son statut d'administrateur. En effet, il faut qu'il y ait également cessation des interventions de la personne à titre d'administrateur.

Les tribunaux ont en effet reconnu que tant l'administrateur de droit que l'administrateur de fait engagent leur responsabilité aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur le ministère du Revenu*.

Il peut être intéressant de s'interroger sur la façon pour un administrateur de fait de démissionner.

Récemment, la Cour d'appel du Québec et la Cour d'appel fédérale ont confirmé qu'une radiation d'une société constituée en vertu de la *Loi sur les*

²⁶ Art. 24.0. L.M.R.; par. 227.1(4) L.I.R.

²⁷ L.R.Q., c. P-45.

*compagnies*²⁸ du Québec ou d'une loi équivalente par le registraire des entreprises faisait en sorte que l'administrateur cessait d'agir²⁹.

Cette décision confirmait que même si les autorités fiscales avaient fait revivre la société après l'expiration d'un délai de deux ans, ce délai de deux ans avait néanmoins libéré l'administrateur de sa responsabilité puisque celui-ci était réputé avoir cessé d'agir à titre d'administrateur à partir de la date de la radiation et qu'au moment où la radiation était révoquée, le délai de deux ans avait profité à l'administrateur.

La responsabilité des administrateurs s'applique également aux dettes dites « inconnues », c'est-à-dire celles qui n'étaient pas cotisées au moment où l'administrateur agissait à titre d'administrateur.

C'est en effet la période où l'administrateur agissait à ce titre qui est visée par la disposition reliée à sa responsabilité.

Toutefois, dans certains cas, l'ignorance de la dette pourra constituer un moyen de diligence raisonnable.

On pourrait, par exemple, penser au cas de l'administrateur externe ou à celui de l'administrateur floué par un coadministrateur ou par des employés de l'entreprise impliqués dans une fraude qui a eu des conséquences désastreuses pour l'entreprise.

L'administrateur pourra, s'il fait l'objet de cotisations reliées à sa responsabilité, contester la dette à la base de la réclamation même si la société n'a pas contesté cette dette ou si elle a fait faillite.

4.2. RESPONSABILITÉS DES BÉNÉFICIAIRES DE TRANSFERT DE BIENS

D'importantes dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur le ministère du Revenu* prévoient que le bénéficiaire d'un transfert deviendra responsable des dettes fiscales de l'auteur du transfert si, au moment du transfert, l'auteur du transfert était endetté, qu'il ait été cotisé ou non auprès des autorités fiscales³⁰.

²⁸ L.R.Q., c. C-38.

²⁹ Voir notamment les arrêts *La Reine c. Aujla et autres*, 2008 CAF 304 et *Québec c. Tupula et autres*, 2008 QCCA 1136.

³⁰ Art. 14.1.0.1 L.M.R.; art. 160 L.I.R.

Cette responsabilité équivaudra à la différence entre la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du bien transféré et la contrepartie versée. Cette responsabilité ne comporte aucun délai et les autorités fiscales pourront cotiser le bénéficiaire du transfert sans qu'il soit contraint par quelque limite de temps que ce soit.

Certains débiteurs ont tenté de contester le caractère raisonnable d'un délai, mais en règle générale, aucun n'a obtenu de succès dans une telle approche.

Il est donc important, lorsque le fisc est le principal débiteur, de s'assurer qu'aucun transfert ne soit intervenu pour la période couverte par les dettes fiscales concernées.

L'émission de dividendes a été considérée par les tribunaux comme un transfert à titre gratuit en portant la responsabilité de son bénéficiaire tout comme l'a été le transfert d'un bien à la suite de l'exécution forcée d'une garantie par un créancier lié à l'entreprise ou au débiteur fiscal.

4.3. RESPONSABILITÉS DU LIQUIDATEUR OU DE L'ADMINISTRATEUR CHARGÉ DE LA LIQUIDATION

Devant une dure réalité où une entreprise est vouée à fermer ses portes, l'administrateur ou les actionnaires prendront souvent la décision de la liquider de façon à payer les créanciers qu'ils ont cautionnés personnellement ou à favoriser certains fournisseurs aux dépens des autres.

Les dispositions prévues dans la *Loi sur le ministère du Revenu* et dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoient que le liquidateur, l'administrateur ou toute personne en autorité impliquée dans une telle liquidation engage sous sa responsabilité jusqu'à concurrence de la valeur des biens liquidés dans la mesure où les autorités fiscales n'ont pas été informées de cette liquidation et qu'un certificat n'a pas été délivré³¹.

La notion de liquidation a été étendue par les tribunaux et il n'est pas nécessaire que l'objectif soit la liquidation juridique de l'entreprise, mais la

³¹ Art. 14 L.M.R.; par. 159(2) L.I.R.

disposition de la totalité des éléments d'actif dans un contexte de cessation des activités sera assimilée à une liquidation³².

5. LA LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ

5.1. PROPOSITION

En dernier ressort, le débiteur fiscal, devant l'impossibilité d'en arriver à une entente avec les autorités fiscales, devra évidemment envisager d'avoir recours aux dispositions pertinentes sur la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

De récents amendements ont rendu beaucoup plus sévères les conséquences d'une faillite pour un débiteur fiscal.

Le dépôt d'un avis d'intention par un débiteur fiscal suspendra l'ensemble des mesures de perception mises en place par les autorités fiscales. Toutefois, le débiteur fiscal aura intérêt à s'assurer qu'il sera en mesure de soumettre une proposition raisonnable au créancier et que l'importance du vote des autorités fiscales pourra être déterminante.

Au cours des dernières années, l'ARC a pris la position de refuser de voter favorablement sur toute proposition concordataire qui n'implique pas le paiement de l'intégralité de la dette dans la mesure où cette dette ne résulte pas de circonstances exceptionnelles.

Tout argument de survie d'entreprise et de l'intérêt public ne sera pas retenu et les représentants de l'ARC voteront contre la proposition.

Le sous-ministre du Revenu du Québec a, quant à lui, une approche beaucoup plus réaliste qui tient compte des réalités des potentiels d'encaissement dans un contexte de propositions concordataires par rapport à une faillite et à la réalisation de l'ensemble des éléments d'actif.

5.2. FAILLITE

Évidemment, la faillite constitue l'option de dernier recours et, outre le fait qu'elle permettra de mettre fin au débat définitivement, elle n'est d'aucun intérêt pour tout débiteur qui souhaite continuer les activités de son entreprise.

³² Voir notamment les arrêts *Lécuyer c. SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 28 (C.A.) et *SMRQ c. Morganti*, [1997] R.D.F.Q. 22 (C.A.).

Nous réitérons par ailleurs que la faillite n'emporte pas une présomption de démission à titre d'administrateur et que, dans un cadre de faillite, il sera important pour les administrateurs de démissionner.

Sur cette question, souvent les syndicats refusent de publier les décisions et les démissions et l'administrateur démissionnaire devra faire toutes les interventions nécessaires de façon à s'assurer que sa démission soit bien portée aux livres et registres de l'entreprise et aux registres gouvernementaux pertinents.

6. LA CRÉATION D'UNE NOUVELLE SOCIÉTÉ

6.1. TRANSFERT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF

Quand le fisc est le débiteur principal, il vient souvent à l'esprit des dirigeants d'entreprise de transférer les activités vers une nouvelle société.

Nous avons discuté précédemment de la responsabilité du bénéficiaire d'un transfert dans un tel contexte en ce qui a trait à la responsabilité fiscale de l'auteur du transfert.

Dans la mesure où le transfert des éléments d'actif se fait à la JVM, il n'y aura pas de responsabilité. Le débat demeure cependant entier en ce qui a trait à la valeur de l'achalandage dans le cas du transfert de l'entreprise et des difficultés importantes d'évaluation peuvent survenir.

Rappelons également que même si les dispositions prévues aux lois fiscales ne pouvaient recevoir l'application en raison du fait qu'un transfert s'est fait à la JVM, les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* reliées aux transactions révisables pourraient recevoir application³³.

Un transfert fait à une JVM en faveur d'un bénéficiaire lié dans un cadre d'insolvabilité constitue un transfert inopposable aux créanciers au sens du *Code civil du Québec*.

6.2. LIENS ÉTABLIS À TRAVERS LES MÊMES ADMINISTRATEURS

La *Loi sur le ministère du Revenu* prévoit que les autorités fiscales disposent de moyens de contrôle reliés à la présence des administrateurs au

³³ Art. 1631 et suiv. C.c.Q.

sein d'une société alors que ce même administrateur était impliqué dans une société débitrice fiscale. Dans un tel contexte, le maintien du certificat d'enregistrement nécessaire aux activités de l'entreprise pourrait être dépendant du dépôt d'un cautionnement significatif auprès du sous-ministre du Revenu du Québec.

Les articles 17.5 et 17.5.1 L.M.R. permettent aux autorités fiscales de requérir un tel cautionnement et, le cas échéant, d'obtenir la fermeture d'une entreprise si le cautionnement n'est pas fourni³⁴.

6.3. SOCIÉTÉS LIÉES

En présence de mêmes actionnaires et de mêmes dirigeants, il est évident que les autorités fiscales rechercheront à déterminer si la nouvelle société a été créée au détriment de l'ancienne et, par conséquent, si une responsabilité fiscale existe au sein de cette nouvelle société.

La création de cette nouvelle société et le transfert des éléments d'actif, qu'ils soient tangibles ou intangibles, doivent se faire dans le respect des droits de l'ensemble des créanciers et particulièrement dans le respect des droits des autorités fiscales³⁵.

CONCLUSION

Quand le fisc est le principal créancier, il est d'abord important pour le débiteur fiscal de bien comprendre la portée et l'étendue de ses droits et de ceux des autorités fiscales. Une analyse approfondie de la situation, de la nature des dettes et des responsabilités éventuelles des administrateurs, des actionnaires et des tiers est essentielle.

Par la suite, l'établissement d'un mécanisme de communication et de négociation sérieux avec les responsables de la perception fiscale au sein des autorités gouvernementales s'avérera essentiel et nécessaire.

Évidemment, la survie de l'entreprise devra être l'objectif prioritaire et il est possible, à travers le respect des lois fiscales, de protéger à la fois l'entreprise, ses employés et ses dirigeants et actionnaires.

³⁴ Art. 1632 C.c.Q.

³⁵ Art. 17.6 et suiv. L.M.R.

PARTIE B**Le point de vue de la Couronne**

Michel Beauchamp, avocat
Ministère de la Justice du Québec
Direction du Contentieux du Revenu

INTRODUCTION

À la lumière de certaines décisions clés et de jugements récents rendus par les tribunaux, nous invitons le lecteur à prendre conscience de certains aspects des droits de la Couronne maintenant bien définis par la jurisprudence ou en voie d'évolution en sa faveur.

1. LA FIDUCIE RÉPUTÉE

Depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *First Vancouver Finance c. MRN*¹, et la jurisprudence qui en a découlé, il est bien établi que l'omission, par un mandataire, de verser à la Couronne la TPS, la TVQ et les retenues à la source qu'il a prélevées ou perçues, et qu'il est tenu de remettre, enclenche l'application d'une fiducie réputée prenant effet rétroactivement au moment où la perception ou la retenue ont été faites. Cette fiducie réputée est en outre opposable à tous les créanciers du mandataire, peu importe le type de garantie qu'ils détiennent, et priment les droits que ces derniers peuvent détenir à l'encontre des biens mobiliers et immobiliers du mandataire.

L'hypothèque grevant un immeuble du mandataire, à la condition qu'elle soit enregistrée préalablement à la naissance de la fiducie réputée, accordera cependant au créancier détenteur d'une telle hypothèque un droit prioritaire à celui de la Couronne mais seulement jusqu'à concurrence du solde hypothécaire dû au créancier, tout montant excédentaire étant assujéti à la fiducie réputée.

En fait, outre l'exception qui précède, tous les biens d'un tel mandataire sont dès lors détenus par ce dernier au bénéfice de la Couronne en remplacement des sommes non versées, comme s'il s'agissait en fait des sommes retenues ou perçues ou de biens qui en constituent l'équivalent. La Couronne n'a donc pas à identifier, parmi les actifs du mandataire, ceux qui résultent de la retenue ou de la perception. Elle peut tous les revendiquer en

¹ [2002] 2 R.C.S. 720 (ci-après « *First Vancouver* »).

vue de se faire payer, les biens du mandataire ne faisant plus partie de son patrimoine. Il ne peut alors en disposer que dans le cours normal de ses affaires, mais le produit de la disposition deviendra à son tour assujetti à la fiducie réputée.

Cette fiducie réputée comporte un droit de suite à l'encontre des autres créanciers du mandataire lorsqu'ils réalisent, directement ou indirectement, leurs garanties sur les biens de ce dernier. Ainsi, un tel créancier deviendra responsable du paiement des sommes dues à la Couronne à même la valeur de réalisation des garanties.

L'affaire *Canada (Procureure générale) c. Banque Nationale du Canada*² illustre parfaitement ce principe. La Cour fédérale a ainsi déterminé que les créanciers garantis ne sont pas des tiers acquéreurs de sorte que les biens sur lesquels ils font valoir leur garantie demeurent assujettis à la fiducie réputée même lors de leur vente. Le produit découlant de la vente doit donc être versé à la Couronne en priorité sur la garantie détenue par un créancier.

Ce principe s'applique, qu'il s'agisse d'une vente en justice découlant de l'exécution d'une garantie ou d'une vente faite par le mandataire lui-même. Dès qu'un créancier perçoit le produit de la vente au détriment de la Couronne, il sera appelé à le verser à cette dernière. La Cour d'appel fédérale a en outre décidé que la Couronne n'était pas liée par l'ordre de collocation dressé à la suite d'une vente en justice et que son omission de s'y opposer ne l'empêchait pas de revendiquer le produit de la vente entre les mains du créancier bénéficiaire aux termes de cet état de collocation.

Plus récemment, le juge Gilson Lachance de la Cour du Québec, dans l'affaire *SMRQ c. Banque Nationale du Canada*³, a, dans un jugement rendu le 16 juillet 2009, appliqué en faveur de la Couronne provinciale les principes énoncés par la Cour fédérale dans l'affaire *Banque Nationale du Canada* et condamné la Banque à verser à la Couronne provinciale les montants qu'elle réclamait. Cette affaire a toutefois été portée en appel.

Au surplus, la Cour suprême du Canada a, le 19 juin 2009, dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*⁴, réitéré les

² 2004 CAF 92 (ci-après « *Banque Nationale du Canada* »).

³ 2009 QCCQ 8079.

⁴ [2009] 2 R.C.S. 94.

principes établis dans l'affaire *First Vancouver*. Nous croyons utile d'en reproduire le résumé apparaissant en début d'arrêt :

« La convention intervenue entre la Caisse et Camvrac a fait naître une "garantie" au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Le bien de Camvrac formant la garantie est donc réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté suivant les par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* par suite de l'omission de Camvrac de verser à Sa Majesté les retenues à la source effectuées au titre de l'impôt sur le revenu et de l'assurance-emploi. [1] [2]

La définition de "garantie" au par. 224(1.3) n'exige pas que l'entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière et elle n'en exclut aucune expressément. Dès lors que le droit du créancier sur le bien du débiteur garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement, il y a garantie au sens de cette disposition. Au paragraphe 224(1.3), le législateur fédéral a opté pour une définition large de la garantie afin de maximiser le recouvrement par Sa Majesté, grâce au mécanisme de la fiducie réputée, de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi retenus à la source par l'employeur mais non versés à l'État. Le législateur fédéral peut définir un terme dans un domaine relevant de sa compétence législative pour assurer l'application d'une même règle dans toutes les provinces. [12] [14] [15]

Pour déterminer si un contrat conférant un droit de compensation fait également naître une garantie au sens du par. 224(1.3), il faut en examiner attentivement les clauses et se demander si l'une des parties a voulu conférer à l'autre un droit sur un bien appartenant à la première qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Lorsqu'il appert de la teneur de la convention que les parties ont voulu conférer un droit sur un bien pour garantir le paiement d'une dette, il y a garantie au sens du par. 224(1.3). Dans la présente affaire, c'est le terme de cinq ans, le maintien du dépôt et la retenue de la somme de 200 000 \$, ainsi que l'engagement de Camvrac de ne pas transférer ou négocier le dépôt et le fait que la somme ne pouvait servir de garantie que vis-à-vis de la Caisse qui ont fait naître le droit de la Caisse sur un bien de Camvrac pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR*. Sans ces restrictions, Camvrac aurait pu encaisser la somme à tout moment. Si elle l'avait fait alors qu'elle était toujours endettée envers la Caisse, le droit de compensation de la Caisse n'aurait pu être exercé, car la Caisse n'aurait plus eu d'obligation envers Camvrac au moment où elle aurait voulu recourir au mécanisme. [23] [25] [30]

La Caisse doit verser à Sa Majesté le montant des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu retenus à la source mais non versés par Camvrac en date du 21 février 2001, date à laquelle la Caisse a réalisé sa garantie. La fiducie créée aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* est réputée exister dès le non-versement. Il est sans importance que le dépôt à terme ne soit devenu la propriété de Camvrac qu'après la déduction à la source d'une partie des sommes non versées puisque la fiducie réputée englobe les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur fiscal à compter de sa matérialisation. Le dépôt à terme de Camvrac pouvait donc être affecté au paiement de la totalité des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu déduits à la source mais non versés par Camvrac avant ou après la signature de la

convention d'épargne à terme par Camvrac, jusqu'au 21 février 2001 [...] [59] [61] [63]⁵. »

Récemment encore, la Cour fédérale a, dans l'affaire *SMRQ c. Polymere Epoxy-pro inc.*⁶, déterminé que le droit de rétention légal prévu au *Code civil du Québec*⁷ équivaut à une sûreté réelle conférée par la loi afin de garantir l'exécution d'une obligation et qu'à ce titre, son détenteur ne peut prétendre détenir un droit prioritaire à l'encontre de la fiducie réputée créée par la législation fédérale, car le droit de rétention n'est qu'une garantie qui doit être traitée comme toute autre garantie.

2. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Dans un jugement rendu le 16 septembre 2008⁸, le juge François Bousquet de la Cour du Québec s'est penché sur les critères permettant d'établir, dans le cadre de l'article 24.0.1 de la *Loi sur le ministère du Revenu*⁹, qu'une personne a agi à titre d'administrateur *de facto* d'une entreprise. Cette décision a été portée en appel et l'appel a été rejeté sur requête en raison du fait qu'il n'avait aucune chance de succès. La Cour a relié cette notion à des situations de fait qui illustrent bien les dangers qu'encourent ceux qui tentent d'éluder leur responsabilité en créant des apparences trompeuses. Nous en soumettons les passages suivants :

« [62] L'article 24.0.1 L.M.R. ne vise pas uniquement la personne qui figure à titre d'administrateur dans les registres de la compagnie. Il vise également l'administrateur "*de facto*", soit la personne qui, dans les faits, exerce les fonctions d'un administrateur.

[63] La notion d'administrateur "*de facto*" a été développée par la jurisprudence et le Tribunal partage les commentaires et conclusions énoncés par l'honorable Michel Desmarais dans l'extrait suivant de la décision *Hébert c. S.M.R.D.O.* :

"La jurisprudence (*Grenier c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, C.Q. Joliette 705-32-000112-893, le 12 septembre 1990, juge Bourduas; *Dr Pepper Co. Canada c. Régie des loteries et courses du Québec*, [1982]

⁵ *Id.*

⁶ 2009 CF 912.

⁷ L.Q. 1991, c. 64.

⁸ *Ouahidi c. SMRQ*, 2008 QCCQ 7957 (ci-après « *Ouahidi* »).

⁹ L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

C.P. 289) est à l'effet que les lois fiscales doivent être interprétées pour leur donner leur finalité, et non d'une façon restrictive.

Dans le cas présent, l'article 24.0.1 mentionne 'administrateur en fonction à la date où [...]'. Que signifie cette expression?

Le mot 'administrateur' veut-il uniquement viser l'administrateur légalement élu ou choisi? Les mots 'en fonction' portent à le croire. Théoriquement, si un administrateur n'est pas membre d'un conseil d'administration, comment pourrait-il être en fonction?

D'autre part, si l'on admet cette hypothèse, il serait facile pour des actionnaires de nommer au poste d'administrateur des hommes de paille et vider de son sens cette disposition de la loi.

Le tribunal croit plutôt devoir interpréter cet article de la loi en considérant aussi la notion d'administrateur *de facto* et ne pas limiter le sens à simplement l'administrateur de droit.

6- Hébert est-il administrateur *de facto*?

En conclusion de son chapitre sur les 'Pouvoirs et rôle des administrateurs', Martel (*La compagnie au Québec*. Volume 2. Les éditions Wilson & Lafleur) écrit :

'En définitive, quelle que soit l'étiquette qu'on appose au rôle de l'administrateur, il reste que celui-ci est investi d'un pouvoir : celui de gérer et de promouvoir le patrimoine confié à son administration. Sa gestion est assignée à une fin supérieure, la poursuite de l'intérêt de la compagnie sous toutes ses formes. Il va sans dire qu'un tel pouvoir entraîne pour son détenteur des devoirs et une responsabilité plus ou moins précise. [...]

Les tribunaux ont repris, à plusieurs occasions, cette idée et confirmé l'administrateur *de facto* (*Tenaglia c. Investissements 7710 P.P. Inc.*, [1992] R.J.Q. 464 (C.S.); *Fréchette c. Patenaude*, C.Q. Arthabaska 415-05000729-893, le 17 octobre 1990 (J.E. 90-1707), juge Simard; *2331-0899 Québec Inc. (Syndic)*, C.S. Montréal 500-10001307-871, le 31 janvier 1990 (J.E. 90-404); *Larorque c. M.N.R.*, C.C.I. 88-1991 (IT) et 88-1992 (IT), le 22 janvier 1990; juge Lamarre-Proulx; *Office de la Construction du Québec c. Laforest*, C.S. Montréal 500-05-015980-806, le 30 septembre 1982 (J.E. 82-1055), juge Deslauriers; *Ouellet c. Duval*, C.P. Frontenac (Thedford-Mines) 235-02-000124-79, le 19 janvier 1981 (J.E. 81-242); *Office de la construction du Québec c. Pomerleau*, C.S. Montréal 500-05-005009-772, le 16 janvier 1980, juge Rothman; *Thibeault c. Paquin*, [1976] C.P. 25; *Klein-Schwartz c. Powell*, [1976] C.P. 24.).

En l'espèce, on retrouve systématiquement le nom d'Hébert sur les résolutions pour les emprunts. Ainsi, il signe le 6 novembre 1985 la déclaration indiquant le nom des administrateurs pour la Banque nationale, à l'endroit marqué 'secrétaire', alors qu'il aurait pu signer à un autre endroit réservé aux actionnaires. Il se représente aussi comme administrateur dans toutes les résolutions de la Banque nationale.

On retrouve sa signature dans les résolutions du Conseil d'administration du 15 août 1985 en sa qualité de secrétaire, alors qu'il y a suffisamment de place pour signer comme actionnaire.

La partie intimée a produit de nombreuses formules de caisses populaires, de banques, ainsi que des résolutions et autres documents portant la signature d'Hébert avec un titre d'administrateur, soit vice-président, soit secrétaire. Il en est de même pour la signature du contrat avec Les Placements Girouard et Marcil Inc., rapport du vérificateur du ministère du Revenu...

La notion d'administrateur *de facto* doit être reliée à celle d'administrateur *de jure*. L'actionnaire posant des gestes réservés à l'administrateur a de grandes chances de se voir considéré *de facto*.

Un actionnaire peut voir occasionnellement son nom inscrit sur des formulaires aux endroits réservés à un administrateur. Cette mention ne prête pas à conséquence.

L'administrateur *de facto* agit généralement dans l'ombre des administrateurs élus. Pour différentes raisons il ne veut pas apparaître comme étant le véritable gestionnaire. Pour considérer quelqu'un comme administrateur *de facto*, le tribunal doit s'assurer du rôle important et de l'influence exercée sur les affaires de la compagnie. Pour ce faire, il faut avant tout analyser les faits et voir l'implication de l'individu." (soulignement ajouté)

[...]

[65] En novembre 1997, la demanderesse signe une "carte de signature", de même qu'une résolution bancaire sur des formulaires de la Caisse populaire de Laflèche, et, immédiatement à côté de chacune de ses signatures, il y a le mot "administrateur".

[66] Ces seuls faits ne sont pas déterminants mais ils établissent que les registres et documents corporatifs de Climatation G.R. Inc. ne sont pas fiables.

[67] La preuve révèle par ailleurs que la demanderesse s'implique dans les activités de l'entreprise dès le début des opérations, en 1995. En effet, elle est immédiatement responsable du service de sollicitation téléphonique et elle fournit gratuitement des listes de sollicitation. La demanderesse affirme avoir acheté ces listes avec ses propres économies et n'avoir jamais demandé de

remboursement. Cette contribution au démarrage de l'entreprise indique une implication incompatible avec le statut de simple employée.

[68] Par la suite, la demanderesse travaille quotidiennement à la place d'affaires de l'entreprise et elle occupe, sans interruption, un poste important, voire essentiel à la survie de l'entreprise, puisque cette dernière a toujours fait affaires exclusivement par "télémarketing". Malgré l'importance de son poste, la demanderesse affirme qu'il n'y a jamais eu de règles précises ou pré-établies pour déterminer le montant de ses commissions contrairement à la situation prévalant pour l'ensemble des autres employés du service de sollicitation téléphonique. Selon son témoignage, elle recevait seulement des "avances", sur une base irrégulière, lorsqu'elle se plaignait à son mari de ne pas être traitée équitablement.

[69] Cette situation est incompatible avec le statut de simple employée et indique plutôt que la demanderesse recevait une part des profits.

[70] L'argument de la demanderesse à l'effet que les "avances" étaient remises à Climatisation G.R. inc. est un indice additionnel de son implication financière dans les affaires de la compagnie. En effet, le Tribunal ne voit pas pourquoi une simple employée remettrait sa rémunération à son employeur sans même demander une reconnaissance de dette écrite.

[71] La "carte de signature" et la résolution bancaire mentionnées précédemment prévoient que les chèques de la compagnie doivent porter deux signatures, soit celle de Ralph Abergel et celle de la demanderesse. Cette exigence a été respectée puisque le défendeur a produit des chèques qui portent tous ces deux signatures et qui ont été tirés sur le compte de Climatisation G.R. Inc. en 1998, 1999 et 2000.

[72] De plus, le 7 avril 1999, la demanderesse a signé un document intitulé "Mise en garantie d'épargne" afin de garantir l'exécution des obligations de Climatisation G.R. Inc. en faveur de la Caisse populaire de Lafèche.

[73] Ces faits sont incompatibles avec le statut de simple employée et ils indiquent plutôt une implication financière dans la compagnie. En effet, si Ralph Abergel avait été le seul actionnaire et administrateur de Climatisation G.R. Inc., le Tribunal ne voit pas pourquoi la signature de la demanderesse aurait été requise sur les chèques et il ne voit pas pourquoi, non plus, une simple employée aurait accepté de garantir les obligations de son employeur.

[74] En 1999, la demanderesse était copropriétaire de l'immeuble commercial situé à 2220 est, boulevard Marie-Victorin à Longueuil. Cet immeuble a toujours été utilisé en partie par Climatisation G.R. Inc. et en partie par le commerce "Estéral" dont la demanderesse était également copropriétaire. De plus, les opérations de Climatisation G.R. Inc. et de "Estéral" étaient, à toutes fins pratiques, confondues.

[75] Ces faits indiquent une implication financière de la demanderesse dans Climatisation G.R. Inc. En effet, il serait invraisemblable que la demanderesse ait permis que les activités du commerce “Estéral”, dont elle était copropriétaire, soient confondues avec celles de Climatisation G.R. Inc. dont elle affirme n’avoir été qu’une simple employée. Le Tribunal conclut que la demanderesse n’aurait certainement pas accepté une pareille situation si elle n’avait pas été directement et financièrement impliquée dans Climatisation G.R. Inc.

[76] Le fait que le nom, la signature ou les initiales de la demanderesse apparaissent sur 79 dossiers “F.L.S.” relatifs à des ventes non déclarées est un indice additionnel de son implication importante dans la conduite des affaires de Climatisation G.R. Inc.

[77] La possession des différentes versions des états financiers de Climatisation G.R. Inc. pour les années d’imposition 1998 à 2001 inclusivement est un autre indice d’implication importante dans la conduite des affaires de Climatisation G.R. Inc. Cette conclusion s’impose d’autant plus que les documents ont été trouvés à sa résidence, en juillet 2004, soit près de deux ans après la fin de la vie commune.

[78] Enfin, et surtout, le bilan de la demanderesse établit qu’elle s’est enrichie de plus d’un million de dollars par année entre 1998 et 2000 inclusivement. Cet enrichissement est directement relié aux “avances” versées par Climatisation G.R. Inc. et la réception de sommes aussi importantes est incompatible avec le statut de simple employée.

[79] C’est le défendeur qui a le fardeau de la preuve “*du rôle important et de l’influence exercée sur les affaires de la compagnie*” par la demanderesse et, compte tenu de l’ensemble des facteurs analysés ci-dessus, le Tribunal conclut qu’il a satisfait à cette exigence.

[80] Le Tribunal décide donc que la demanderesse était un administrateur “*de facto*” de Climatisation G.R. Inc. au moins depuis juin 1998, soit la première date visée par les nouveaux avis de cotisation¹⁰. »

3. TPS ET TVQ NON PERÇUES ET NON REMISES PAR LE FOURNISSEUR AU JOUR DE LA FAILLITE

Le 17 mars 2009, la Cour suprême du Canada a entendu trois pourvois en appel entrepris par le sous-ministre du Revenu du Québec dans les affaires *SMRQ et autres c. Banque Nationale du Canada*¹¹, *SMRQ et autres c. Raymond, Chabot Inc.*, *ès qualités de syndic à l’actif de la débitrice*

¹⁰ Ouahidi, précité, note 8, 16-21.

¹¹ [2009] 3 R.C.S. 286, dossier n° 32492.

*Consortium Promecan Inc.*¹² et *SMRQ et autres c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny et autres*¹³.

Ces trois dossiers soulèvent la question de savoir à qui l'acquéreur d'un bien ou d'un service doit verser la TPS et la TVQ non perçues et non remises avant la faillite par un fournisseur et, advenant le fait que ces taxes soient perçues après la faillite par le syndic ou un créancier du fournisseur, si ces derniers sont dans l'obligation d'en faire remise à la Couronne.

Les questions en litige ont été ainsi posées à la Cour suprême par le sous-ministre du Revenu du Québec agissant en qualité d'appelant :

« **S'agissant des taxes non encore perçues** : La Couronne peut-elle percevoir directement, auprès des clients d'un fournisseur failli, les taxes de vente que ce dernier n'a ni perçues ni remises à la Couronne avant sa faillite et que ses clients sont toujours tenus de verser?

L'Appelant soumet que la réponse à cette question doit être affirmative, puisque ce sont les tiers acquéreurs, i.e. les clients, qui sont seuls tenus de verser les taxes à l'État. La faillite du fournisseur ne modifie en rien cette obligation et la Couronne peut s'adresser directement à l'acquéreur afin d'obtenir le paiement d'autant plus que le fournisseur ne peut plus, en raison de sa faillite, agir en tant qu'agent percepateur.

S'agissant des taxes perçues après la faillite par le syndic ou le créancier garanti : Le syndic à la faillite d'un fournisseur failli ainsi que tout créancier garanti détenant une sûreté grevant les comptes à recevoir du fournisseur sont-ils tenus de remettre à la Couronne les taxes de vente qu'ils perçoivent auprès d'un acquéreur?

L'Appelant soumet également que la réponse à cette question doit également être affirmative. L'Appelant soumet que les taxes de vente n'ont jamais été destinées à faire partie du patrimoine du fournisseur puisque la Couronne en est la seule bénéficiaire. Elles ne font donc pas partie des biens dévolus au syndic et ne sauraient non plus faire antérieurement l'objet d'une cession en garantie, à moins que le fournisseur ne les ait préalablement remises à la Couronne et n'ait dès lors acquis le droit de les percevoir pour son propre bénéfice¹⁴. »

Nous attendons toujours, au moment d'écrire ces lignes, la décision de la Cour à l'égard de ces trois dossiers.

¹² [2009] 3 R.C.S. 286, dossier n° 32489.

¹³ [2009] 3 R.C.S. 286, dossier n° 32486.

¹⁴ Extrait de la demande de permission d'appeler.

4. RESPONSABILITÉ DU BÉNÉFICIAIRE D'UN TRANSFERT DE BIENS

Pour terminer, nous portons à votre attention la décision rendue le 25 juin 2008 par le juge Daniel Lavoie de la Cour du Québec dans l'affaire *Pouliot c. SMRQ*¹⁵. M^{me} Pouliot avait été cotisée en vertu de l'article 14.4 L.M.R. relativement à trois transactions immobilières par le biais desquelles elle a acquis de son ex-conjoint, en 1998, 1999 et 2000, trois immeubles.

Or, les époux étaient divorcés depuis 1997. M^{me} Pouliot considérait donc l'article 14.4 L.M.R. comme inapplicable à son égard, puisque cette disposition implique que la disposition soit faite entre personnes ayant un lien de dépendance au sens de la *Loi sur les impôts*¹⁶ ou entre conjoints.

La Cour se demande alors si, en dépit de la rupture causée par le divorce empêchant dorénavant de les voir comme deux personnes liées par le mariage au sens du paragraphe 19 3) L.I., les parties sont quand même restées dans une relation de dépendance par rapport aux trois transactions immobilières en cause.

Les faits mis en preuve amènent la Cour à conclure qu'au moment où surviennent les trois ventes, les parties sont en affaires ensemble depuis plus de 20 ans, soit personnellement ou par l'intermédiaire de compagnies qu'elles contrôlent et que, par ailleurs, elles semblent rester en très bons termes malgré leur divorce. En outre, elles ont continué de gérer ensemble certaines affaires, l'ex-épouse connaissait parfaitement les déboires fiscaux de son ex-époux et était bien au fait, au moment où elle a accepté d'acheter les trois immeubles concernés, de toute la situation.

La Cour conclut ainsi que les faits révélés par la preuve établissent le lien de dépendance décrit par l'article 18 L.I. dont parle l'article 14.4 L.M.R.

Nous considérons que cet arrêt illustre la portée que peut avoir l'article 14.4 L.M.R. et la nécessité d'une réflexion approfondie au regard de faits *a priori* favorables.

¹⁵ 2008 QCCQ 6140.

¹⁶ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

CONSOLIDATION DES PERTES DANS UN GROUPE DE SOCIÉTÉS



Alain Fournier
 Avocat, D. Fisc.
 Osler, Hoskin & Harcourt
 s.e.n.c.r.l./s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 5:3

1. UTILISATION DE PERTES DANS UN GROUPE DE SOCIÉTÉS 5:3

1.1. RÉORGANISATIONS STATUTAIRES 5:4

 1.1.1. Fusion admissible 5:4

 1.1.2. Liquidation admissible 5:6

1.2. RÈGLES SUR LES REPORTS DE PERTES 5:7

 1.2.1. Report prospectif des pertes inutilisées 5:7

 1.2.2. Report rétrospectif des pertes réalisées après
 la fusion ou la liquidation..... 5:11

1.3. TRANSACTIONS PERMETTANT D’UTILISER LES PERTES
 ACCUMULÉES 5:15

 1.3.1. Prix de cession interne..... 5:15

 1.3.2. Transfert de biens 5:15

1.3.3.	Transfert d'une entreprise	5:18
1.3.4.	Constat préliminaire	5:20
1.3.5.	Recapitalisation	5:20
1.3.6.	Transfert de fonds.....	5:25
2.	UTILISATION DE PERTES À L'OCCASION D'UNE ACQUISITION DE CONTRÔLE	5:33
2.1.	CONTRÔLE ET ACQUISITION DE CONTRÔLE	5:34
2.2.	UTILISATION DE PERTES APRÈS UNE ACQUISITION DE CONTRÔLE	5:39
2.3.	CRISTALLISATION DES PERTES	5:40
2.3.1.	Pertes et gains sur change.....	5:42
3.	MONÉTISATION DE PERTES ACCUMULÉES OU UTILISATION DE PERTES À L'EXTÉRIEUR DU GROUPE DE SOCIÉTÉS	5:43
	CONCLUSION	5:45

INTRODUCTION

Le système fiscal canadien s'applique de façon individuelle à chaque contribuable. Ainsi, les membres d'un groupe de sociétés sont assujettis à l'impôt de façon individuelle, sans possibilité pour eux de calculer leurs résultats sur une base consolidée. Ce système peut entraîner des inefficacités sur le plan des charges fiscales du groupe étant donné que les pertes accumulées ou réalisées par certains membres ne réduiront pas le revenu imposable des autres membres du groupe. La charge fiscale du groupe de sociétés se retrouve ainsi plus élevée qu'elle le serait si les pertes pouvaient être utilisées par les autres membres du même groupe à l'encontre de leur profit, à l'intérieur d'un système de consolidation des résultats ou de transfert de pertes.

Le présent texte aborde l'utilisation des pertes accumulées et latentes de sociétés par actions. Plus précisément, nous discuterons de l'utilisation des pertes accumulées et latentes à l'intérieur d'un groupe de sociétés, de l'utilisation et valorisation de ces pertes à l'occasion d'une acquisition de contrôle et brièvement de la monétisation des pertes accumulées à l'extérieur du groupe de sociétés¹.

1. UTILISATION DE PERTES DANS UN GROUPE DE SOCIÉTÉS

Tel qu'il a été mentionné précédemment, le système fiscal canadien actuel ne permet pas à des entités qui forment un groupe de sociétés de produire une seule déclaration de revenus pour tous les membres du groupe. Ainsi, le revenu est calculé sur une base individuelle plutôt que consolidée aux fins fiscales. Or, pour des raisons statutaires, réglementaires ou autres, il est fréquent que des opérations soient effectuées par l'entremise d'entités juridiques distinctes. Dans d'autres occasions, il pourrait être approprié de procéder à une réorganisation de l'entreprise, telle qu'une fusion ou une liquidation, qui permettra, d'une part, de simplifier la structure organisationnelle du groupe et, d'autre part, d'utiliser les pertes accumulées par le groupe.

Lorsqu'il ne sera pas souhaitable de procéder à une réorganisation statutaire pour des raisons commerciales, économiques ou autres, il conviendra de procéder à diverses formes de transactions afin de permettre

¹ Pour une analyse des règles de consolidation, voir notamment le texte de François AUGER, « La consolidation fiscale d'un groupe corporatif », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 18:1-60.

aux sociétés faisant partie du groupe de sociétés d'utiliser leurs pertes accumulées.

1.1. RÉORGANISATIONS STATUTAIRES

Des sociétés faisant partie d'un même groupe sont assujetties de façon individuelle à l'impôt sur le revenu de sorte que, lorsqu'une société réalise une perte aux fins fiscales, elle ne pourra utiliser cette perte qu'à l'encontre de ses revenus courants, antérieurs et futurs. La *Loi de l'impôt sur le revenu*² ne permet pas à la société ayant subi des pertes de transférer ces pertes en faveur d'une autre société, ayant réalisé des bénéfices au cours de l'exercice ou projetant de réaliser des bénéfices au cours des exercices financiers suivants.

Toutefois, dans certaines circonstances, il sera possible de transférer les soldes fiscaux, incluant les pertes accumulées, entre sociétés à l'occasion d'opérations de fusion et de liquidation admissibles.

La présente section traite donc des opérations de fusion et de liquidation qui pourront permettre à la société issue de la fusion d'utiliser les pertes accumulées des sociétés fusionnantes et à la société mère d'utiliser les pertes accumulées de ses filiales ou ses pertes à l'encontre des revenus qu'elle tirera de ses activités après la liquidation.

1.1.1. Fusion admissible

D'emblée, il convient de noter que seules les fusions qui se qualifient à titre de fusion admissible aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettront à la société issue de la fusion d'utiliser les pertes accumulées des sociétés fusionnantes. Ainsi, les attributs fiscaux, incluant les soldes de pertes reportées, ne seront pas transférés à la société issue d'une fusion qui ne se qualifie pas à titre de fusion admissible visée à l'article 87 L.I.R.

Afin qu'une fusion puisse tirer profit du traitement fiscal prévu à l'article 87 L.I.R., les conditions d'application de cet article doivent être respectées. Premièrement, les sociétés qui fusionnent doivent être, immédiatement avant la fusion, des sociétés canadiennes imposables³.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

³ Par. 89(1) L.I.R. Une « société canadienne imposable » signifie, à tout moment où cette désignation est pertinente, une société canadienne qui n'était pas, en vertu d'une disposition législative, exemptée de l'impôt de la Partie I L.I.R.

Deuxièmement, les biens appartenant aux sociétés qui fusionnent immédiatement avant la fusion doivent devenir des biens de la société fusionnée en raison de la fusion⁴. Troisièmement, tous les engagements des sociétés qui fusionnent existant immédiatement avant la fusion doivent devenir des engagements de la société fusionnée en raison de la fusion⁵. Finalement, les actionnaires⁶ qui immédiatement avant la fusion détenaient des actions du capital-actions d'une des sociétés qui fusionnent doivent recevoir des actions du capital-actions de la société fusionnée en raison de la fusion⁷.

Certaines règles particulières existent afin que tous les actionnaires soient réputés avoir reçu des actions de la société issue de la fusion dans certaines circonstances⁸. Il en sera notamment ainsi lorsque les actions d'une filiale à part entière d'une société mère sont simplement annulées à l'occasion d'une fusion verticale simplifiée. Ainsi, malgré le fait qu'aucune action ne soit émise par la société mère en faveur de ses actionnaires, la fusion sera néanmoins une fusion visée à l'article 87 L.I.R.

Dans le cadre d'une éviction par voie de fusion ou *amalgamation squeeze-out*, certains actionnaires minoritaires ayant exercé leur droit de dissidence reçoivent une contrepartie en espèces plutôt que des actions de la société fusionnée⁹. Ainsi, compte tenu du fait que certains actionnaires des sociétés fusionnantes ne reçoivent pas des actions de la société issue de la fusion, la fusion ne se qualifierait pas à titre de fusion admissible aux fins de l'article 87 L.I.R. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »)

⁴ Cela s'applique à tous les biens des sociétés qui fusionnent à l'exception des sommes dues et des actions du capital-actions d'une autre société qui participe à la fusion.

⁵ À l'exception des sommes payables à une des sociétés qui participent à la fusion.

⁶ Sauf en ce qui a trait à un actionnaire d'une société qui fusionne, qui est lui-même l'une des sociétés qui fusionnent.

⁷ Al. 87(1)c) L.I.R.

⁸ Par. 87(1.1) L.I.R.

⁹ La fusion peut être un moyen efficace de se défaire des actionnaires minoritaires et d'obtenir la propriété exclusive de la société. Dans le cadre type d'une fusion dite de *squeeze-out*, l'actionnaire majoritaire de la société force le départ des actionnaires minoritaires en fusionnant avec la société liée. Dans le cadre de la fusion, les actionnaires minoritaires reçoivent des actions privilégiées de la société fusionnée qui seront immédiatement rachetées pour une considération en espèces. La fusion pourra ainsi respecter les conditions de l'article 87 L.I.R. L'ARC a indiqué qu'elle ne cherchait généralement pas à appliquer la règle générale antiéviction dans de telles circonstances.

accorde toutefois un allègement administratif dans de telles circonstances. Lorsqu'une fusion remplit les conditions décrites ci-dessus et que, par ailleurs, il s'agit bien d'une fusion et non d'une acquisition de biens d'une société par une autre société, alors la société fusionnée, les sociétés qui fusionnent ainsi que leurs actionnaires respectifs pourront, selon le cas, bénéficier du traitement fiscal particulier prévu à l'article 87 L.I.R.¹⁰

Généralement, et ce, contrairement à la liquidation, la présence d'actionnaires minoritaires n'aura aucune influence sur l'application ou non de l'article 87 L.I.R., sauf en ce qui a trait à certaines dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont celles traitant du report rétrospectif de pertes lors de la fusion d'une société mère et l'une de ses filiales à part entière¹¹.

1.1.2. Liquidation admissible

Afin que la distribution de biens d'une société canadienne en faveur de ses actionnaires à l'occasion de sa liquidation puisse s'effectuer sur une base de roulement, la filiale liquidée doit être une société canadienne imposable et au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie de son capital-actions appartiennent, immédiatement avant la liquidation, à une autre société canadienne imposable (ci-après « société mère »). De plus, toutes les actions de la filiale qui n'appartenaient pas à la société mère immédiatement avant la liquidation doivent appartenir à des personnes avec lesquelles la société mère n'avait pas de lien de dépendance à ce moment. Dans la mesure où ces conditions sont respectées, les règles prévues au paragraphe 88(1) L.I.R. pourront s'appliquer.

De façon générale, à l'occasion de la liquidation d'une société, tous les biens qui sont distribués par la société sont réputés avoir été disposés à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »)¹². Toutefois, en ce qui a trait aux biens distribués par la filiale en faveur de sa société mère à l'occasion d'une liquidation admissible visée au paragraphe 88(1) L.I.R., ceux-ci seront

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-474R2, « Fusion de sociétés canadiennes », 8 janvier 2008, par. 5.

¹¹ Le paragraphe 87(2.11) L.I.R. permet un report rétrospectif des pertes subies par une société fusionnée à l'ancienne société mère (selon les règles prévues à l'article 111 L.I.R.) lors d'une fusion verticale simplifiée ou de toute autre fusion impliquant une société avec une filiale à 100 %, telle que cette expression est définie au paragraphe 87(1.4) L.I.R.

¹² Par. 69(5) L.I.R.

réputés avoir été disposés par la filiale pour une contrepartie égale à leur coût indiqué¹³, à l'exception d'une participation dans une société de personnes¹⁴.

1.2. RÈGLES SUR LES REPORTS DE PERTES

À la suite d'une fusion ou d'une liquidation admissible, la société issue de la fusion ou la société mère, selon le cas, pourra, dans certaines circonstances, utiliser de façon prospective les pertes autres qu'en capital et pertes en capital nettes des sociétés fusionnantes ou de leur filiale. Dans certaines circonstances, les pertes que réaliseront la société issue de la fusion et la société mère pourront être utilisées à l'encontre des revenus des sociétés fusionnantes ou de la société mère avant la fusion ou la liquidation de la filiale.

1.2.1. Report prospectif des pertes inutilisées

Le paragraphe 87(2.1) L.I.R. prévoit que la société issue de la fusion est réputée être la même que chacune des sociétés fusionnantes relativement à la détermination des pertes de la société issue de la fusion. Ce paragraphe permettra notamment à la société issue de la fusion d'utiliser les pertes autres que les pertes en capital, les pertes en capital nettes subies avant la fusion par les sociétés fusionnantes. Ainsi, les pertes des sociétés fusionnantes pourront être utilisées par la société issue de la fusion sous réserve des règles usuelles d'utilisation de ces pertes, notamment les règles quant à l'effet d'une acquisition de contrôle et l'ordre dans lequel ces pertes peuvent être déduites aux paragraphes 111(3) à 111(5.4) L.I.R.

Les pertes des sociétés fusionnantes seront disponibles pour utilisation par la société issue de la fusion dès sa première année d'imposition. Il faut noter que la fin d'année d'imposition réputée pour les sociétés fusionnantes pourra réduire la période de report de pertes. Il pourrait donc être utile, dans

¹³ S.-al. 88(1a)(iii) L.I.R. En ce qui concerne un bien qui est un avoir minier canadien ou étranger, le produit de disposition sera réputé être zéro en vertu du sous-alinéa 88(1a)(i) L.I.R.

¹⁴ L'alinéa 88(1a.2) L.I.R. prévoit que la participation de la filiale dans une société de personnes est réputée ne pas avoir été disposée par la filiale. Cette règle assure que la filiale n'aura pas à comptabiliser de gains en capital dans les cas où le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la participation est négatif. Le coût ainsi que tout redressement au PBR relatif à la participation dans une société de personnes sont transférés à la société mère et ne seront comptabilisés qu'au moment où la société mère cédera la participation.

les cas où une fusion réduirait la période de report d'une perte, de procéder par voie de liquidation plutôt que par voie de fusion¹⁵.

En effet, lorsque les dispositions du paragraphe 88(1) L.I.R. s'appliquent à la liquidation d'une société, les paragraphes 88(1.1) et 88(1.2) L.I.R. permettront à la société mère d'utiliser dans une certaine mesure les pertes autres que les pertes en capital nettes et les pertes en capital nettes de la filiale.

Toutes les pertes subies par la filiale conserveront généralement leur nature et seront réputées avoir été réalisées par la société mère au cours de son année d'imposition qui inclut la fin de l'année d'imposition de la filiale pendant laquelle la perte aura été réalisée, dans la mesure où ladite perte n'a pas précédemment été déduite dans le calcul du revenu imposable de la filiale et aurait été déductible dans le calcul du revenu imposable de la filiale qui commence après le début de la liquidation.

Dans tous les cas, les pertes en capital nettes et les pertes autres que les pertes en capital de la filiale ne pourront être utilisées par la société mère que pour les années d'imposition qui commencent après le début de la liquidation. L'utilisation des pertes de la filiale par la société mère est assujettie aux restrictions énoncées aux alinéas 88(1.1)e) et 88(1.2)c) L.I.R., notamment en ce qui concerne l'ordre dans lequel les pertes peuvent être utilisées.

Lorsque la société mère n'existe pas au moment où la filiale subit une perte, le paragraphe 88(1.3) L.I.R. fait en sorte que la société mère soit réputée avoir existé au cours de la période où la filiale a réalisé une perte. Plus particulièrement, la société mère est réputée avoir existé immédiatement avant la fin de la première année d'imposition où la perte de la filiale a été réalisée et se terminant immédiatement après sa constitution; la société mère est réputée avoir eu, tout au long de cette période, des exercices financiers se terminant le même jour où a pris fin son premier exercice financier et avoir été contrôlée tout au long de cette période par la personne ou le groupe de personnes qui la contrôlait immédiatement après qu'elle eut été constituée.

Il est également utile de noter qu'il est possible dans certains cas, pour la société mère, de demander une révision des dépenses d'amortissement

¹⁵ Désormais, la période de report de pertes est de 20 ans pour les pertes autres qu'en capital réalisées au cours des années d'imposition se terminant après le 31 décembre 2005.

réclamées par la filiale en vue d'augmenter ou de réduire les reports prospectifs de perte¹⁶.

Bien que les paragraphes 88(1.1) et 88(1.2) L.I.R. fassent référence à une situation où il y a eu « liquidation » de la filiale, les pertes de la filiale ne seront disponibles que dans la première année d'imposition de la société mère qui commence après le début de la liquidation. L'adoption d'une résolution spéciale des actionnaires constitue généralement la première étape d'une liquidation volontaire et le début de la liquidation¹⁷. Ainsi, les pertes de la filiale qui auraient expiré à la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle survient la liquidation seront définitivement perdues si elles ne sont pas utilisées par la filiale avant la liquidation. Par ailleurs, l'ARC prend la position qu'une perte n'est pas déductible par la société mère dans une année d'imposition de celle-ci qui commence après le début de la liquidation si, à ce moment, la filiale n'a pas encore été dissoute¹⁸.

Dans une interprétation technique, l'ARC a pris la position suivante :

« Under most corporate law, the corporation continues to exist and a wind-up is not completed until the date shown on the certificate of dissolution authorized by the applicable federal or provincial statute. However, as indicated in paragraph 5 of IT-126R2, Meaning of Winding-Up, the Canada Customs and Revenue Agency has administratively taken the position that where the formal dissolution of a corporation is not complete but there is substantial evidence that the corporation will be dissolved within a short period of time, for the purpose of subsections 88(1) and (2) the corporation is considered to have been wound up.

This administrative position would also apply for the purpose of subsection 78(2) such that any unpaid amount which is required by that subsection to be included in computing the subsidiary's income for the taxation year in which it was wound up, would reduce the amount of non-capital losses available to Holdco.

¹⁶ Voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 84-1, « Révision des réclamations de la déduction pour amortissement et d'autres déductions admissibles », 9 juillet 1984.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-302R3, « Pertes d'une corporation – Effet des prises de contrôle, des fusions et des liquidations sur leur déductibilité – Après le 15 janvier 1987 », 28 février 1994.

¹⁸ Voir *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétations techniques 2001-0067105, 19 mars 2001; 9829525, 1^{er} décembre 1998 et AC74232, 15 novembre 1985.

Where a Canadian corporation has been wound up, the provisions of subsection 88(1.1) will apply to permit the parent corporation to deduct the non-capital losses of its subsidiary in computing its taxable income for any taxation year beginning after the commencement of the subsidiary's winding-up to the extent that the requirements in paragraphs 88(1.1)(a) and (b) are satisfied and subject to the limitations in paragraph 88(1.1)(e) and section 111. The administrative concession discussed above has not been extended to subsection 88(1.1) of the Act, and therefore, for the purposes of subsection 88(1.1), a corporation will not be considered wound up until it has been formally dissolved. However, once the provisions of subsection 88(1.1) of the Act become applicable, non-capital losses are available in any taxation year beginning after the commencement of the winding-up. Where the formal dissolution occurs after the previous year's tax return has been filed, an amended return can be prepared¹⁹. »

La liquidation de la filiale immédiatement avant la fin d'année d'imposition de la société mère aura pour effet de raccourcir la période d'attente avant que la société mère puisse utiliser les pertes accumulées de la filiale. Cependant, le fait de retarder la liquidation jusqu'au moment qui précède la fin d'année d'imposition de la société mère ne permettra pas à celle-ci de réduire son revenu imposable dans l'année de la liquidation. Ainsi, si le but principal de la liquidation est d'utiliser les pertes de la filiale à l'encontre du revenu de la société mère, la filiale devrait être liquidée dès que possible et un changement de la fin d'année d'imposition de la société mère devrait être effectué simultanément. La société mère pourra alors utiliser les pertes de la filiale pour son année d'imposition qui débutera après le changement d'exercice. Toutefois, le changement d'année d'imposition autrement qu'avec l'approbation de l'ARC pourrait entraîner l'application de la disposition générale antiévitement (ci-après « DGAÉ »).

En pratique, la liquidation élimine l'impact des acquisitions de contrôle en raison de l'application du paragraphe 88(1.1) L.I.R., qui fait en sorte que les pertes de la filiale sont réputées avoir été subies au cours de l'année d'imposition de la société mère durant laquelle se termine l'année d'imposition de la filiale²⁰.

Mentionnons finalement que les alinéas 88(1.1)f) et 88(1.2)d) L.I.R. permettent des choix fiscaux qui ont pour effet d'accélérer l'accès aux pertes de la filiale. Ces choix fiscaux permettent à la société mère de traiter la perte

¹⁹ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 18, interprétation technique 2001-0067105, 19 mars 2001.

²⁰ Voir à cet effet Andrew W. DUNN, « Corporate Consolidations: to Amalgamate or not to Amalgamate », dans *1996 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 13:1-25, aux pages 13:21-22.

comme ayant été subie par elle dans l'année d'imposition précédente. En conséquence, la société mère pourra déduire de son revenu imposable la perte de sa filiale dans l'année au cours de laquelle la filiale a été liquidée.

1.2.2. Report rétrospectif des pertes réalisées après la fusion ou la liquidation

Bien que les alinéas 87(2.1)d) et 87(2.1)e) L.I.R. permettent, dans une certaine mesure, l'utilisation des pertes des sociétés fusionnantes par la société issue de la fusion, la société issue de la fusion ne pourra utiliser les pertes qu'elle aura réalisées afin de réduire le revenu imposable des sociétés fusionnantes. Cependant, le paragraphe 87(2.11) L.I.R. prévoit que la société issue de la fusion pourra utiliser les pertes subies après la fusion afin de réduire le revenu d'une société fusionnante. Cette exception ne s'applique toutefois qu'à l'égard d'une fusion entre une société mère et sa filiale à 100 %²¹ et à l'encontre du revenu de la société mère. Ainsi, les pertes de la société issue de la fusion ne pourront en aucun cas être utilisées à l'encontre des revenus des sociétés qui, avant la fusion, étaient des filiales de la société mère.

La société mère ne pourra utiliser les pertes accumulées de l'une de ses filiales afin de réduire son revenu imposable pour une année d'imposition se terminant avant la fusion. Hors le champ d'application restreint du paragraphe 87(2.11) L.I.R., la société issue de la fusion ne pourra utiliser ses pertes afin de réduire le revenu imposable des sociétés fusionnantes.

Ainsi, avant de procéder à une fusion, il pourrait être souhaitable de procéder à une réorganisation pour faire en sorte que les dispositions du paragraphe 87(2.11) L.I.R. s'appliquent afin de permettre, le cas échéant, à la société issue de la fusion d'utiliser les pertes réalisées après la fusion à l'encontre du revenu de la société mère pour ses années d'imposition terminées avant la fusion.

Dans le cadre d'une liquidation à laquelle s'applique le paragraphe 88(1) L.I.R., le report rétrospectif des pertes est possible, et ce, même si la société liquidée n'est pas une filiale à 100 % de la société mère. Plus précisément, les pertes réalisées par la société mère après la liquidation peuvent être reportées rétrospectivement et appliquées à l'encontre du revenu imposable de la société mère dans les années d'imposition qui précèdent la liquidation en conformité avec les règles générales de l'article 111 L.I.R. À cet effet,

²¹ Telle que cette expression est définie au paragraphe 87(1.4) L.I.R.

une liquidation sera préférable à une fusion dans les situations où les conditions d'application du paragraphe 87(2.11) L.I.R. ne seraient pas respectées.

Bien qu'il soit possible d'utiliser les pertes accumulées de sociétés faisant partie d'un groupe de sociétés en procédant à une réorganisation statutaire, l'opportunité de procéder à de telles réorganisations peut ne pas être souhaitable pour des raisons commerciales. Par ailleurs, le bénéfice résultant de telles réorganisations peut être retardé en raison des règles mentionnées précédemment.

Soulignons que les réorganisations statutaires peuvent être parfois très complexes et nécessiter l'intervention de tiers, tels que les créanciers et les actionnaires minoritaires. Des motifs commerciaux légitimes peuvent avoir incité les actionnaires à isoler certains risques ou projets commerciaux dans une entité juridique distincte. Si ces motifs sont toujours présents, la fusion et la liquidation pourraient ne pas constituer une solution de rechange souhaitable afin de réaliser une consolidation fiscale dans le seul but d'extraire certains attributs fiscaux des sociétés faisant partie du groupe de sociétés.

Mentionnons également que la complexité de telles réorganisations statutaires et des règles prévues aux articles 87 et 88 L.I.R. peuvent contraindre les contribuables concernés à procéder par le biais d'une autre technique de consolidation. Il est utile de rappeler ici quelques raisons pour lesquelles les groupes de sociétés pourraient préférer mener leurs activités au moyen de sociétés distinctes²².

i) Centre de profits et indépendance de la direction

Le transfert des pertes au sein du groupe peut compliquer la mesure des bénéfices avant impôts des entités qui fonctionnent indépendamment et poser des difficultés aux dirigeants. Comme le maintien des centres de profits et de l'indépendance de la direction est un élément fondamental des principes de gestion, il faut que les motifs fiscaux soient impérieux pour amener un changement de la structure ou des pratiques du groupe. Cela peut faire obstacle à l'utilisation de techniques, telles que les fusions et les liquidations, et au financement par emprunt, lorsque les déductions pour intérêt touchent directement l'impôt à payer.

²² CANADA, ministère des Finances, « Un système de transfert de pertes intersociété au Canada », Ottawa, mai 1985.

ii) Considérations financières

Divers obstacles relatifs au financement empêchent les entreprises de recourir à des techniques d'utilisation des pertes et des déductions d'autres sociétés au sein d'un groupe. Lorsque différents créanciers détiennent des garanties dans des filiales différentes, les techniques de transfert des pertes ne peuvent être employées qu'avec l'approbation de ces tierces parties. Dans d'autres cas, les clauses restrictives des contrats de prêt peuvent restreindre les différents membres du groupe à divers degrés. Les réorganisations ou les transferts de dettes qui étendraient ces restrictions sont par conséquent écartés. Enfin, les filiales dont la situation financière est solide peuvent être en mesure d'emprunter à des taux privilégiés, ce qui est avantageux pour le groupe dans son ensemble.

iii) Responsabilité limitée

Les groupes qui exécutent des projets comportant des risques élevés ou en phase de démarrage peuvent mener leurs activités dans des sociétés distinctes afin de limiter la responsabilité aux ressources affectées directement à ces projets. Dans ces cas, si les transferts de pertes ou de déductions ne sont pas permis, ils peuvent entraîner un coût supplémentaire, ce qui empêche le groupe de minimiser les risques comme il le souhaite.

iv) Réglementation

La réglementation peut avoir un effet dans deux types de situations. Premièrement, les organismes de réglementation qui fixent les prix se préoccupent de la base de capital et du taux de rendement. Dans les industries où c'est la norme, les sociétés réglementées ou les responsables de la réglementation ne souhaitent peut-être pas que le rendement des autres activités se confonde avec celui des activités réglementées. Il pourrait être souhaitable pour toutes les parties concernées que les activités réglementées et non réglementées d'un groupe de sociétés demeurent aussi distinctes que possible. Deuxièmement, certains types de sociétés sont soumis à une réglementation qui les oblige directement à établir des sociétés distinctes pour s'occuper d'activités distinctes. En conséquence, les fusions et les liquidations ne représentent pas une solution possible et d'autres considérations ou règles peuvent interdire l'utilisation d'autres techniques d'utilisation des pertes.

v) Avoirs minoritaires

Les sociétés qui comptent un nombre assez important d'actionnaires minoritaires peuvent effectivement ne pas pouvoir utiliser les pertes en vertu des règles existantes. Les fusions pourraient entraîner l'achat de la participation des groupes minoritaires. Même lorsqu'une telle mesure serait très intéressante sur le plan fiscal, il se pourrait que l'utilisation des fonds à l'occasion de l'achat de la participation minoritaire ne constitue pas le meilleur usage possible des liquidités de la société. Les problèmes d'évaluation conjugués à la nécessité de dédommager les groupes d'actionnaires minoritaires lorsque le transfert des déductions ou d'autres mesures de planification fiscale nuisent à leurs intérêts accroissent les difficultés se rapportant à ce type de planification.

vi) Identité de la société

Les fusions pourraient être exclues par besoin de maintenir une entité distincte entre sociétés pour des raisons de commercialisation ou pour distinguer les résultats des sociétés à des fins de financement, en particulier au moment d'offrir des actions de la société au public.

vii) Questions de relations de travail

Les questions de relations de travail peuvent réduire l'attrait de procéder à des fusions et liquidations. Les sociétés et les syndicats peuvent ne pas souhaiter que diverses organisations syndicales se retrouvent au sein d'une même société. Le rajustement des avantages sociaux accordés aux employés des sociétés qui seront combinées peut notamment entraîner des suppléments à payer.

viii) Compétences des provinces

Des sociétés distinctes peuvent être amenées à se regrouper à cause de diverses lois provinciales, comme la législation du travail, ou parce qu'une province souhaite qu'une société se conforme à des politiques particulières à l'intérieur de son territoire.

ix) Compétences ou activités étrangères

Les pratiques ou règlements commerciaux en vigueur à l'étranger peuvent obliger des sociétés canadiennes à fonctionner distinctement. Par exemple, des sociétés ou compétences étrangères peuvent préférer ou exiger qu'une société distincte participe à un projet important.

1.3. TRANSACTIONS PERMETTANT D'UTILISER LES PERTES ACCUMULÉES

Dans les cas où une réorganisation statutaire n'est pas une solution qui est commercialement ou techniquement envisageable afin de permettre aux entités profitables du groupe d'utiliser les pertes fiscales reportées d'autres sociétés du groupe, il serait possible pour les sociétés de mettre en place une autre structure afin de réaliser les bénéfices fiscaux attribuables à l'utilisation des pertes reportées ou courues²³.

À cette fin, les sociétés pourront notamment réviser leurs prix de cession interne, transférer certains actifs générateurs de revenus ou procéder à des transferts de fonds sous forme de prêts ou de capital. Ces structures ne pourront généralement pas permettre à un contribuable de bénéficier d'une meilleure position fiscale à l'égard de l'utilisation des pertes accumulées d'une société du groupe relativement à ce qui aurait par ailleurs été autorisé en vertu des règles applicables aux réorganisations statutaires.

1.3.1. Prix de cession interne

Il sera parfois possible, notamment lorsque des biens et des services sont rendus ou échangés entre les différentes sociétés d'un même groupe, de réviser les prix de cession interne afin de réduire ou d'éliminer les pertes que les sociétés réalisent en déplaçant les revenus entre les sociétés en faveur de sociétés ayant accumulé des pertes autres qu'en capital. Toutefois, la contrepartie payable pour les biens ou les services devra être raisonnable afin d'éviter l'application des articles 67 et 69 L.I.R. et de conserver le caractère déductible de la totalité de la dépense. Il convient de préciser que, dans un contexte transfrontalier, la fixation des prix de cession interne sera assujettie aux règles des prix de transfert de la Partie XVI.1 L.I.R.

Au même effet, il sera également possible de procéder à un rajustement des taux d'intérêt applicables à l'égard des dettes intersociétés.

1.3.2. Transfert de biens

Dans cette section, nous traitons de deux structures qui peuvent être mises en place afin de consolider les résultats de sociétés faisant partie d'un groupe de sociétés, soit i) le transfert d'actifs dont la JVM excède leur coût

²³ Hugues LACHANCE, « Pot-pourri fiscal – Partie B – Mise à jour sur l'utilisation des pertes », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 47:12-38.

indiqué; et ii) le transfert d'une entreprise ou d'une partie d'une entreprise profitable à la société ayant accumulé les pertes²⁴.

1.3.2.1. Transfert de biens avec gain latent

De façon générale, lorsqu'une société dispose d'un bien sur lequel une plus-value est constatée, la société pourra utiliser ses pertes autres qu'en capital accumulées à l'encontre du gain afin de réduire l'impôt payable à l'égard de ce gain.

Lorsque le bien ayant une plus-value accumulée est détenu par un membre du groupe de sociétés qui n'a pas de pertes accumulées, il pourrait être souhaitable que le bien soit transféré sur une base de roulement en faveur d'une autre société ayant des pertes accumulées et non utilisées. La disposition ultérieure du bien par cette autre société lui permettra d'utiliser ses pertes autres qu'en capital et pertes en capital nettes accumulées à l'encontre du gain qui sera réalisé à l'occasion de la disposition subséquente du bien²⁵.

Une des préoccupations principales dans le cadre de cette technique de consolidation est le fait que les autorités fiscales puissent considérer la vente subséquente du bien comme étant la vente d'un bien autre qu'une immobilisation. Ainsi, le revenu réalisé à l'occasion de la vente subséquente du bien pourrait ne pas se qualifier à titre de gain en capital, privant ainsi la société d'utiliser ses pertes en capital nettes et l'obligeant à utiliser davantage ses pertes autres qu'en capital accumulées. Il semble toutefois que l'ARC considère que le bien conservera sa nature à l'occasion de ce type de transaction²⁶.

²⁴ Sans en traiter davantage, de telles transactions seront généralement assujetties, sous réserve des articles 156 et 167 de la *Loi sur la taxe d'accise* (L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.), à la taxe sur les produits et services. Il conviendrait donc de s'assurer de la possibilité d'obtenir à tout le moins un crédit de taxe sur les intrants à l'égard de ces transferts.

²⁵ Le paragraphe 69(11) L.I.R. empêche que ce type de planification soit effectué entre sociétés qui ne sont pas « affiliées » immédiatement avant le début de la série de transactions. À ces fins, la notion d'« affiliée » fait exclusivement référence au contrôle *de jure* et exclut le contrôle *de facto*.

²⁶ Normand ROYAL, « Utilisation des pertes fiscales et opérations de restructuration de dettes », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 23:1-104; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 3, 30 janvier 1995; AGENCE DU REVENU DU (à suivre...)

Lorsqu'une société ayant des pertes accumulées détient un bien ayant un gain latent, cette dernière pourra transférer le bien en faveur d'une autre entité du groupe de sociétés sur une base imposable. La société pourra ainsi utiliser ses pertes accumulées à l'encontre du gain réalisé à l'occasion du transfert. L'entité ayant acquis le bien bénéficiera, quant à elle, d'une base fiscale plus élevée à l'égard du bien, lui permettant de réduire le gain qui sera réalisé à l'occasion d'une disposition subséquente du bien ou de réclamer de l'amortissement sur une base plus élevée²⁷.

Une telle réorganisation a d'ailleurs fait l'objet d'une décision anticipée. Dans le cadre de la décision 2005-0155451R3²⁸, une filiale a distribué en faveur de sa société mère, les actifs utilisés dans l'exploitation de son entreprise en contrepartie d'un billet. Le but de la transaction était de permettre à la filiale d'utiliser ses pertes autres qu'en capital à l'encontre du gain qui serait par ailleurs réalisé et de permettre à la société mère de

(...suite)

CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale anti-évitement », 21 octobre 1988, par. 9. À cet effet, ce paragraphe mentionne ce qui suit :

« Faits

Une personne a un bien qui comporte un gain en capital non matérialisé et elle souhaite vendre ce bien à un tiers. Une corporation liée a une perte en capital nette. Au lieu de vendre le bien directement au tiers et de réaliser un gain en capital, la personne transfère le bien à la corporation liée et elle choisit, en vertu du paragraphe 85(1), de différer la reconnaissance du gain. La corporation liée vend le bien au tiers et elle réduit le gain en capital imposable qui en découle en soustrayant le montant de sa perte en capital nette.

Interprétation

Le paragraphe 69(11) ne permet pas à une personne de transférer un bien à une corporation non liée avec report de l'impôt lorsqu'il est prévu que la corporation non liée vendra le bien et réduira le montant du gain en soustrayant le montant des pertes ou des déductions semblables auxquelles elle a droit. Le paragraphe permet donc implicitement de transférer un bien à une corporation liée d'une façon qui permet de différer l'impôt. Dans les circonstances visées, un transfert de ce genre serait acceptable puisqu'il est conforme à l'esprit de la Loi. »

²⁷ À l'égard des biens amortissables et des immobilisations admissibles, on devra toutefois prendre en considération les règles prévues à l'alinéa 13(7)e) L.I.R. et à la définition de « montant cumulatif des immobilisations admissibles » au paragraphe 14(5) L.I.R., qui ont pour effet de réduire la base fiscale du bien aux fins de l'amortissement lorsque le cédant a réalisé un gain en capital.

²⁸ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 18, décision anticipée 2005-0155451R3, 11 janvier 2006.

bénéficiaire d'un coût indiqué majoré en ce qui concerne les biens amortissables ainsi acquis. Par le biais de sa décision anticipée, l'ARC confirma que la DGAÉ n'était pas applicable à la réorganisation proposée de façon à caractériser à nouveau les conséquences fiscales de la réorganisation.

1.3.3. Transfert d'une entreprise

Il est également possible de procéder au transfert de la totalité ou d'une partie d'une entreprise en faveur d'une entité du groupe de sociétés ayant des pertes accumulées afin d'utiliser les pertes de cette société à l'encontre des revenus qui seront générés par l'entreprise transférée. De façon générale, ce transfert fera l'objet d'un choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. afin que le transfert des biens utilisés dans l'entreprise s'effectue sur une base de roulement.

C'est notamment ce que fit l'appelante dans l'affaire *Stuart Investments ltée c. La Reine*²⁹. Sans qu'il soit nécessaire de résumer les faits de cette affaire, il convient de rappeler que la Cour suprême du Canada a établi que les opérations juridiques entre les parties se rapportant à la vente d'actifs n'étaient pas un trompe-l'œil, car elles avaient leur plein effet juridique. Étant donné que les actifs de l'entreprise avaient été transférés et le prix de vente avait été payé, la transaction était complète et effective. La Cour suprême rejeta l'argument du ministre selon lequel « il est possible d'écarter une opération du point de vue fiscal uniquement parce que le contribuable l'a faite sans but commercial distinct ou véritable »³⁰.

L'affaire *Stuart* fut décidée avant l'introduction de la DGAÉ. Toutefois, il est peu probable qu'une transaction comme celle effectuée dans l'affaire *Stuart* engendrerait l'application de la DGAÉ. En effet, même si la transaction pouvait constituer une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(1) L.I.R., une transaction semblable ne constituerait pas un abus des dispositions de la loi lue dans son ensemble³¹. À cet effet, la

²⁹ [1984] 1 R.C.S. 536 (ci-après « *Stuart* »). Pour un résumé des faits de cette affaire, voir notamment : Vivian MORGAN, « *Stuart*: What the Courts Did Next », *International Tax Planning Feature*, (1987), vol. 35, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 155-181; Guy DUBÉ, « L'arrêt *Stuart* et le code d'interprétation et de planification fiscale », dans *Congrès 85*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1986, pp. 387-410.

³⁰ *Stuart*, précité, note 29, 575.

³¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, par. 8. À cet effet, ce paragraphe mentionne ce qui suit :

décision de la Cour canadienne de l'impôt rendue dans l'affaire *Loyens c. La Reine*³² démontre que les tribunaux sont généralement favorables aux transactions et réorganisations permettant d'utiliser les pertes à l'intérieur d'un groupe de sociétés. Dans cette affaire, le ministre avait tenté d'invoquer la DGAÉ dans le cadre d'une transaction visant le transfert de biens immobiliers en inventaire sur lesquels un gain s'était accumulé en faveur d'une société ayant des pertes accumulées. Le revenu réalisé à l'occasion de la disposition des terrains en inventaire fut réduit par les pertes accumulées de la société. Le ministre invoquait que la DGAÉ devait s'appliquer. Selon le ministre, une transaction par le biais de laquelle les pertes accumulées d'une société appartenant à un contribuable sont utilisées à l'encontre du revenu réalisé à l'occasion de la vente de biens en inventaire constitue un abus des dispositions de la loi lue dans son ensemble.

Le juge Campbell, refusant d'appliquer les principes de l'arrêt *OSFC Holdings Ltd. c. La Reine*³³ aux situations où les revenus sont transférés et non les pertes elles-mêmes, s'exprima ainsi :

(...suite)

« Faits

Une corporation transfère des biens utilisés dans l'exploitation de son entreprise à une corporation liée afin de permettre la déduction des pertes autres qu'en capital de la corporation liée. Toutes les actions des deux corporations étaient possédées par le même contribuable pendant la période au cours de laquelle les pertes ont été subies.

Interprétation

Le fait que la Loi ne prévoit aucune restriction à l'égard de transferts de biens entre des corporations liées, qu'elle contient des dispositions précises permettant le versement de revenus et le transfert de pertes entre des corporations liées et que les notes explicatives concernant la réforme fiscale comportent des renvois à ce sujet indique qu'un transfert du genre visé est conforme à l'esprit de la Loi, de sorte que le paragraphe 245(2) ne s'appliquerait pas.

Toutefois, si un transfert d'un bien ou une autre opération sont effectués pour éviter l'application d'une règle précise, par exemple une règle visant à empêcher la déduction de pertes suite à l'acquisition du contrôle d'une corporation par une personne n'ayant aucun lien de dépendance avec la corporation, un transfert de cette nature constitue un abus commis dans l'application des dispositions de la Loi, et l'article 245 s'y appliquerait donc. »

³² 2003 D.T.C. 358 (C.C.I.) (ci-après « *Loyens* »).

³³ 2001 D.T.C. 5471 (C.A.F.); confirmé à 99 D.T.C. 1044 (C.C.I.) (ci-après « *OSFC Holdings* »).

« From my reading, I do not see how the Respondent can glean any remarks that support the proposition that profit sharing is prohibited. I also believe that his interpretation of OSFC Holdings Ltd. is flawed. Clearly, OSFC Holdings Ltd. prohibits loss trading. However, I would not extend the principles enunciated in OSFC Holdings Ltd. with respect to loss trading to conclude that profit trading is interchangeable with loss trading. There is nothing in OSFC Holdings Ltd. that even hints at such substitution. The factual situation in OSFC Holdings Ltd. was entirely different. It involved strangers acquiring tax entities built on losses incurred by others³⁴. »

Une décision anticipée a été publiée par l'ARC en faveur d'un contribuable qui procédait à une réorganisation dans le cadre de laquelle une des sociétés du groupe transférait sur une base de roulement les actifs d'une entreprise profitable en faveur d'une de ses filiales ayant des pertes accumulées³⁵. Le but de la réorganisation était de permettre à la filiale d'utiliser ses pertes accumulées à l'encontre des revenus générés par l'exploitation de l'entreprise transférée. L'ARC a par ailleurs confirmé dans le cadre de cette décision anticipée que la DGAÉ n'était pas applicable à la réorganisation, sans pour autant que la décision confirme que la filiale pourra utiliser ses pertes à l'encontre des revenus générés par l'entreprise.

1.3.4. Constat préliminaire

Bien que le transfert d'actifs générateurs de revenus puisse paraître une méthode relativement simple et acceptable de consolider les pertes, il peut s'avérer que le transfert de ces biens ne puisse être effectué en pratique en raison de contraintes commerciales prépondérantes. Notamment, si la création d'entités juridiques distinctes était initialement fondée sur le désir d'isoler des risques ou projets commerciaux distincts, le transfert de biens entre ces entités pourrait ne pas être la méthode appropriée pour atteindre la consolidation fiscale.

1.3.5. Recapitalisation

Lorsque les frais de financement sont la cause principale des pertes autres qu'en capital réalisées par une société, il pourra être de mise de recapitaliser la société subissant des pertes et de financer ses activités par l'entremise d'une société du groupe qui est à profit. Tel qu'il sera discuté ci-après, la société profitable pourra à son tour emprunter pour effectuer

³⁴ *Loyens*, précité, note 32, 371.

³⁵ *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 18, décision anticipée 2004-0098561R3, 26 janvier 2005.

l'injection de capitaux dans la société à perte, et ainsi réduire son propre revenu imposable.

La décision anticipée 2008-0280391R3³⁶ décrit notamment une transaction par le biais de laquelle un groupe de sociétés procédait à une recapitalisation de l'une des sociétés du groupe. Dans cette situation, la société qui réalisait les pertes était la société mère du groupe alors que sa filiale tirait des profits de l'exploitation de son entreprise. Afin de réduire les pertes de la société mère, il fut déterminé qu'il était souhaitable qu'elle procède au remboursement de ses emprunts et que le financement des activités s'effectue par la filiale. La filiale utilisa le montant maximum qu'elle pouvait tirer de sa facilité de crédit sans contrevenir aux conventions de crédit du groupe de sociétés afin de souscrire à des actions privilégiées d'une nouvelle société (ci-après « Nouvelleco »). Nouvelleco a été constituée aux fins de la transaction et est une filiale de la société mère. Le produit de l'émission de ces actions privilégiées fut utilisé par Nouvelleco afin de souscrire à des actions privilégiées de la société mère. Cette souscription était autorisée par les lois applicables aux sociétés en cause. Le produit de l'émission fut ensuite utilisé par la société mère afin de rembourser une partie de ses emprunts. Le remboursement de l'emprunt permit à la filiale d'emprunter des sommes additionnelles en fonction de sa facilité de crédit, et ce, sans contrevenir aux conventions de crédit du groupe de sociétés. La série de transactions fut répétée à quelques reprises afin de permettre le remboursement des emprunts de la société mère.

Une décision anticipée fut rendue en ce qui concerne cette série de transactions afin de confirmer que les intérêts payés par la filiale à l'égard de ses emprunts seraient déductibles dans le calcul de son revenu. La décision anticipée mentionne par ailleurs que la société mère bénéficie d'une source autonome de revenu de sorte que les dividendes payés à Nouvelleco et à la filiale sur les actions privilégiées qu'elles détiennent respectivement ne seront pas attribuables aux actions que la société mère détient dans la filiale.

Les fonds utilisés afin de procéder à la recapitalisation de la société à perte ne constitueront généralement pas un montant déductible pour la société qui effectue l'investissement compte tenu du fait que l'investissement sera généralement considéré comme étant de nature capital. Dans certaines situations particulières cependant, des avances effectuées par une société en faveur d'une filiale pourraient s'avérer comme étant une

³⁶ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 18, décision anticipée 2008-0280391R3, 17 juin 2009.

dépense de nature courante plutôt qu'une dépense en capital, permettant à la société qui effectue l'investissement de déduire cette somme dans le calcul de son revenu. Il en fut notamment ainsi dans le cadre de la décision *Valiant Cleaning Technology inc. c. La Reine*³⁷ décrite ci-après.

1.3.5.1. Particularité de l'arrêt *Valiant*

La question qui fut soumise à la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Valiant* est le traitement fiscal des avances de fonds consenties par un contribuable en faveur de sa filiale à titre de perte en capital ou de dépense courante.

Pendant les années d'imposition en cause, les activités de *Valiant* touchaient à la conception et à la fourniture de laveuses à pression industrielle spécialisée qu'utilise l'industrie automobile. *Valiant* était une entreprise reconnue comme fournisseur de niveau 1 au sein de cette industrie et l'un de ses principaux clients était la société Ford du Canada limitée. La preuve démontra que les fournisseurs de niveau 1 bénéficiaient d'une situation enviable par rapport aux fournisseurs de niveau inférieur, tant sur le plan du volume de leurs activités, mais également du point de vue des recettes tirées de ces dernières.

En raison du processus de mondialisation qui s'entamait dans l'industrie automobile, *Valiant* étendit ses activités en Europe. Sans cette expansion, *Valiant* risquait de perdre son statut de fournisseur de niveau 1. L'expansion débuta par l'acquisition d'une première société en Belgique, suivie d'un groupe situé au Royaume-Uni et, finalement, par la constitution de la société *Valiant Elan Systems Limited (U.K.)* (ci-après « *Elan* »). À la suite de cette expansion, *Valiant* pouvait désormais servir ses clients existants et éventuels en Amérique du Nord et en Europe et conserver son statut de fournisseur de niveau 1.

De 1999 à 2001, *Valiant* a effectué des avances de fonds à *Elan* afin de permettre à cette dernière de respecter ses contrats en cours. Notamment, *Valiant* effectua, au cours de l'année 2000, de nouvelles avances à *Elan* bien qu'à ce moment la valeur de son intérêt dans *Elan* fut réduite d'un montant substantiel. Ces avances furent notamment consenties afin de permettre à *Elan* de mener à terme certains projets. Ces avances furent subséquemment converties en billet portant intérêt. Il ressort de la preuve qu'il était impératif qu'*Elan* puisse mener à terme ces projets afin que *Valiant* préserve sa

³⁷ 2008 D.T.C. 5112 (C.C.I.) (ci-après « *Valiant* »).

réputation et son statut de fournisseur dans l'industrie. En 2001, la valeur de l'investissement de Valiant dans Elan, y compris les avances qui lui furent consenties, fut réduite à néant. Il fut décidé au cours de la même année de cesser les activités d'Elan. La preuve établit par ailleurs que de nombreuses ventes de Valiant étaient attribuables à la présence d'Elan en Europe.

Jusqu'en 2004, le contribuable avait qualifié ses pertes se rapportant à son investissement dans la filiale, incluant les avances qui y furent consenties, comme des pertes en capital aux fins de ses états financiers et aux fins de ses déclarations de revenus. À la suite d'un changement de personnel administratif, le contribuable révisa sa position afin de qualifier les pertes se rapportant aux avances consenties en faveur de sa filiale comme des dépenses de nature courante. L'ARC refusa cette qualification et Valiant présenta au ministre un avis de détermination de pertes, permettant au contribuable de produire un avis d'opposition et d'interjeter appel quant au traitement fiscal de ses pertes.

D'entrée de jeu, Valiant a accepté de considérer que les sommes engagées à l'occasion de l'acquisition d'Elan et des premières avances effectuées en faveur de sa filiale l'avaient été afin de conférer un avantage non seulement à l'entreprise canadienne exploitée par Valiant, mais également à sa filiale. Particulièrement, ces avances avaient été effectuées en vue de financer l'exploitation de l'entreprise de la filiale. Notamment, au début de l'exploitation, les activités de Valiant et d'Elan se complétaient et les opérations d'Elan atteignirent le seuil de rentabilité. Dans ces circonstances, les premières avances consenties à Elan par Valiant furent considérées comme étant de nature capital par Valiant. Cependant, les résultats ultérieurs d'Elan ne furent pas ceux escomptés et Elan subit des difficultés financières croissantes. À ce point, Valiant aurait pu cesser de consentir des avances à Elan. Toutefois, il fut décidé de poursuivre les activités de financement afin de préserver les revenus de l'entreprise canadienne exploitée par Valiant. À cet égard, la juge Campbell mentionne que la nature des avances est déterminée en fonction de critères objectifs et subjectifs. Les différents témoignages des témoins appelés par Valiant établirent de façon nette que la décision de continuer à verser les avances était fondée sur l'objectif de préserver le revenu de l'entreprise de Valiant et non pour assurer la poursuite de l'existence fructueuse d'Elan. La juge Campbell fut d'avis que, dès ce moment, la nature des avances consenties à Elan était différente. Sur le plan objectif, la preuve démontrait également que les avances n'avaient pas été consenties afin de procurer un avantage durable à Valiant. En effet, les avances étaient comptabilisées comme des pertes presque immédiatement.

L'intimée porta à l'attention de la Cour l'affaire *Stewart & Morrison Ltd. c. MRN*³⁸. Dans cette affaire, des avances furent consenties à une filiale étrangère par un contribuable afin de permettre à la filiale de démarrer son entreprise et de poursuivre ses activités. Il fut déterminé dans cette cause que les avances étaient de nature capital, puisque le contribuable prévoyait que l'entreprise de la filiale serait lucrative. La juge Campbell écarta l'arrêt *Stewart & Morrison* en se basant sur le fait que l'objectif de Valiant était substantiellement différent de celui du contribuable visé par cette décision. Selon la Cour, il était évident en 1999 qu'Elan ne pourrait espérer survivre sur le plan financier. À ce titre, le seul objectif commercial des avances effectuées à compter de ce moment ne pouvait être que de préserver la réputation, le revenu et la qualité de fournisseur de Valiant. Dans ce contexte, il était difficilement conciliable que les avances eussent été consenties par Valiant afin d'obtenir un avantage durable pour sa filiale. Les avances devaient désormais être considérées comme des dépenses engagées en vue de gagner un revenu.

De plus, la Cour s'appuya sur l'affaire *L. Berman & Co. Ltd. c. MRN*³⁹ afin de conclure que les avances devaient être considérées comme des dépenses de nature courante plutôt que des dépenses de nature capital. Dans l'affaire *Berman*, le contribuable avait versé des sommes en faveur des fournisseurs de sa filiale afin de protéger sa propre valeur puisque la filiale avait manqué à ses obligations envers ces fournisseurs. Bien que la situation de Valiant soit légèrement différente de celle de l'arrêt *Berman*, notamment parce que les sommes furent avancées par Valiant en faveur d'Elan plutôt que payées directement aux fournisseurs de sa filiale, cette distinction ne constituait pas, du point de vue de la Cour, une différence significative permettant d'écarter cette décision. L'intention du contribuable dans l'affaire *Berman* et dans l'affaire *Valiant* est similaire, soit la préservation de leur réputation respective afin de protéger leur entreprise.

La décision rendue dans l'affaire *Valiant* ne discute toutefois pas du traitement fiscal des avances reçues par la filiale et de l'hypothèse que le traitement pour elle devrait être similaire au traitement fiscal de la société qui effectue le paiement.

Ainsi, selon les faits propres à la situation, une recapitalisation des activités d'une filiale pourrait entraîner une dépense de nature courante pour la société qui effectue le paiement et faciliter l'opération de consolidation.

³⁸ [1974] R.C.S. 477 (ci-après « *Stewart & Morrison* »).

³⁹ 61 D.T.C. 1150 (C.C.I.) (ci-après « *Berman* »).

1.3.6. Transfert de fonds

Lorsque les autres méthodes discutées préalablement s'avèrent insuffisantes ou inapplicables à la situation, en raison notamment de considération commerciale prépondérante ou de caractéristiques fiscales rattachées aux biens détenus par les sociétés faisant partie du groupe de sociétés, il sera possible d'effectuer certaines transactions permettant de consolider les revenus des sociétés en procédant à différents transferts de fonds entre les entités. Ces transactions permettront d'utiliser les pertes du groupe de sociétés sans pour autant modifier les flux monétaires qui sont générés par les entreprises ou par les biens des diverses sociétés du groupe de sociétés. À cet effet, nous vous présentons quelques décisions anticipées récentes illustrant des structures courantes⁴⁰ qui peuvent être mises en place afin que les autres sociétés d'un groupe de sociétés puissent utiliser les pertes autres qu'en capital d'une société faisant partie de ce groupe.

1.3.6.1. Exemples de structure de consolidation et décisions anticipées récentes

Dans ce premier exemple, le groupe de sociétés est formé de deux sociétés. La société détenant la totalité des actions émises et en circulation de l'autre société, soit la société mère (ci-après « Perteco »), a réalisé des pertes autres que des pertes en capital dans le cadre de l'exploitation de son entreprise, alors que sa filiale (ci-après « Profitco ») a tiré des revenus de l'exploitation de son entreprise au cours de ces mêmes années. Il est prévu par ailleurs que Perteco ne tirera pas un revenu suffisant au cours des années d'imposition subséquentes lui permettant d'utiliser les pertes autres qu'en capital qu'elle a accumulées, alors que le revenu de Profitco continuera de s'accroître au cours des années subséquentes. Par conséquent, certaines pertes accumulées par Perteco risquent de ne pas pouvoir être utilisées à l'intérieur de leur période de report alors qu'au cours de cette même période, Profitco paiera des impôts sur ses revenus. Afin d'utiliser les pertes autres qu'en capital accumulées de Perteco et ainsi permettre à Profitco de réduire le montant des impôts payables par elle, la structure suivante peut être mise en place.

⁴⁰ Pour des exemples de structure de consolidation de pertes commentées par l'ARC, nous renvoyons le lecteur à : *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 18, décisions anticipées 2002-0152583, 29 janvier 2003; 2003-0012293, 18 juin 2003; 2002-0177363, 12 février 2003; 2003-0037453, 7 janvier 2003; 2002-0158523, 20 décembre 2002; 2002-0123813, 29 mai 2002; 2001-0090213, 6 février 2002; 2001-0069709, 18 août 2001 et 2000-0052363, 15 mars 2001.

Dans un premier temps, Perteco procède à l'incorporation d'une nouvelle société (ci-après « Nouvelleco »), dont le capital-actions inclura des actions ordinaires et des actions privilégiées sans droit de vote mais donnant droit de façon prioritaire à un dividende cumulatif à taux fixe. Les actions privilégiées seront rachetables au gré de leur détenteur ou de la société pour une contrepartie égale à leur prix de souscription, plus tous dividendes accumulés et non payés sur ces actions. En second lieu, Perteco emprunte auprès d'une institution financière une somme suffisante qui permettra à la société Perteco de gagner un revenu d'intérêts suffisant afin d'utiliser ses pertes accumulées. Le montant qui sera emprunté de l'institution financière sera déterminé en fonction de la période d'amortissement au cours de laquelle les pertes de Perteco seront utilisées, et ce, en fonction du taux d'intérêt applicable à l'égard du prêt intersociétés qui sera fait mention ci-dessous et de la capacité d'emprunt de Profitco. Le prêt accordé par l'institution financière sera remboursé immédiatement après le transfert des fonds entre Perteco, Profitco et Nouvelleco. Perteco utilise les fonds prêtés par l'institution financière à l'étape précédente pour effectuer un prêt à Profitco. Ce prêt portera intérêt et le taux d'intérêt sera fixé en fonction de ce qui serait commercialement raisonnable dans les circonstances. Par la suite, Profitco utilise la somme qui lui est prêtée par Perteco afin de souscrire à des actions privilégiées de Nouvelleco. Il convient de préciser ici que le taux du dividende sur les actions privilégiées sera légèrement supérieur au taux d'intérêt qui est applicable à l'égard d'un emprunt contracté par Profitco à l'étape précédente. Nouvelleco utilise ensuite le produit de l'émission de ses actions privilégiées afin d'effectuer un prêt sans intérêt à Perteco. Finalement, Perteco utilise le capital qui lui a été prêté par Nouvelleco afin de rembourser le prêt lui ayant été consenti par l'institution financière⁴¹.

Les intérêts que reçoit Perteco à l'égard du prêt consenti à Profitco seront inclus dans le calcul du revenu de Perteco pour l'année d'imposition au cours de laquelle ils sont payables et Perteco pourra déduire, dans le calcul de son revenu imposable, les pertes autres qu'en capital qu'elle a accumulées au cours des dernières années d'imposition à l'encontre des intérêts payés ou payables par Profitco. Par ailleurs, dans la mesure où les intérêts payables par Profitco le sont en vertu d'une obligation légale de payer des intérêts et que l'emprunt a été contracté en vue de gagner un revenu provenant d'une entreprise ou d'un bien, les intérêts payables seront déductibles dans le calcul du revenu de Profitco. Le taux d'intérêt sur le prêt intersociétés est généralement légèrement inférieur au taux de dividende sur

⁴¹ Voir notamment *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 18, décision anticipée 2007-0259901R3, 27 février 2008.

les actions privilégiées qui sont souscrites dans le cadre de la structure de consolidation de pertes afin que le revenu tiré des dividendes reçus sur les actions privilégiées excède les intérêts payables à l'égard du prêt, et ce, à plus forte raison depuis que l'article 3.1 L.I.R. a été proposé⁴². Étant donné que le dividende qui sera reçu par Profitco sur les actions privilégiées de Nouvelleco est déductible dans le calcul de son revenu imposable, les intérêts payables par Profitco réduiront le revenu de cette dernière et les impôts s'y rapportant.

La décision anticipée précise que les dividendes reçus par Profitco sur les actions privilégiées de Nouvelleco ne seront pas assujettis à l'impôt de la Partie IV.1 L.I.R., ni à celui de la Partie VI.1 L.I.R. De même, ces dividendes ne seront pas assujettis à l'impôt de la Partie IV L.I.R. dans la mesure où le solde du compte d'impôt en main remboursable de Nouvelleco est nul à la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle le dividende est payé.

Une telle structure sera efficace pour consolider les revenus et les pertes des sociétés d'un groupe de sociétés dans la mesure où, à la fois, les intérêts payés sur le prêt effectué en faveur de Profitco par Perteco sont déductibles dans le calcul du revenu de Profitco et les dividendes reçus sur les actions privilégiées détenues par cette dernière sont déductibles dans le calcul de son revenu imposable.

Il est généralement conseillé d'implanter une telle structure en procédant à de véritables échanges de fonds par le biais desquels des sommes sont portées au débit et au crédit dans les divers comptes bancaires des sociétés visées. C'est pour cette raison que, lorsque les sociétés en cause ne disposent pas des liquidités suffisantes afin de mettre en place la structure, un financement externe de courte durée (*daylight loan*), comme dans l'exemple précédent, pourra être mis en place. Il est également possible de faire circuler des montants moindres à répétition entre les sociétés afin de mettre en place la dette intersociétés. Notamment, dans le cadre de la décision anticipée 2008-0304881R3⁴³, les parties en cause avaient utilisé la facilité de crédit disponible à quatre reprises de façon consécutive afin de mettre en place le montant de dette intersociétés nécessaire pour la structure de consolidation.

⁴² CANADA, ministère des Finances, *Propositions provisoires se rapportant à la déductibilité des intérêts et autres dépenses*, 31 octobre 2003.

⁴³ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 18, décision anticipée 2008-0304881R3, 2 septembre 2009.

De plus, le taux d'intérêt fixé entre les sociétés du groupe devra correspondre au taux d'intérêt qui pourrait être établi entre des parties traitant à distance, notamment en fonction de la capacité de crédit de l'emprunteur⁴⁴.

Il convient de mentionner à cet effet que la plupart des décisions anticipées se rapportant à de telles structures de consolidation de pertes précisent que les intérêts payés par Profitco seront déductibles dans le calcul de son revenu, que le dividende pourra être déduit dans le calcul du revenu imposable de la société qui le reçoit, que l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. ne sera pas applicable à l'égard du dividende et que la DGAÉ ne trouvera pas application afin de caractériser à nouveau les conséquences fiscales de la structure de consolidation.

Cette structure permet d'utiliser tant les pertes autres qu'en capital accumulées que celles de l'exercice courant d'une société à l'encontre des revenus d'une autre société faisant partie du groupe de sociétés.

Il convient par ailleurs de préciser que la mise en place d'une telle structure demeure assez simple et ne modifie pas les liquidités des parties en cause⁴⁵.

Une structure similaire peut également être mise en place entre sociétés qui ne sont pas des filiales l'une de l'autre. Plusieurs décisions anticipées ont été rendues relativement à une structure de consolidation de pertes impliquant des sociétés sœurs. L'une de ces décisions anticipées implique des sociétés contrôlées par des entités non résidentes. Plus particulièrement, le groupe était composé de plusieurs sociétés dont la société mère ne réside

⁴⁴ La capacité d'emprunt s'évalue en fonction de la société qui a accumulé les pertes. Il est possible de prendre en considération les garanties accordées par les autres sociétés du groupe dans la détermination de la capacité d'emprunt de la société. À cet effet, il convient de préciser que la demande de décision anticipée qui fut rejetée dans le document 2007-0253031E5 sur la base que le prêt excédait la capacité d'emprunt du contribuable l'a été parce que la société mère du contribuable ne pouvait garantir les obligations financières du contribuable pour des raisons commerciales et que le contribuable, seul, ne disposait pas d'une capacité d'emprunt suffisante pour la mise en place de la structure de consolidation.

⁴⁵ Les liquidités disponibles de chacune des entités demeurent inchangées en raison du fait que les dividendes payés sur les actions privilégiées de Nouvelleco sont généralement financés par un apport de capital de Perteco, lequel est lui-même financé par les intérêts payés par Profitco à même les dividendes reçus sur les actions privilégiées.

pas au Canada. Une société canadienne du groupe, Profitco, tire des profits de ses activités alors qu'une autre société du groupe, Perteco, qui est canadienne et une société sœur de Profitco, a des pertes autres qu'en capital attribuable à l'exploitation de son entreprise. Les actions de Profitco sont détenues par une société non résidente alors que les actions de Perteco sont détenues par une autre société canadienne qui est une société sœur de la société qui contrôle Profitco.

Afin de permettre au groupe de sociétés d'utiliser les pertes accumulées de Perteco, une structure de consolidation est mise en place. Dans le cadre de la réorganisation, Profitco emprunte une somme auprès d'une institution financière pour un temps limité. Le produit de cet emprunt est utilisé afin de souscrire à des actions privilégiées de Xco, une société canadienne qui est une filiale de la même société qui détient les actions de Perteco. Les caractéristiques des actions privilégiées de Xco sont similaires aux caractéristiques des actions privilégiées décrites dans l'exemple précédent, c'est-à-dire qu'elles sont sans droit de vote, donnent droit à un dividende fixe cumulatif et sont rachetables à leur prix d'émission plus tout dividende accumulé et non payé sur ces actions. La société Xco utilise par la suite le produit de l'émission des actions privilégiées afin d'effectuer un prêt sans intérêt en faveur de Perteco. Par la suite, Perteco utilise les fonds dont elle dispose à la suite du prêt qui lui a été accordé par Xco afin d'effectuer un prêt à demande portant intérêt à Profitco qui utilise les fonds afin de rembourser le prêt à court terme. Le taux d'intérêt applicable à l'égard de ce prêt correspond à un taux qui serait applicable pour un prêt similaire qui, à son tour, serait accordé à Profitco par une personne traitant à distance avec elle, et le montant du prêt n'excède pas la capacité d'emprunt de Profitco. Par ailleurs, le taux d'intérêt applicable est légèrement inférieur au taux fixe de dividende sur les actions privilégiées. La décision anticipée confirme que les intérêts payés par Profitco à l'égard du prêt seront déductibles dans le calcul du revenu de Profitco, que les dividendes payés par Xco et reçus par Profitco seront déductibles dans le calcul de son revenu imposable, que les impôts en vertu des Parties IV.1 et VI.1 L.I.R. ne seront pas applicables à l'égard des dividendes payés sur les actions privilégiées et que la DGAÉ ne trouvera pas application.

Cette structure permettra à Perteco d'utiliser ses pertes autres qu'en capital à l'encontre des revenus d'intérêts sur le prêt intersociétés alors que Profitco sera en mesure de réduire son revenu et ses impôts en raison des intérêts payables sur ce prêt.

Une autre décision anticipée a été rendue à l'égard d'une structure de consolidation qui, sans être radicalement différente de celles mentionnées

ci-dessus, introduit une variante intéressante. La décision anticipée 2008-0289761R3⁴⁶ se rapporte à un groupe de sociétés composé de deux sociétés, Perteco, une société canadienne imposable qui détient la totalité des actions ordinaires émises et en circulation d'une autre société canadienne imposable, Profitco. Profitco a d'autres actions émises et en circulation qui sont inscrites à la cote d'une Bourse. Il convient de préciser que seules les actions ordinaires de Profitco disposent d'un droit de vote. Ainsi, Perteco contrôle Profitco. Perteco a des pertes autres qu'en capital reportées et prévoit subir des pertes additionnelles au cours de ses prochains exercices financiers. Une structure de consolidation de pertes est donc mise en place afin de permettre indirectement à Profitco d'utiliser les pertes accumulées de Perteco afin de réduire la charge fiscale du groupe de sociétés.

Perteco procède à l'incorporation de deux filiales, Nouvelleco et Nouperteco, qui seront utilisées exclusivement pour la mise en place de la structure de consolidation de pertes. Perteco contracte un prêt à court terme auprès d'une institution financière. Le montant de ce prêt n'excède pas le montant que Perteco pourrait emprunter auprès d'une institution financière notamment en ce qui concerne les ratios d'emprunt Perteco en vertu de ses facilités de crédit. Le produit de cet emprunt est utilisé afin de consentir un prêt portant intérêt en faveur de Nouperteco. Le taux d'intérêt du prêt correspond au taux d'intérêt qui serait par ailleurs applicable à l'égard d'un prêt qui serait accordé par une partie traitant à distance. Nouperteco utilise le produit du prêt afin de souscrire à des actions privilégiées de Nouvelleco. Les actions privilégiées de Nouvelleco comportent les caractéristiques généralement applicables à des actions privilégiées utilisées dans des structures de consolidation de pertes, telles qu'elles ont été décrites auparavant, et ont droit de recevoir un dividende à un taux fixe et cumulatif qui excède le taux d'intérêt applicable sur le prêt ayant été consenti à Nouperteco par Perteco. Nouvelleco utilise par la suite le produit de souscription des actions privilégiées afin de consentir un prêt sans intérêt en faveur de Perteco qui utilise les fonds en vue de rembourser le prêt à court terme consenti par l'institution financière au début de la série de transactions.

Subséquemment, Perteco effectuera une contribution de capital en faveur de Nouvelleco lui permettant de payer un dividende sur ses actions privilégiées. Ces fonds seront retournés à Perteco sous forme d'intérêts payés sur le prêt ayant été consenti à Nouperteco après que cette dernière eut

⁴⁶ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 18, décision anticipée 2008-0289761R3, 27 mai 2009.

reçu un dividende sur les actions privilégiées de Nouvelleco qu'elle détient. Également, la décision anticipée prévoit que la structure de consolidation de perte sera liquidée et qu'à cette fin, Perteco contractera un emprunt à court terme auprès d'une institution financière, lui permettant de rembourser le prêt qui lui a été consenti par Nouvelleco. Les actions privilégiées seront par la suite rachetées et Nouperteco remboursera le prêt qui lui avait été consenti par Perteco. Finalement, Perteco utilisera les fonds reçus de Nouperteco afin de rembourser le prêt à court terme consenti par l'institution financière.

Perteco transfère par la suite les actions de Nouperteco qu'elle détient en faveur de Profitco en contrepartie d'actions ordinaires de cette dernière représentant la JVM des actions de Nouperteco détenues par Perteco. Il est prévu qu'un choix soit effectué selon l'article 85 L.I.R. afin que ce transfert s'effectue en franchise d'impôt. Profitco, qui sera à ce moment le seul actionnaire de Nouperteco, autorisera la société Nouperteco à se liquider. De façon similaire, Nouvelleco sera également liquidée.

La décision anticipée précise que Nouperteco pourra déduire dans le calcul de son revenu le montant des intérêts qui sont payables à l'égard du prêt lui ayant été consenti par Perteco alors que les dividendes reçus sur les actions privilégiées de Nouvelleco seront déductibles dans le calcul de son revenu imposable. Ainsi, Nouperteco réalisera une perte autre qu'en capital en raison de la structure alors que Perteco pourra utiliser ses pertes autres qu'en capital accumulées afin de réduire son revenu imposable attribuable en grande partie aux intérêts reçus sur le prêt accordé à Nouperteco.

La décision anticipée précise par ailleurs que Profitco pourra utiliser les pertes autres qu'en capital de Nouperteco à l'encontre de ses revenus à compter de l'année d'imposition qui commence après l'année d'imposition au cours de laquelle Nouperteco a été liquidée. La décision anticipée précise également que la DGAÉ ne sera pas applicable à l'égard de la transaction.

1.3.6.2. Éléments à considérer

Lors de la mise en place d'une structure de consolidation de pertes, il sera important de considérer les points suivants afin de s'assurer que la structure permette de consolider efficacement les résultats des sociétés du groupe de sociétés.

Dans un premier temps, la mise en place d'une structure de consolidation de pertes pourrait entraîner un rajeunissement des pertes autres qu'en capital du groupe de sociétés. Il pourrait notamment en être ainsi lorsque la déduction à l'égard des intérêts payables sur le prêt entraîne une

perte pour Profitco. En raison des règles sur les reports de pertes⁴⁷, la perte ainsi créée pourra être utilisée par Perteco au cours de ses 20 prochaines années d'imposition. Cette période excédera vraisemblablement la période de report des pertes autres qu'en capital qui ont été utilisées par le groupe dans le cadre de la structure de consolidation. Dans ces cas, le rajeunissement des pertes autres qu'en capital ne sera pas considéré comme abusif dans la mesure où les nouvelles pertes du groupe sont utilisées dans la période de report initiale des pertes⁴⁸.

De plus, la structure sera fiscalement efficiente dans la mesure où les intérêts payables sur le prêt sont déductibles dans le calcul du revenu de la société qui contracte l'emprunt. Notamment, lorsqu'une filiale effectue un emprunt afin de souscrire à des actions privilégiées d'une autre société, les intérêts seront considérés comme déductibles dans la mesure où l'emprunt est contracté dans le but de tirer un revenu de ces actions privilégiées. Dans la mesure où les revenus de dividendes tirés de ces actions privilégiées sont attribuables à des distributions effectuées par la filiale et non à une source autonome de revenu, les intérêts pourraient ne pas être déductibles dans le calcul de son revenu. La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *C.R.B. Logging Co. Ltd. c. La Reine*⁴⁹ illustre parfaitement cette situation. Dans cette décision, le contribuable avait contracté un emprunt afin de souscrire à des actions privilégiées de la société qui la contrôlait. Or, cette dernière était une société dont le seul actif⁵⁰ était les actions du contribuable corporatif. Ainsi, les dividendes que le contribuable allait recevoir sur ses actions privilégiées de l'autre société étaient entièrement attribuables à des distributions de dividendes que le contribuable allait déclarer sur ses actions. La Cour conclut que l'emprunt n'avait pas été contracté afin de gagner un revenu compte tenu du fait que les distributions que le contribuable allait recevoir sur les actions privilégiées de la société mère étaient entièrement attribuables à des distributions du contribuable et non à une autre source autonome de la société mère.

⁴⁷ Al. 111(1)a) L.I.R.

⁴⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 25, 30 octobre 2002.

⁴⁹ 2000 D.T.C. 6547 (C.A.F.).

⁵⁰ Plus précisément, la société mère détenait les actions du contribuable corporatif par l'entremise de deux autres sociétés n'ayant comme seul actif des actions du contribuable corporatif.

Les structures de consolidation de pertes peuvent permettre par ailleurs de majorer ou de diminuer la charge fiscale du groupe de sociétés en raison des différences entre l'allocation des revenus des différents membres du groupe aux fins provinciales. Ainsi, la structure de consolidation fiscale pourrait utiliser les pertes qui ont été générées par une société faisant affaire uniquement en Ontario afin de réduire le revenu d'une autre société du groupe faisant affaire dans une autre province, telle que le Québec. Cette problématique a été soulevée par l'ARC⁵¹, une analyse des conséquences fiscales provinciales de la structure proposée est désormais exigée du contribuable qui requiert une décision anticipée à l'occasion de la mise en place d'une structure de consolidation de pertes. L'ARC a d'ailleurs précisé qu'elle consulterait les provinces concernées avant de rendre une décision anticipée positive quant à une structure de consolidation de pertes si la réorganisation décrite dans la demande de décision anticipée a une incidence importante sur une province ayant un accord de perception avec l'ARC. Par ailleurs, l'ARC mentionne qu'il serait utile pour les contribuables de demander une décision anticipée aux autorités fiscales des provinces n'ayant pas un accord de perception avec l'ARC lorsque la structure de consolidation de pertes a une incidence sur ces provinces.

2. UTILISATION DE PERTES À L'OCCASION D'UNE ACQUISITION DE CONTRÔLE

Une acquisition de contrôle d'une société a des conséquences importantes sur l'utilisation par la société de ses pertes en capital et pertes autres qu'en capital accumulées au cours des années d'imposition qui se terminent avant l'acquisition de contrôle de la société. Il en est de même à l'égard du solde non déduit de certaines dépenses accumulées⁵² et des crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») reportés⁵³.

Nous décrirons brièvement les concepts de contrôle et d'acquisition de contrôle aux fins de l'application de ces règles et discuterons par la suite des limitations imposées à l'utilisation des attributs fiscaux accumulés de la société au cours de ses périodes qui se terminent après cette acquisition de

⁵¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006.

⁵² Voir notamment l'alinéa 37(1)h) et le paragraphe 37(6.1) L.I.R. en ce qui concerne les dépenses se rapportant à des activités de recherche scientifique et de développement expérimental.

⁵³ Voir notamment le paragraphe 127(9) « crédit d'impôt à l'investissement », alinéas j) et k) L.I.R. ainsi que les paragraphes 127(9.1) et 127(9.2) L.I.R.

contrôle. Nous discuterons par la suite de l'opportunité d'utiliser les attributs de la société à l'occasion de son acquisition de contrôle.

2.1. CONTRÔLE ET ACQUISITION DE CONTRÔLE

Sans faire une étude exhaustive de la notion de contrôle et d'acquisition de contrôle aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il convient dans cette section de discuter succinctement de ces concepts. La notion de contrôle aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est le contrôle *de jure*, sauf mentions spécifiques indiquant qu'il s'agit du contrôle *de facto*, notamment lorsque la mention « contrôlée directement ou indirectement de quelque manière que ce soit » est utilisée.

La notion de contrôle n'est pas définie aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cependant, ce concept a fait l'objet d'une jurisprudence considérable afin de circonscrire cette notion. La notion de contrôle d'une société vaut mention du contrôle effectif de cette dernière. Il a été traditionnellement conceptualisé que la personne qui détenait un nombre d'actions suffisant pour lui permettre d'élire plus de la moitié des membres du conseil d'administration de la société avait le contrôle effectif de cette dernière et la contrôlait aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁵⁴. Le concept de « contrôle » a également évolué au gré de la jurisprudence. Notamment, dans l'arrêt *Imperial General Properties Ltd. c. La Reine*⁵⁵, la Cour conclut qu'un actionnaire avait le contrôle effectif d'une société malgré le fait que cet actionnaire ne détenait pas plus de 50 % des voix lui permettant de contrôler la société. De façon particulière, l'actionnaire en question détenait des actions de la société en cause qui lui procurait 50 % des voix pour l'élection des administrateurs de la société alors que les autres actions de la société étaient détenues par une autre partie. La Cour conclut que l'un des deux actionnaires avait le contrôle effectif de la société car, conformément aux droits, privilèges et conditions se rapportant aux actions détenues par chacun, l'un des actionnaires pouvait forcer la liquidation de la société et la participation de ce dernier dans les biens de la société était largement supérieure à la participation de son coactionnaire.

Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale a conclu dans l'affaire *Parthenon Investments Ltd. c. MRN*⁵⁶ que le contrôle d'une société valait mention d'un

⁵⁴ Voir notamment l'affaire *Buckerfield's Ltd. et autres c. MRN*, 64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.) (ci-après « *Buckerfield's* »).

⁵⁵ 85 D.T.C. 5500 (C.S.C.).

⁵⁶ 97 D.T.C. 5343 (C.A.F.) (ci-après « *Parthenon* »).

contrôle ultime de cette dernière : « It seems to us that one cannot thus divide up the notion of *de jure* control. Control has about it a character of exclusivity, of finality, and cannot allow for two masters simultaneously⁵⁷. »

Ainsi, dans un groupe de sociétés où toutes les actions émises par une société (ci-après « sous-filiale ») sont détenues par une autre société (ci-après « filiale »), dont la totalité des actions sont elles-mêmes détenues par une autre société (ci-après « mère »), la mère sera considérée comme étant la personne qui contrôle à la fois la filiale et la sous-filiale alors que la sous-filiale ne sera pas considérée comme étant contrôlée par la filiale.

Le principe de l'arrêt *Parthenon* a été modifié par l'introduction du paragraphe 256(6.1) L.I.R. Ce paragraphe prévoit désormais que pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le contrôle d'une société s'apprécie également en fonction du contrôle intermédiaire et non uniquement en fonction du contrôle ultime de la société.

Par ailleurs, la décision rendue dans l'affaire *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*⁵⁸ constitue le fondement même de l'application moderne du concept de contrôle aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La décision *Duha Printers* est citée comme étant la confirmation que les conventions externes ne doivent pas être considérées pour déterminer le contrôle effectif d'une société. Ayant établi une convention unanime des actionnaires au rang de documents constitutifs d'une société, la décision *Duha Printers* confirma également qu'une convention unanime des actionnaires pourrait faire en sorte que le contrôle effectif d'une société ne se retrouve pas entre les mains de l'actionnaire qui détient des actions lui permettant d'élire la majorité du conseil d'administration, mais entre les mains d'un autre actionnaire ou d'une autre partie, selon les circonstances.

Pour décider s'il y a « contrôle effectif », il faut prendre en considération ce qui suit :

- a) la loi qui régit la société;
- b) le registre des actionnaires de la société;

⁵⁷ *Id.*, par. 11.

⁵⁸ 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.) (ci-après « *Duha Printers* »).

- c) toute restriction, particulière ou exceptionnelle, imposée soit au pouvoir de l'actionnaire majoritaire de contrôler l'élection du conseil, soit au pouvoir du conseil de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société, qui ressort de l'un ou l'autre des documents suivants :
- i) des actes constitutifs de la société,
 - ii) d'une convention unanime des actionnaires;
- d) les documents autres que le registre des actionnaires, les actes constitutifs et les conventions unanimes des actionnaires ne doivent généralement pas être pris en considération à cette fin;
- e) lorsqu'il existe une restriction du genre visé à l'élément c) mentionné ci-dessus, l'actionnaire majoritaire peut tout de même exercer le contrôle *de jure*, à moins qu'il ne dispose d'aucun moyen d'exercer un « contrôle effectif » sur les affaires et les destinées de la société, d'une manière analogue ou équivalente au critère de l'affaire *Buckerfield's*⁵⁹.

La Cour suprême du Canada confirma toutefois que les actes de fiducie, bien que ces documents constituent des conventions externes, doivent être pris en considération dans le cadre de la détermination du contrôle d'une société⁶⁰.

Les règles discutées sommairement ci-dessus s'appliqueront lorsqu'il y aura une « acquisition de contrôle » de la société. Il y a lieu de préciser qu'une transaction entraînant un changement de contrôle d'une société ou la perte du contrôle d'une société n'entraînera pas nécessairement une « acquisition de contrôle » de cette dernière. Notamment, la souscription à

⁵⁹ *Id.*, par. 85.

⁶⁰ Notamment la Cour suprême du Canada mentionna ce qui suit au paragraphe 49 de la décision *Duha Printers* en ce qui concerne la pertinence des actes de fiducie dans la détermination du contrôle de la société contrairement aux conventions externes :

« Une fiducie impose au fiduciaire l'obligation d'agir conformément aux dispositions de l'acte de fiducie et au profit du bénéficiaire. Autrement dit, le fiduciaire n'est pas libre d'agir autrement qu'en conformité avec l'acte de fiducie et, si cet acte de fiducie impose des restrictions à sa capacité d'exercer les droits de vote rattachés aux actions, alors il faut prendre ces restrictions en considération dans l'analyse du contrôle *de jure*. Par contre, toute restriction qui pourrait être imposée par un document externe est une restriction à laquelle les actionnaires ont consenti librement et n'est pas du tout incompatible avec leur pouvoir *de jure* de contrôler la société. »

des actions d'une société par des tiers entraînant une dilution importante de l'actionnariat ne constituera pas une acquisition de contrôle de la société même si l'actionnaire de contrôle cesse d'être dans une position de contrôle à la clôture de ce financement, dans la mesure où aucune autre personne ou groupe de personnes ne peut contrôler la société à la suite de cette émission d'actions.

Par ailleurs, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit certaines circonstances où une transaction entraînera ou non une acquisition de contrôle aux fins de certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, incluant les règles sur la déductibilité des pertes de l'article 111 L.I.R.⁶¹ Notamment, ces règles précisent qu'il n'y aura pas d'acquisition de contrôle de la société aux fins mentionnées dans le préambule du paragraphe 256(7) L.I.R. en raison de transfert d'actions entre personnes liées⁶², lors du transfert d'actions en faveur d'une succession au décès d'une personne⁶³, ou lors du transfert d'actions effectué en faveur d'une personne par la succession d'une autre personne dans la mesure où ces personnes étaient liées⁶⁴.

De même, le contrôle d'une société sera réputé ne pas avoir été acquis à l'occasion d'une opération de scission ou d'une transaction *spin-off* d'une société publique ou d'une société contrôlée par une société publique dans la mesure où le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'applique pas en raison de l'alinéa 55(3)b) L.I.R.⁶⁵

Des règles particulières s'appliquent aux opérations de rachat et d'annulation d'actions⁶⁶ ainsi qu'aux fusions⁶⁷. Dans ce dernier cas, la fusion pourrait entraîner une acquisition de contrôle réputée des sociétés qui fusionnent et des sociétés contrôlées par ces dernières dans les situations visées aux sous-alinéas 256(7)b)(ii) et 256(7)b)(iii) L.I.R. Il pourrait en être ainsi advenant le cas où une personne ou un groupe de personnes contrôle la

⁶¹ Par. 256(7) L.I.R.

⁶² Autrement qu'en raison d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. et à la division 256(7)a)(i)(A) L.I.R.

⁶³ Div. 256(7)a)(i)(C) L.I.R.

⁶⁴ Div. 256(7)a)(i)(D) L.I.R.

⁶⁵ Div. 256(7)a)(i)(E) L.I.R. [proposé]

⁶⁶ S.-al. 256(7)a)(ii) L.I.R.

⁶⁷ Al. 256(7)b) L.I.R.

société issue de la fusion alors que cette même personne ou ce même groupe ne contrôlait pas les sociétés fusionnantes⁶⁸. De même, une fusion pourra entraîner une acquisition de contrôle des sociétés fusionnantes, sauf dans la mesure où les sociétés qui fusionnent sont liées entre elles immédiatement avant la fusion, sans tenir compte de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.⁶⁹, ou lorsque les actionnaires d'une société fusionnante, et des sociétés que cette dernière contrôle, reçoivent des actions de la société issue de la fusion qui, si ces actions étaient détenues par une seule personne, serait contrôlée par cette personne⁷⁰.

Sans passer en revue toutes les règles qui réputent que certaines opérations entraînent ou non une acquisition de contrôle d'une société, il convient de s'attarder à l'alinéa 256(7)c) L.I.R., prévoyant que le contrôle d'une société qui acquiert les actions d'une autre société sera réputé avoir été acquis à l'occasion d'une transaction de prise de contrôle inversée ou *reverse takeover*. Particulièrement, l'alinéa 256(7)c) L.I.R. prévoit que le contrôle d'une société sera réputé avoir été acquis lorsqu'une société acquiert de deux personnes ou plus les actions d'une autre société en contrepartie d'actions de son capital-actions, sauf dans la mesure où la société qui acquiert les actions est liée à l'autre société avant l'échange⁷¹ ou dans la mesure où les actions émises à l'occasion de l'échange n'entraîneraient pas une acquisition de contrôle de la société dans l'hypothèse où les actions émises par la société à cette même occasion auraient été émises en faveur d'une seule personne⁷². Il convient de souligner ici deux éléments qui sont pertinents quant à cette règle. D'une part, l'alinéa 256(7)c) L.I.R. entraînera une acquisition de contrôle réputée à moins que l'on ne puisse établir que les conditions décrites aux sous-alinéas 256(7)c)(i) et 256(7)c)(ii) L.I.R. sont remplies. D'autre part, les règles sur les prises de contrôle inversées ne sont applicables qu'à l'égard de transferts d'actions d'une société. Or, bien que les sociétés constituent le véhicule traditionnel par lequel une entreprise est exploitée, la règle qui répute une acquisition de contrôle de la société ayant fait l'objet d'une prise de contrôle inversée ne semble pas applicable lorsque

⁶⁸ S.-al. 256(7)b)(ii) L.I.R., dans la mesure toutefois où l'acquisition des actions des sociétés fusionnantes par la personne ou le groupe de personnes qui contrôle la société issue de la fusion aurait entraîné une acquisition de contrôle.

⁶⁹ Div. 256(7)b)(iii)(A) L.I.R.

⁷⁰ Div. 256(7)b)(iii)(B) L.I.R. La division 256(7)b)(iii)(C) L.I.R. prévoit également d'autres exceptions à la règle d'acquisition de contrôle réputée en cas de fusion.

⁷¹ S.-al. 256(7)c)(i) L.I.R.

⁷² S.-al. 256(7)c)(ii) L.I.R.

la prise de contrôle inverse est effectuée par l'entremise d'une autre institution juridique, telle une fiducie ou une société de personnes.

2.2. UTILISATION DE PERTES APRÈS UNE ACQUISITION DE CONTRÔLE

Une acquisition de contrôle d'une société entraîne des limitations importantes quant à l'utilisation par la société de ses pertes réalisées au cours de ses années d'imposition se terminant avant l'acquisition de contrôle, ainsi que de ses dépenses accumulées et non déduites et des CII se rapportant à de telles périodes.

D'entrée de jeu, il convient de préciser que le paragraphe 249(4) L.I.R. entraîne une fin d'année réputée pour la société dont le contrôle a été acquis. Ainsi, les pertes de la société pour l'exercice au cours duquel l'acquisition de contrôle survient seront assujetties aux mêmes limitations que celles qui se rapportent à ses exercices antérieurs.

De façon générale, la société dont le contrôle a été acquis ne pourra utiliser ses pertes autres qu'en capital accumulées au cours des exercices qui se terminent après l'acquisition de contrôle de la société que dans la mesure où la société a exploité l'entreprise ayant généré les pertes tout au long de l'exercice et que cette même entreprise a été exploitée avec une expectative raisonnable de profits⁷³. De plus, la société ne pourra utiliser ces pertes qu'à l'encontre des profits qu'elle a tirés de cette entreprise ou à l'encontre des revenus tirés d'une autre entreprise qui tire ses revenus de la vente, location ou de la fourniture de services semblables⁷⁴.

En ce qui concerne les pertes en capital de la société qui se rapportent à ses exercices terminés avant l'acquisition de contrôle, elles ne pourront être utilisées au cours des années d'imposition de la société qui se terminent après l'acquisition de contrôle⁷⁵. Ainsi, les pertes en capital ne survivent pas à une acquisition de contrôle et elles ne pourront être utilisées après ce moment.

Ces règles semblent proscrire les transactions par le biais desquelles une société serait cédée uniquement en raison de ses attributs fiscaux accumulés.

⁷³ S.-al. 111(5)a)(i) L.I.R.

⁷⁴ S.-al. 111(4)a)(ii) L.I.R.

⁷⁵ S.-al. 111(4)a)(i) L.I.R.

En limitant l'utilisation des pertes accumulées par la société après une acquisition de contrôle, cet objectif pourra être réalisé.

De même, afin de limiter les possibilités de transférer des pertes entre personnes non liées, il était impératif de prévoir une règle qui limitera les transferts de pertes non réalisées ou latentes.

À cet égard, la société dont le contrôle a été acquis devra reconnaître ses pertes latentes se rapportant à ses immobilisations et ses immobilisations admissibles pour son année d'imposition qui se termine immédiatement avant son acquisition de contrôle. Plus particulièrement, la société devra réduire le PBR de ses immobilisations, autres que ses biens amortissables, d'un montant qui représente la différence entre le PBR de ces biens et la JVM, s'il en est⁷⁶.

Le montant de la perte se rapportant à ces biens sera réputé être une perte en capital de la société pour son année d'imposition qui se termine avec l'acquisition de contrôle⁷⁷.

Il en sera généralement de même à l'égard des biens amortissables de la société. Dans ce cas toutefois, le test s'appliquera en vertu de la catégorie de biens amortissables plutôt qu'en fonction de chaque bien. Plus particulièrement, la société devra réduire la fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») d'une catégorie par la portion de la FNACC qui excède la JVM des biens inclus dans cette catégorie⁷⁸. Ce montant sera déduit du revenu de la société pour son année d'imposition qui se termine avec l'acquisition du contrôle de la société et réputé avoir été déduit conformément à l'alinéa 20(1)a) L.I.R. Le paragraphe 111(5.2) L.I.R. prévoit une règle similaire qui est applicable à l'égard des immobilisations admissibles de la société.

2.3. CRISTALLISATION DES PERTES

Tel qu'il a été mentionné précédemment, une acquisition de contrôle entraîne une fin d'année d'imposition réputée, la réalisation des pertes latentes de la société et limite, dans une certaine mesure, la possibilité pour

⁷⁶ Al. 111(4)c) L.I.R.

⁷⁷ Al. 111(4)d) L.I.R.

⁷⁸ Par. 111(5.1) L.I.R.

la société d'utiliser ses pertes au cours des années d'imposition qui se terminent après l'acquisition de contrôle.

Cependant, il sera possible pour la société de cristalliser certains gains à l'égard des biens qu'elle possède afin d'utiliser ses attributs fiscaux qui sont disponibles avant l'acquisition de contrôle. Notamment, l'alinéa 111(4)e) L.I.R. prévoit qu'une société pourrait faire un choix afin d'être réputée avoir disposé d'une immobilisation qu'elle possède pour un produit de disposition déterminé par le contribuable. Le choix s'effectue dans la déclaration de revenus de la société pour l'année qui se termine en raison de l'acquisition de contrôle ou par le moyen d'un formulaire prescrit soumis dans les délais mentionnés à l'alinéa 111(4)e) L.I.R. Plus particulièrement, le montant déterminé par le contribuable aux fins de l'alinéa 111(4)e) L.I.R. ne pourra dans aucun cas excéder la JVM du bien au moment de l'acquisition de contrôle.

Logiquement, ce choix ne sera pas disponible à l'égard des immobilisations, autres que des biens amortissables, ayant une perte latente sous-jacente. De même, le choix de l'alinéa 111(4)e) L.I.R. ne sera pas disponible à l'égard des biens amortissables d'une catégorie à laquelle le paragraphe 111(5.1) L.I.R. s'applique.

Il convient également de souligner que le montant choisi aux fins de l'alinéa 111(4)e) L.I.R. à l'égard des biens amortissables ne peut généralement pas être inférieur à leur PBR. Ainsi, le choix de l'alinéa 111(4)e) L.I.R. pourra entraîner une récupération de l'amortissement réclamée par la société avant que la société ne réalise un gain en capital à l'égard de ces biens amortissables. La récupération d'amortissement pourrait être d'un montant important dans les circonstances et pourrait possiblement excéder les soldes des pertes et déductions reportées de la société⁷⁹. Par ailleurs, en raison de ce choix, la société sera réputée avoir acquis le bien pour coût en capital équivalant au montant choisi. Toutefois, lorsque le bien ainsi acquis est un bien amortissable dont le produit de disposition réputé est inférieur au coût en capital de ce bien, le coût en capital du bien demeurera le même et que l'excédent entre le coût en capital du bien et le montant désigné par le contribuable sera réputé avoir été réclamé par la société à titre

⁷⁹ Il pourrait par ailleurs être opportun de déterminer s'il est loisible à la société de procéder au transfert de certains des biens amortissables qu'elle détient en faveur d'une filiale en effectuant un choix selon l'article 85 L.I.R. afin de limiter la récupération d'amortissement réclamée à l'égard du bien et des biens de la catégorie tout en majorant la base fiscale du bien pour la filiale.

de déduction pour amortissement pour l'année se terminant en raison de l'acquisition de contrôle, entraînant une perte additionnelle.

2.3.1. Pertes et gains sur change

Les règles sur la réalisation des pertes latentes discutées préalablement s'appliquent à l'égard des biens qui sont des immobilisations, des biens amortissables et des immobilisations admissibles par le truchement de différentes règles. Toutefois, ces règles n'étaient pas applicables à l'égard des pertes sur change se rapportant à des emprunts contractés dans une devise étrangère par la société, et ce, malgré le fait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* accorde généralement aux gains et pertes réalisés en raison de la fluctuation des devises le même traitement qu'un gain ou une perte en capital. De même, la société ne pouvait pas cristalliser un gain sur change à l'égard de ses dettes libellées dans une devise étrangère en effectuant un choix conformément à l'alinéa 111(5)e) L.I.R. Afin de cristalliser un tel gain, la société devait procéder à une réorganisation.

Le ministre des Finances a annoncé le 7 mars 2008⁸⁰ l'introduction de mesures qui feront en sorte que les règles sur la cristallisation des pertes et de gains en capital s'appliqueront également à l'égard des gains et des pertes sur change se rapportant à un emprunt contracté dans une devise étrangère.

Le nouveau paragraphe 111(12) L.I.R. prévoit que la société qui est débitrice d'une dette libellée dans une devise étrangère au moment de l'acquisition de contrôle sera réputée aux fins du paragraphe 111(4) L.I.R. être propriétaire d'un bien dont le PBR et la JVM sont déterminés en fonction de règles spécifiques.

De façon générale, le PBR de la dette sera réputé correspondre au principal du prêt contracté dans une devise étrangère en utilisant le taux de conversion applicable au moment de l'acquisition de contrôle, soumis à des rajustements à l'égard de pertes ou de gains qui ont été cristallisés à l'égard de la dette à l'occasion d'une acquisition de contrôle antérieure. Par ailleurs, la JVM de la dette, quant à elle, est réputée correspondre au principal de la dette au moment de l'acquisition de contrôle en utilisant le taux de change applicable au moment de l'emprunt.

⁸⁰ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2008-026, « Le gouvernement du Canada annonce des modifications techniques au traitement fiscal des gains et des pertes liés aux dettes libellées en devises », 7 mars 2008.

3. MONÉTISATION DE PERTES ACCUMULÉES OU UTILISATION DE PERTES À L'EXTÉRIEUR DU GROUPE DE SOCIÉTÉS

Nous avons discuté préalablement de l'utilisation des pertes à l'intérieur d'un groupe de sociétés. Cela sous-tend que certaines entités du groupe de sociétés sont en mesure de bénéficier des attributs fiscaux des autres membres du groupe. Toutefois, il n'en sera pas toujours ainsi. Par conséquent, quoiqu'un groupe de sociétés possède des attributs fiscaux lui permettant de réduire son impôt payable, ces attributs peuvent être de peu de valeur pour le groupe s'il ne peut utiliser ces attributs au cours de ses prochaines années d'imposition.

Dans ces situations, il convient de glisser un mot sur l'opportunité de monétiser certains attributs fiscaux en faveur de tierces parties. Les pertes à cet égard pourront constituer une source de financement autonome pour les activités de l'entreprise du groupe de sociétés.

Tel qu'il a été discuté préalablement dans ce texte, nous avons été en mesure de constater que l'utilisation de pertes d'une société est généralement considérée comme acceptable lorsque les pertes sont utilisées entre membres d'un groupe formé de sociétés affiliées. En ce qui concerne les sociétés non affiliées entre elles, il convient de rappeler que le paragraphe 69(11) L.I.R. pourrait limiter la possibilité pour un contribuable de bénéficier indirectement des attributs fiscaux d'un autre contribuable. Également, les règles prévues aux paragraphes 111(4) et suivants L.I.R. limitent, quant à elles, les possibilités de transfert de pertes et l'utilisation de ces dernières à la suite d'une acquisition de contrôle.

Par ailleurs, il fut notamment décidé dans les affaires *OSFC Holdings* et *Mathews c. La Reine*⁸¹ que le transfert de pertes en faveur de personnes non liées ou affiliées, selon le test applicable, pouvait entraîner l'application de la DGAÉ. Dans ces décisions, la planification était basée sur une règle de minimisation de pertes qui permettait indirectement de transférer des biens et la perte latente s'y rapportant en faveur d'un autre contribuable non affilié. De plus, dans le cadre du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, l'ARC mentionna ce qui suit :

« Nous sommes d'avis que les opérations qui visent à permettre à une personne d'acquérir un intérêt financier très important dans une société (p. ex., peut-être en ayant à la fois le contrôle de fait et un intérêt financier important dans

⁸¹ 2005 D.T.C. 5538 (C.S.C.).

celle-ci) et à profiter des pertes fiscales de la société, sans être assujettie aux “mêmes” restrictions ou à des restrictions “semblables” à celles prévues au paragraphe 111(5), pourraient raisonnablement être considérées comme entraînant un abus relativement à la politique générale de la *Loi* qui interdit le transfert de pertes autres que des pertes en capital entre sociétés non liées⁸². »

Toutefois, des transactions commerciales dont l’un des objets est le transfert de pertes en faveur de personnes non liées et non affiliées sont finalisées bien qu’elles semblent contraires à la politique qui sous-tend la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou du moins contraire à la conception qu’a l’ARC de la politique qui sous-tend la *Loi de l’impôt sur le revenu*, notamment lorsque les entreprises de l’acquéreur et de la société ayant généré les pertes ne sont pas similaires.

Ces transactions sont généralement structurées de façon à éviter une acquisition de contrôle de la société ayant accumulé des pertes. Sans entrer dans les détails, il semble y avoir quelques tendances communes à ces transactions qui sont complexes. Dans certains cas, la transaction est structurée sur le plan commercial comme une prise de contrôle inverse, c’est-à-dire que les contribuables ayant une participation dans l’entité acquise par la société ayant accumulé les pertes détiennent ensemble plus de 50 % des actions émises et en circulation de la société à la fin de la série de transactions. Dans ces cas, il semble qu’il n’y aurait pas d’acquisition de contrôle sur la base, qu’aucune personne ne contrôle la société au terme de la série de transactions. Il en sera notamment ainsi étant donné que l’actionnariat de la société sera largement réparti entre ses actionnaires. D’autre part, il sera déterminé que la transaction n’entraîne pas une acquisition de contrôle de la société puisque les règles qui réputent que le contrôle de la société a été acquis à l’occasion d’une prise de contrôle inverse ne sont qu’applicables qu’à l’égard de transactions effectuées par une autre société par actions. Compte tenu du fait que ces prises de contrôle inverse font intervenir des entités autres que des sociétés, il semble que l’alinéa 256(7)c) L.I.R. ne soit pas applicable.

Dans d’autres situations, la transaction est structurée de façon que l’acquéreur ne se retrouve pas dans une position où il contrôle la société en raison des droits et obligations qui se rattachent à ses actions par rapport aux droits et privilèges des actions détenues par les actionnaires initiaux de la société. Dans ces cas, l’acquéreur acquiert notamment une participation qui ne lui confère pas le contrôle de la société en raison du nombre d’actions avec droit de vote qui sont détenues directement ou indirectement par les

⁸² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 51, p. 8.

actionnaires initiaux de la société et aucun droit n'est conféré à l'acquéreur entraînant l'application du paragraphe 256(8) L.I.R.

CONCLUSION

Nos lois fiscales ne comprennent aucune disposition permettant de consolider les résultats des sociétés faisant partie d'un groupe de sociétés. Pour cette raison, chacune des sociétés comprises dans un groupe de sociétés doit produire sa propre déclaration fiscale annuelle et a ses propres attributs fiscaux. Il n'est pas possible pour les sociétés de ce groupe de partager ces attributs avec les autres sociétés du groupe sans procéder à une restructuration qui peut s'avérer complexe et inefficace sur le plan commercial.

Ainsi, avant que ne soit introduit un véritable système de transfert de pertes au Canada, les contribuables devront continuer à redoubler d'ardeur et d'ingéniosité afin de valoriser leurs attributs fiscaux.

GAIN SUR RÈGLEMENT DE DETTE

Christian Desjardins
M. Fisc., M. Sc. Adm.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	6:3
1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.....	6:3
1.1. DETTE COMMERCIALE	6:4
1.2. DETTE COMMERCIALE « ÉMISE »	6:4
1.3. DETTE COMMERCIALE « RÉGLÉE » OU « ÉTEINTE »	6:5
2. RÈGLES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 80 L.I.R.....	6:6
2.1. ÉTABLISSEMENT DU « MONTANT REMIS ».....	6:7
2.2. ORDRE D'APPLICATION DU « MONTANT REMIS »	6:8
2.2.1. Réduction des PAQC.....	6:9
2.2.2. Réduction des pertes en capital	6:9
2.2.3. Réduction relative aux biens amortissables.....	6:10
2.2.4. Réduction du montant cumulatif des immobilisations admissibles.....	6:11

2.2.5.	Réduction des dépenses relatives à des ressources.....	6:11
2.2.6.	Réduction du prix de base rajusté d'immobilisations.....	6:12
2.2.7.	Réduction du PBR d'actions ou de dettes de sociétés dont le débiteur est un actionnaire déterminé.....	6:13
2.2.8.	Réduction du PBR d'actions ou de dettes de sociétés liées au débiteur.....	6:13
2.2.9.	Réduction de pertes en capital de l'année courante.....	6:13
2.3.	CALCUL DU MONTANT À INCLURE DANS LE CALCUL DU REVENU SELON LE PARAGRAPHE 80(13) L.I.R.	6:14
3.	RÈGLES DE REMISAGE DE DETTE.....	6:16
4.	SÉRIE D'EXEMPLES PRATIQUES	6:18
4.1.	EXEMPLE PRATIQUE 1	6:18
4.2.	EXEMPLE PRATIQUE 2.....	6:20
4.3.	EXEMPLE PRATIQUE 3.....	6:22
4.4.	EXEMPLE PRATIQUE 4.....	6:24
4.5.	EXEMPLE PRATIQUE 5.....	6:26
4.6.	EXEMPLE PRATIQUE 6.....	6:27
4.7.	EXEMPLE PRATIQUE 7.....	6:30

INTRODUCTION

Le Canada vient tout juste de sortir de la pire récession depuis les années 1930, et beaucoup de sociétés sont actuellement aux prises avec des difficultés financières. Ainsi, nombreuses d'entre elles font face à des problèmes de liquidité, alors que leur accès au crédit demeure toujours un défi. De fait, plusieurs sociétés ne sont plus en mesure d'honorer leurs engagements résultant d'un titre de créance. Dans ce contexte, le nombre de sociétés ayant demandé la protection de la cour à l'égard de leurs créanciers en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹ ou ayant demandé la protection à l'égard de la faillite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*² a augmenté durant la dernière année. Le présent texte a pour objectif de revoir les principales règles relatives à l'application de l'article 80 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ et de passer en revue une série d'exemples pratiques illustrant la complexité de ces règles et les façons d'en restreindre les incidences fiscales défavorables.

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX

L'article 80 L.I.R. édicte les règles applicables lorsqu'il y a règlement d'une dette commerciale émise par un débiteur⁴ pour un montant inférieur au moins élevé du montant pour lequel la dette commerciale a été émise ou du principal de cette dette. De façon générale, les règles décrites à l'article 80 L.I.R. prévoient que le gain économique résultant du règlement de la dette commerciale sera porté en réduction, dans l'ordre, du montant des pertes déductibles du débiteur reportées des années d'imposition précédentes et de certains autres éléments fiscaux, et que 50 %⁵ du solde résiduel du gain économique sera inclus dans le calcul du revenu du débiteur pour l'année d'imposition durant laquelle la dette commerciale a été réglée ou éteinte.

¹ L.R.C. (1985), c. C-36.

² L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁴ Selon le paragraphe 80(1) L.I.R., un « débiteur » comprend notamment les sociétés de personnes.

⁵ 100 % dans le cas d'une société de personnes.

1.1. DETTE COMMERCIALE

Selon le paragraphe 80(1) L.I.R., une « dette commerciale » est une « créance commerciale » ou une « action privilégiée de renflouement » émise par le débiteur. D'une part, le paragraphe 80(1) L.I.R. édicte qu'une « créance commerciale » est une créance émise par un débiteur et sur laquelle les intérêts payés ou payables par le débiteur en exécution d'une obligation légale de payer sont déductibles dans le calcul du revenu, du revenu imposable ou du revenu imposable gagné au Canada du débiteur ou le seraient si des intérêts avaient été payés ou étaient payables par le débiteur en exécution d'une obligation légale. Notons cependant que les règles prévues à l'article 80 L.I.R. ne trouveront pas application si la dette est une « dette exclue » selon le sens accordé au paragraphe 80(1) L.I.R. Essentiellement, une « dette exclue » est une dette émise par un débiteur pour laquelle le produit de l'émission i) a été inclus dans le calcul du revenu du débiteur, ii) a été déduit dans le calcul d'un solde de dépenses ou autres montants non déduits du débiteur, iii) a été déduit dans le calcul du coût en capital ou du coût indiqué d'un bien du débiteur, ou iv) est visé par l'article 78 L.I.R.

D'autre part, une « action privilégiée de renflouement » représente essentiellement une action émise⁶ par une société qui est visée à l'alinéa e) de la définition du terme « action privilégiée à terme » au paragraphe 248(1) L.I.R. si une telle action se qualifiait comme telle, n'eût été les alinéas e) et f) de ladite définition. Ce type d'instrument financier permet généralement au débiteur de réduire ses frais de financement, tandis que le créancier conserve à tout le moins le même taux de rendement après impôts. Bien qu'une action privilégiée de renflouement représente une « dette commerciale », une telle action ne constitue pas une « créance commerciale ».

1.2. DETTE COMMERCIALE « ÉMISE »

Les règles édictées à l'article 80 L.I.R. trouveront normalement application lors du règlement d'une dette commerciale « émise » par un débiteur. À cet égard, il y a lieu de noter que le paragraphe 248(26) L.I.R. a été introduit notamment pour faciliter l'application de certaines modifications apportées à l'article 80 L.I.R. Le paragraphe 248(26) L.I.R. prévoit qu'un montant payable (sauf des intérêts) est considéré comme une « dette émise » par le débiteur dont le principal est égal au montant alors à

⁶ Après le 21 février 1994.

rembourser ou à payer. Les intérêts sont expressément exclus au paragraphe 248(26) L.I.R. étant donné que l'alinéa 80(2)b) L.I.R. édicte les règles applicables relativement aux intérêts payables par le débiteur d'une dette. Par conséquent, un compte créancier représentera aux termes du paragraphe 248(26) L.I.R. une dette émise pour un principal égal au montant payable.

1.3. DETTE COMMERCIALE « RÉGLÉE » OU « ÉTEINTE »

Selon l'alinéa 80(2)a) L.I.R., il y a règlement d'une dette émise par un débiteur au moment où celle-ci est réglée ou éteinte. À cet effet, le juge Bowman a conclu dans la cause *Carma Developers Ltd. c. La Reine*⁷ qu'aux fins de l'article 80 L.I.R., « l'expression "régler" désigne le règlement définitif et légal de l'obligation d'un contribuable en vertu duquel on réduit cette obligation ou l'on y met fin ». Pour que la dette soit considérée comme réglée, « il doit s'agir d'une réduction ou d'une cessation définitive et exécutoire des obligations du débiteur »⁸. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») semble partager la même interprétation de l'expression « régler » à la lecture du paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation IT-341R4* :

« 5. [...] Pour qu'une créance soit "régulée ou éteinte", toute responsabilité pour son paiement doit avoir pris fin. Le paiement, l'annulation, la compensation, le remplacement d'un débiteur par un autre et la remise de dette sont des manières de régler une créance. Une créance n'est pas réglée lorsque le créancier renonce à faire valoir son droit au paiement ou qu'une disposition de prescription l'empêche de faire valoir ce droit [...] »⁹.

Une dette commerciale émise par un débiteur sera considérée comme réglée lorsque, par exemple, elle est remplacée par une nouvelle ou lorsqu'elle est prise en charge par une autre personne et que le débiteur est déchargé de ses obligations par le créancier. La novation peut s'opérer dans chacune de ces deux situations¹⁰. Notons cependant que l'alinéa 80(2)a) L.I.R. exclut expressément de l'application des règles édictées à l'article 80

⁷ 96 D.T.C. 1798 (C.C.I.); confirmé par la Cour d'appel fédérale dans un jugement prononcé à l'audience, 96 D.T.C. 6569 (C.A.F.).

⁸ *Id.*

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-341R4*, « Frais d'émission ou de vente d'actions, d'unités dans une fiducie, de participations dans une société de personnes ou dans un syndicat et frais d'emprunt », 26 février 2007, par. 5.

¹⁰ Voir *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1660.

L.I.R. le règlement d'une dette (lorsque celle-ci prend la forme d'une obligation ou d'un billet inscrit à la cote d'une Bourse de valeurs désignée située au Canada¹¹) en échange d'une action lorsque cette action est émise en exécution des conditions de la dette.

2. RÈGLES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 80 L.I.R.

Le paragraphe 80(2) L.I.R. prévoit certaines règles particulières aux fins de l'article 80 L.I.R. Plus particulièrement, les intérêts payables par un débiteur relativement à une dette émise par ce dernier sont réputés constituer une dette distincte. Selon l'alinéa 80(2)b) L.I.R., le principal de cette dette est réputé correspondre à la partie de ces intérêts payables qui étaient déductibles dans le calcul du revenu du débiteur ou qui auraient été déductibles s'ils n'avaient pas été capitalisés aux termes des paragraphes 18(2) ou 18(3.1) L.I.R. ou de l'article 21 L.I.R.¹²

Selon l'alinéa 80(2)g) L.I.R., lorsqu'une société émet une action à une personne en contrepartie du règlement d'une dette commerciale émise par la société, le montant payé en règlement de la dette commerciale est réputé égal à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions émises. De plus, si aucune action n'est émise par la société en contrepartie du règlement d'une dette commerciale émise en faveur d'un actionnaire de la société (ou si la JVM des actions émises est inférieure au principal de la dette commerciale), le montant qu'il est raisonnable de considérer comme représentant l'augmentation, attribuable au règlement de la dette, de la JVM des actions de la société qui appartiennent déjà à l'actionnaire est réputé être le montant payé par la société en règlement de la dette commerciale¹³.

Aux termes de l'alinéa 80(2)h) L.I.R., lorsqu'une partie de la contrepartie versée par un débiteur à une autre personne en règlement d'une créance commerciale émise par le débiteur comprend une nouvelle créance commerciale émise par ce dernier, un montant égal au principal de la nouvelle créance est réputé avoir été payé par le débiteur en règlement du principal de la créance donnée. Il est à noter que lorsqu'un montant est payé en règlement du principal d'une dette commerciale et que, par suite du paiement, le débiteur a l'obligation légale de payer ce montant à une autre personne (par exemple, lorsqu'un garant doit honorer une créance en vertu

¹¹ Voir le paragraphe 80(1) L.I.R. « valeur mobilière exclue », al. b).

¹² Al. 80(2)b) L.I.R.

¹³ Al. 80(2)g.1) L.I.R.

d'une garantie), l'obligation du débiteur envers cette personne est réputée représenter une dette commerciale émise par le débiteur au même moment et dans les mêmes circonstances que la dette commerciale initiale¹⁴.

Finalement, aux fins de l'application de l'article 80 L.I.R., l'alinéa 80(2)j) L.I.R. édicte que chaque société de personnes et fiduciaire est réputée être une société dont le capital-actions est composé de 100 actions avec droit de vote. Par exemple, les associés d'une société de personnes sont réputés détenir une portion des 100 actions, établie en fonction de la JVM de leur participation respective dans la société de personnes.

2.1. ÉTABLISSEMENT DU « MONTANT REMIS »

En vertu du paragraphe 80(1) L.I.R., le « montant remis » à un moment donné relativement à une dette commerciale émise par un débiteur correspond à l'écart entre le moins élevé i) du montant pour lequel la dette commerciale a été émise et ii) de son principal, sur le total des montants suivants :

- tout montant payé à ce moment au titre du principal de la dette;
- tout montant inclus relativement à la dette d'un employé ou d'un actionnaire dans le calcul du revenu d'une personne en raison du règlement de la dette à ce moment;
- tout montant déduit à ce moment en vertu de l'alinéa 18(9.3)f) L.I.R.;
- tout gain en capital du débiteur réalisé conformément au paragraphe 39(3) L.I.R. en raison de l'achat de la dette par ce dernier sur le marché libre;
- la partie du principal de la dette qui se rapporte à un montant auquel le débiteur a renoncé conformément aux paragraphes 66(1), 66(10.1), 66(10.2) ou 66(10.3) L.I.R.;
- la partie du principal de la dette qui est incluse, en vertu du paragraphe 79(3) L.I.R., dans le calcul du produit de disposition d'un bien donné du débiteur qu'il a délaissé en faveur du créancier de la dette;

¹⁴ Al. 80(2)l) L.I.R.

- le total des montants qui constitue un montant remis à un moment antérieur en raison de l'application des règles de remisage de dettes;
- la partie du principal de la dette dû par un employé ou un actionnaire qu'il est raisonnable de considérer comme incluse en vertu de l'article 80.4 L.I.R. dans le calcul du revenu du débiteur;
- le montant éventuel de la contrepartie octroyée par débiteur de la dette commerciale à une autre personne pour la prise en charge de la dette.

Notons cependant que lorsqu'un débiteur est un failli ou que la dette commerciale se qualifie au titre de « dette exclue » selon le paragraphe 80(1) L.I.R., le montant remis est nul. Le montant remis est également nul lorsque le débiteur de la dette commerciale est une société de personnes et que le principal de la dette est dû à un associé qui prend une part active, de façon régulière, continue et importante aux activités de ladite société de personnes. Finalement, notons qu'aux termes de l'alinéa 80(2)k) L.I.R., lorsqu'une dette est libellée en monnaie étrangère, le montant remis sur la dette est déterminé en fonction de la valeur de cette monnaie par rapport à la valeur du dollar canadien au moment de l'émission de la dette. En d'autres mots, aucun effet de change ne sera pris en compte dans le cadre du calcul du montant remis.

2.2. ORDRE D'APPLICATION DU « MONTANT REMIS »

L'alinéa 80(2)c) L.I.R. édicte l'ordre d'application du « montant remis ». En fait, les paragraphes 80(3) à 80(13) L.I.R. s'appliquent dans l'ordre numérique au « montant remis ». D'une part, les paragraphes 80(3) à 80(12) L.I.R. prévoient que le montant remis est porté en réduction de certains éléments fiscaux du débiteur ayant émis la dette commerciale. D'autre part, toute fraction du montant remis non appliquée à l'encontre des éléments fiscaux du débiteur sera incluse dans le calcul du revenu du débiteur, et ce, conformément au calcul édicté au paragraphe 80(13) L.I.R. Notons cependant que le montant remis doit obligatoirement être porté en réduction des pertes autres qu'en capital (ci-après « PAQC ») et des pertes en capital d'années antérieures aux termes des paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R. Toute partie non appliquée restante du montant remis peut être incluse dans le calcul du revenu conformément au paragraphe 80(13) L.I.R., et ce, sans être portée en réduction d'autres éléments fiscaux du débiteur en vertu des paragraphes 80(5) à 80(11) L.I.R.¹⁵ En fait, toute réduction prévue aux

¹⁵ Voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9804685, « Debt Forgiveness – Optional Reduction of Tax Attributes », 12 mars 1998.

paragraphe 80(5) à 80(11) L.I.R. est optionnelle et fait l'objet d'une désignation par le débiteur.

2.2.1. Réduction des PAQC

En premier lieu, le montant remis sur la dette au moment du règlement doit être porté en réduction, à ce moment, des PAQC d'années antérieures du débiteur¹⁶. Toutefois, la fraction du montant remis appliquée conformément au paragraphe 80(3) L.I.R. ne peut excéder le « solde de pertes applicable »¹⁷ quant à la dette commerciale. Essentiellement, le solde de pertes applicable à l'égard d'une dette commerciale et relativement à une PAQC ou à une perte en capital nette (ci-après « PCN ») pour une année d'imposition donnée correspond au montant de cette perte qui serait déductible dans le calcul du revenu imposable du débiteur (ou de son revenu imposable gagné au Canada) pour l'année d'imposition qui comprend le moment auquel la dette commerciale est réglée, et ce, si les revenus de toutes sources et les gains en capital du débiteur étaient suffisants et que l'alinéa 111(4)a) et le paragraphe 111(5) L.I.R. ne s'appliquaient pas au débiteur.

Notons que lorsque le contrôle d'une société débitrice d'une dette commerciale est acquis, son solde de pertes applicable relativement à la dette pour un moment postérieur à l'acquisition de contrôle est réputé nul sauf si la dette a été émise par le débiteur avant l'acquisition de contrôle (et non en prévision de celle-ci) ou si la totalité ou presque du produit d'émission de la dette a été utilisé pour régler le principal d'une dette émise par le débiteur avant l'acquisition de contrôle. Cependant, si une société dont le contrôle a été acquis émet une dette après ce moment, les PAQC réalisées avant l'acquisition de contrôle pourront possiblement être appliquées à l'encontre d'un montant inclus, en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R., dans le calcul du revenu du débiteur provenant de la source relativement à laquelle la dette a été émise, le tout sous réserve des règles édictées au paragraphe 111(5) L.I.R.

2.2.2. Réduction des pertes en capital

En deuxième lieu, la fraction applicable de la partie non appliquée restante du montant remis doit être portée en réduction, dans l'ordre, des pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise et des PCN d'années

¹⁶ Par. 80(3) L.I.R.

¹⁷ À l'exclusion des pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise.

antérieures, le tout sans excéder le solde de pertes applicable à ce moment quant à la dette et aux pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise et des PCN du débiteur. En vertu de l'alinéa 80(2)d) L.I.R., la fraction applicable de la partie non appliquée restante du montant remis correspond à la fraction édictée à l'article 38 L.I.R. Cependant, selon l'alinéa 80(2)e) L.I.R., la partie du montant remis qui est appliquée conformément au paragraphe 80(4) L.I.R. est réputée correspondre au quotient de la division du montant de la réduction de la perte déductible au titre d'un placement d'entreprise ou de la PCN sur la fraction applicable. Par exemple, si le solde inutilisé du montant remis après l'application du paragraphe 80(3) L.I.R. est de 1 000 \$ et que la société débitrice a une PCN de 300 \$ relativement à la disposition d'un bien en 2007 (c'est-à-dire une perte en capital de 600 \$), la partie non appliquée restante à la suite de l'application du paragraphe 80(4) L.I.R. totalisera 400 \$ (1 000 \$ - (300 \$/50 %)).

2.2.3. Réduction relative aux biens amortissables

À la suite de l'application des paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R., la partie non appliquée restante du montant remis peut, si le débiteur fait la désignation prévue sur le formulaire prescrit dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition qui comprend le moment auquel la dette a été réglée, être portée conformément au paragraphe 80(5) L.I.R. en réduction, immédiatement après le moment du règlement, du coût en capital pour le débiteur d'un bien amortissable qui est détenu par ce dernier immédiatement après ce moment ou de la fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») pour le débiteur d'un bien amortissable d'une catégorie prescrite immédiatement après ce moment. Notons que le solde inutilisé du montant remis peut être porté en réduction de la FNACC à l'égard d'un bien amortissable d'une catégorie prescrite, ladite FNACC étant établie immédiatement après le moment du règlement de la dette commerciale¹⁸. Par conséquent, si un bien amortissable d'une catégorie prescrite est acheté après le moment du règlement de la dette commerciale, le solde inutilisé du montant remis ne pourra pas être porté en réduction de la FNACC de ce nouveau bien amortissable.

En vertu du paragraphe 80(6) L.I.R., la réduction du coût en capital pour le débiteur d'un bien amortissable d'une catégorie prescrite ne peut excéder la FNACC du bien amortissable au moment du règlement de la dette. Par exemple, une société débitrice détient un bien amortissable de la catégorie 1

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9809365, « Remise de dette – Attributs fiscaux », 26 juin 1998.

ayant un coût en capital de 1 M\$ et une FNACC de 400 000 \$. À la suite du règlement d'une créance commerciale et de l'application des paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R., la partie non appliquée restante du montant remis est de 4 M\$. La société débitrice prévoit revendre le bien amortissable de la catégorie 1 pour 2 M\$. En raison de l'application du paragraphe 80(6) L.I.R., la fraction du solde inutilisée du montant remis qui peut être appliquée conformément au paragraphe 80(5) L.I.R. est limitée à 400 000 \$. Toutefois, il est préférable que la société débitrice réduise le coût en capital du bien amortissable de la catégorie 1 au lieu de réduire la FNACC attribuable à ce bien amortissable afin de réduire au minimum la récupération pour amortissement qui pourrait être réalisée lors de la vente dudit bien amortissable¹⁹.

2.2.4. Réduction du montant cumulatif des immobilisations admissibles

En vertu du paragraphe 80(7) L.I.R., les trois quarts de la partie non appliquée restante du montant remis peuvent, si le débiteur fait la désignation prévue sur le formulaire prescrit, être portés en réduction, immédiatement après ce moment, du montant cumulatif des immobilisations admissibles (ci-après « MCIA ») du débiteur relativement à chacune de ses entreprises. Par conséquent, si immédiatement avant le règlement d'une dette commerciale, le débiteur est devenu ou peut devenir en droit de recevoir un montant qui est visé à l'élément E de la définition de MCIA prévue au paragraphe 14(5) L.I.R., les trois quarts de ce montant devront réduire le MCIA du débiteur, et la fraction non appliquée restante du montant remis sur la créance sera portée en réduction de ce nouveau MCIA. Selon l'alinéa 80(2)f) L.I.R., la fraction du montant remis qui est appliquée conformément au paragraphe 80(7) L.I.R. est réputée être égale aux quatre tiers du montant de la réduction du MCIA désignée par le débiteur.

2.2.5. Réduction des dépenses relatives à des ressources

Selon le paragraphe 80(8) L.I.R., la partie non appliquée restante du montant remis peut être portée, dans la mesure indiquée par le débiteur, en réduction de certaines dépenses engagées relativement à des ressources.

¹⁹ Voir l'alinéa 13(7.1)g) L.I.R.

2.2.6. Réduction du prix de base rajusté d'immobilisations

Le paragraphe 80(9) L.I.R. prévoit que la partie non appliquée restante du montant remis peut, si le débiteur fait la désignation sur le formulaire prescrit, réduire le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») pour le débiteur de certaines immobilisations qui lui appartiennent immédiatement après le moment du règlement de la dette à l'exclusion des biens suivants :

- les biens amortissables (sauf dans la mesure prévue par l'alinéa 80(9)b) L.I.R.;
- les biens exclus²⁰;
- les biens à usage personnel;
- les actions du capital-actions d'une société dont le débiteur est un « actionnaire déterminé »;
- les dettes émises par une société dont le débiteur est un « actionnaire déterminé »;
- les participations dans une société de personnes liée au débiteur.

Selon le paragraphe 248(1) L.I.R., un « actionnaire déterminé » d'une société représente essentiellement une personne qui, directement ou indirectement, détient au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société ou de toute autre société qui est liée à celle-ci. De plus, aux termes de l'alinéa 248(1)a) L.I.R., le contribuable est réputé détenir toute action du capital-actions d'une société appartenant à une personne avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance.

Afin de porter tout ou une partie du solde non appliqué restant du montant remis en réduction du PBR pour le débiteur des biens décrits au paragraphe 80(9) L.I.R., le débiteur doit désigner le montant maximum permis selon les paragraphes 80(5), 80(7) et 80(8) L.I.R. relativement au règlement de la dette commerciale.

²⁰ Au sens du paragraphe 80(1) L.I.R.

2.2.7. Réduction du PBR d'actions ou de dettes de sociétés dont le débiteur est un actionnaire déterminé

Selon le paragraphe 80(10) L.I.R., la partie non appliquée restante du montant remis peut, si le débiteur fait la désignation sur le formulaire prescrit, être portée en réduction du PBR pour le débiteur d'une action du capital-actions d'une société dont le débiteur est un actionnaire déterminé ou d'une dette émise par une société dont le débiteur est un actionnaire déterminé à l'exclusion des biens suivants :

- une action du capital-actions d'une société liée au débiteur;
- une dette émise par une société liée au débiteur;
- un bien exclu.

Le paragraphe 80(10) L.I.R. ne trouvera application que si le débiteur a désigné le montant maximum permis selon les paragraphes 80(5), 80(7), 80(8) et 80(9) L.I.R. relativement au règlement de la dette commerciale.

2.2.8. Réduction du PBR d'actions ou de dettes de sociétés liées au débiteur

Le paragraphe 80(11) L.I.R. prévoit également que la partie non appliquée restante du montant remis peut, si le débiteur fait la désignation sur le formulaire prescrit, être portée en réduction du PBR pour le débiteur d'une action du capital-actions d'une société liée au débiteur, d'une dette émise par une société liée au débiteur ou des participations dans une société de personnes liée au débiteur (à l'exclusion d'un bien exclu). Cependant, afin de porter tout ou une partie du solde non appliqué restant du montant remis en réduction du PBR des biens décrits au paragraphe 80(9) L.I.R., le débiteur doit désigner le montant maximum permis selon les paragraphes 80(5), 80(7), 80(8), 80(9) et 80(10) L.I.R. relativement au règlement de la dette commerciale.

2.2.9. Réduction de pertes en capital de l'année courante

Finalement, le paragraphe 80(12) L.I.R. prévoit essentiellement que, dans la mesure où le débiteur (autre qu'une société de personnes) a désigné le montant maximum prévu aux paragraphes 80(5), 80(7), 80(8) et 80(9) L.I.R., la partie non appliquée restante du montant remis est considérée comme étant appliquée aux termes du paragraphe 80(12) L.I.R. jusqu'à

concurrence du montant qui est réputé par le même paragraphe être un gain en capital pour le débiteur. Selon l'alinéa 80(12)a) L.I.R., le débiteur est réputé avoir réalisé un gain en capital, pour l'année d'imposition qui comprend le moment auquel la dette a été réglée, d'un montant égal au moins élevé de la partie non appliquée restante du montant remis et de l'excédent des pertes en capital du débiteur pour l'année d'imposition qui comprend le moment du règlement de la dette résultant de la disposition de biens (à l'exclusion d'un bien personnel désigné et d'un bien exclu) sur les gains en capital relativement à la même année pour la disposition de tels biens. En d'autres mots, toute partie non appliquée restante du montant remis sera appliquée automatiquement à l'encontre des pertes en capital de l'année du débiteur qui comprend le moment auquel la dette a été réglée, déduction faite des gains en capital du débiteur pour l'année.

2.3. CALCUL DU MONTANT À INCLURE DANS LE CALCUL DU REVENU SELON LE PARAGRAPHE 80(13) L.I.R.

La partie non appliquée restante du montant remis à la suite de l'application des paragraphes 80(3) à 80(12) L.I.R. est ajoutée dans le calcul du revenu conformément aux règles édictées par le paragraphe 80(13) L.I.R. Le montant inclus en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. est établi selon la formule suivante :

$$A + B - C - D$$

L'élément A représente la partie non appliquée restante du montant remis sur la dette à ce moment, tandis que l'élément B constitue le moins élevé des montants suivants :

- a) le total des montants indiqués par le débiteur en vertu du paragraphe 80(11) L.I.R. relativement au règlement de la dette à ce moment;
- b) le solde résiduel, à ce moment, relativement au règlement de la dette.

Le terme « solde résiduel » est défini au paragraphe 80(14) L.I.R. et correspond essentiellement à l'excédent éventuel du montant représentant les « éléments fiscaux bruts » de personnes désignées quant à un débiteur sur la valeur de l'élément A de la formule figurant au paragraphe 80(13) L.I.R. relativement au règlement d'une dette donnée. Selon le paragraphe 80(14.1) L.I.R., le montant représentant les « éléments fiscaux bruts » de personnes désignées relativement à un débiteur correspond au total des montants qui pourraient être appliqués en vertu des paragraphes 80(3) à 80(10) L.I.R. et

du paragraphe 80(12) L.I.R. par certaines sociétés et sociétés de personnes liées au débiteur relativement au règlement d'une dette commerciale fictive.

En ce qui concerne l'élément C, il correspond au total des montants représentant chacun un montant indiqué dans une convention produite en vertu de l'article 80.04 L.I.R. relativement au règlement de la dette à ce moment. L'article 80.04 L.I.R. prévoit que le débiteur d'une dette commerciale et un cessionnaire admissible²¹ peuvent conclure une convention concernant le transfert d'une fraction ou de la totalité de la partie non appliquée restante du montant remis après que le débiteur a indiqué des montants selon les paragraphes 80(5) à 80(10) L.I.R. dans la mesure maximale permise relativement au règlement de la dette. Dans ce cas, le montant précisé dans la convention est réputé (sauf pour l'application du paragraphe 80(11) L.I.R.) être une créance commerciale émise par le cessionnaire qui a été réglée au moment auquel la dette commerciale du débiteur étant partie à la convention a été réglée. Le montant remis relatif à la créance commerciale qui est réputée avoir été émise par le cessionnaire admissible est égal au montant indiqué dans la convention. Le cessionnaire admissible doit donc appliquer le montant remis selon les règles édictées aux paragraphes 80(3) à 80(10) L.I.R. et au paragraphe 80(12) L.I.R. et inclure la partie non appliquée restante du montant remis dans le calcul de son revenu conformément au calcul prévu au paragraphe 80(13) L.I.R.

Finalement, l'élément D représente, dans le cas où le débiteur a indiqué des montants en vertu des paragraphes 80(5), 80(7), 80(8), 80(9) et 80(10) L.I.R. dans la mesure maximale permise relativement au règlement, l'excédent éventuel du total visé au sous-alinéa 40(2)g(i) sur le total visé au sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R. :

- i) le total des montants représentant chacun une perte non constatée à ce moment en raison de l'application du sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R. résultant de la disposition d'un bien;
- ii) le double du total des montants représentant chacun un montant porté en réduction, en raison d'un montant déterminé selon le présent alinéa, du

²¹ Selon le paragraphe 80.04(2) L.I.R., un « cessionnaire admissible » relativement à un débiteur à un moment donné est une « personne désignée » (comme ce terme est défini au paragraphe 80(1) L.I.R.) à ce moment quant au débiteur ou à une société canadienne imposable ou encore à une société de personnes canadienne admissible liée au débiteur à ce moment.

montant déterminé avant ce moment selon le présent paragraphe relativement au règlement d'une dette émise par le débiteur.

La moitié²² du montant établi conformément à la formule indiquée ci-dessus doit être incluse dans le calcul du revenu du débiteur pour l'année durant laquelle la dette commerciale est réglée. Le montant est inclus dans le calcul du revenu provenant de la source relativement à laquelle la dette a été émise.

Il est à noter que l'article 61.3 L.I.R. prévoit qu'une déduction peut être réclamée par une société insolvable relativement au montant inclus conformément au paragraphe 80(13) L.I.R., alors que le paragraphe 61.4 L.I.R. permet au débiteur d'étaler l'inclusion de ce montant sur une période de cinq ans si celui-ci est une société ou une fiducie résidant au Canada ou une personne non résidente qui exploite une entreprise par l'entremise d'un lieu fixe d'affaires au Canada. Toutefois, lorsqu'un débiteur et un cessionnaire admissible ont convenu une entente selon le paragraphe 80.04(4) L.I.R. afin de transférer la partie non appliquée restante d'un montant remis du débiteur, aucune déduction ne peut être réclamée en vertu des paragraphes 61.3 et 61.4 L.I.R. par le cessionnaire admissible relativement à la partie de ce montant remis qui est ajoutée au calcul de son revenu aux termes du paragraphe 80(13) L.I.R.

3. RÈGLES DE REMISAGE DE DETTE

Les règles édictées aux paragraphes 80.01(6) à 80.01(11) L.I.R. visent à empêcher le remisage de créances commerciales dans certaines situations. De façon générale, lorsqu'une créance commerciale émise par un débiteur devient une « dette remise » et que le coût déterminé²³ à un moment donné pour le détenteur de la dette est inférieur à 80 % de son principal, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la créance est réputée avoir été réglée à ce moment, et le montant remis est calculé comme si le débiteur avait payé un montant équivalant au coût déterminé de la créance en règlement du principal de la créance. Notons que les règles de remisage de dettes ne s'appliquent pas à l'égard d'une « action privilégiée de renflouement ».

²² La totalité du montant lorsque le débiteur est une société de personnes.

²³ Selon le paragraphe 80.01(1) L.I.R., le coût déterminé d'une dette pour une personne correspond à son PBR pour la personne à ce moment pourvu que celle-ci constitue une immobilisation pour la personne. Dans la négative, le coût déterminé d'une dette représente le coût indiqué de celle-ci pour la personne.

En vertu du paragraphe 80.01(7) L.I.R., une dette se qualifie au titre de « dette remise » à un moment donné lorsque que celle-ci est une « dette déterminée » du débiteur et que le détenteur de la dette soit a un lien de dépendance avec le débiteur, soit (si le débiteur est une société) possède une participation notable²⁴ dans la société débitrice. Pour sa part, le paragraphe 80.01(6) L.I.R. prévoit qu'une dette émise par un débiteur constitue à un moment donné une « dette déterminée » lorsque, avant le moment en question, i) une personne qui était propriétaire de la dette n'avait aucun lien de dépendance avec le débiteur et, lorsque le débiteur est une société, cette personne n'avait pas une participation notable dans le débiteur ou ii) le détenteur a acquis la dette d'une autre personne qui, au moment de l'acquisition, n'était pas liée au détenteur ou l'était uniquement par l'effet de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. Notons également que le paragraphe 80.01(6) L.I.R. édicte qu'une dette constitue une « dette déterminée » lorsqu'elle est réputée avoir été acquise de nouveau en vertu du paragraphe 50(1) L.I.R.

Par conséquent, une dette déterminée deviendra une dette remise seulement si à un moment donné le détenteur de la dette soit a un lien de dépendance avec le débiteur, soit possède une participation notable²⁵ dans la société débitrice. Toutefois, même si aux termes du paragraphe 80.01(7) L.I.R. la dette déterminée représente une dette remise, celle-ci ne sera réputée réglée selon le paragraphe 80.01(8) L.I.R. que si le coût déterminé à un moment donné pour le détenteur de la dette est inférieur à 80 % de son principal. De plus, lorsque, à un moment donné postérieur au 21 février 1994, une dette émise par un débiteur et payable à un créancier non lié devient non exécutoire devant un tribunal compétent en raison de l'expiration d'un délai de prescription prévue par une loi, cette dette est réputée, pour l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, avoir été réglée à ce moment. Il est à noter toutefois que le règlement réputé d'une dette aux termes des paragraphes 80.01(8) et 80.01(9) L.I.R. n'entraîne pas la constatation d'un gain ou d'une perte relatif aux monnaies étrangères. Tout effet de change sera reconnu conformément au paragraphe 39(2) L.I.R.

Finalement, aux termes du paragraphe 80.01(10) L.I.R., le débiteur peut réclamer en certaines circonstances une déduction lorsque, à la suite de

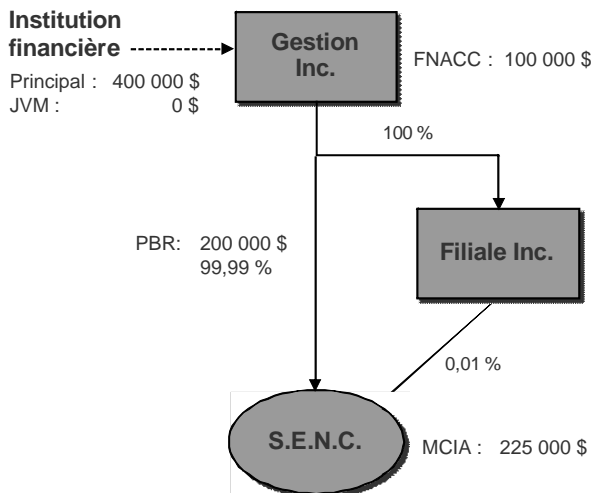
²⁴ En vertu du paragraphe 80(1) L.I.R., une personne détient une participation notable dans une société débitrice lorsque les actions détenues par celle-ci et par des personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance lui donnent droit à au moins 25 % des droits de vote ou de la JVM de l'ensemble des actions émises.

²⁵ *Id.*

l'application du paragraphe 80(8) ou 80(9) L.I.R. à l'égard d'une créance commerciale, un montant est payé par le débiteur à un moment ultérieur en règlement du principal de la créance commerciale. Essentiellement, le débiteur peut réclamer une déduction égale à 50 % de l'excédent éventuel du montant du paiement sur l'excédent éventuel du principal de la créance sur le total des montants représentant un montant remis avant le moment donné.

4. SÉRIE D'EXEMPLES PRATIQUES

4.1. EXEMPLE PRATIQUE 1



Gestion Inc. détient 99,99 % des unités de S.E.N.C., tandis que Filiale Inc., une filiale détenue en propriété exclusive par Gestion Inc., détient 0,01 % des unités de S.E.N.C. Gestion Inc. a émis une créance de 400 000 \$ en faveur d'une institution financière. Les actifs de Gestion Inc. se limitent à des biens amortissables dont la FNACC est de 100 000 \$, à des unités de S.E.N.C. dont le PBR pour Gestion Inc. est de 200 000 \$ et à des actions de Filiale Inc. dont le PBR pour Gestion Inc. est non significatif. Pour sa part, Filiale Inc. n'a aucun actif significatif. Finalement, le MCIA de S.E.N.C. est de 225 000 \$.

La créance émise par Gestion Inc. est réglée sans contrepartie, de sorte que le montant remis s'établit à 400 000 \$ aux termes du paragraphe 80(1) L.I.R. Afin de pouvoir réduire le PBR pour Gestion Inc. des unités de S.E.N.C., Gestion Inc. porte le montant remis en réduction de la FNACC de 100 000 \$ ($400\,000\ \$ - 100\,000\ \$ = 300\,000\ \$$) en vertu du paragraphe 80(5)

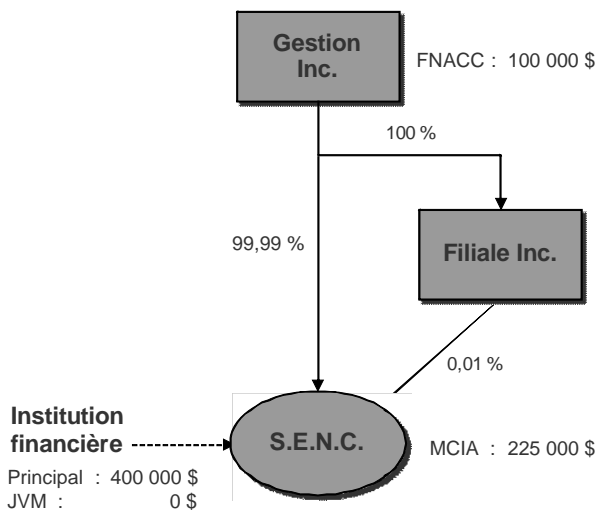
L.I.R. Aux termes du paragraphe 80(11) L.I.R., la partie non appliquée restante du montant remis (300 000 \$) est portée en réduction du PBR pour Gestion Inc. des unités de S.E.N.C. (300 000 \$ - 200 000 \$). Finalement, Gestion Inc. et S.E.N.C., un cessionnaire admissible, concluent une convention afin de transférer la partie non appliquée restante du montant remis (100 000 \$) aux termes de l'article 80.04 L.I.R. Toutefois, en procédant de la sorte, un montant de 100 000 \$ doit être ajouté dans le calcul du revenu de Gestion Inc. en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. Ce montant est calculé comme suit :

- ajouter 100 000 \$ en vertu de l'élément A de la formule figurant au paragraphe 80(13) L.I.R.;
- ajouter 200 000 \$ en vertu de l'élément B de la formule figurant au paragraphe 80(13) L.I.R. Le montant qui doit être ajouté est égal au moins élevé des montants suivants :
 - le montant porté en réduction du montant remis en vertu du paragraphe 80(11) L.I.R. (200 000 \$),
 - le solde résiduel établi conformément aux paragraphes 80(14) et 80(14.1) L.I.R. (200 000 \$) au moment du règlement qui est déterminé comme suit :
 - i) du montant représentant les éléments fiscaux bruts de personnes désignées ($225\,000 \$ \times 4/3$) soustraire la valeur de l'élément A de la formule figurant au paragraphe 80(13) L.I.R. (100 000 \$),
- déduire 100 000 \$ en vertu de l'élément C de la formule figurant au paragraphe 80(13) L.I.R. qui représente le montant ayant fait l'objet d'une convention en vertu de l'article 80.04 L.I.R.;
- multiplier le résultat de la formule figurant au paragraphe 80(13) L.I.R. par 50 %.

L'inclusion du montant établi selon le paragraphe 80(13) L.I.R. (100 000 \$) peut être étalée sur une période de cinq ans en vertu de l'article 61.4 L.I.R. Notons que l'objectif du rajustement prévu à l'élément B de la formule figurant au paragraphe 80(13) L.I.R. vise à inciter les débiteurs à conclure des conventions avec des cessionnaires liés selon l'article 80.04 L.I.R. afin de réduire les éléments fiscaux de ceux-ci avant de procéder à une désignation en vertu du paragraphe 80(11) L.I.R.

Par conséquent, au lieu de réduire le PBR pour Gestion Inc. des unités de S.E.N.C., Gestion Inc. devrait conclure une convention avec S.E.N.C. selon l'article 80.04 L.I.R. afin de transférer la partie non appliquée restante du montant remis (300 000 \$) à la suite de l'application du paragraphe 80(5) L.I.R. Par conséquent, aucun montant ne sera inclus conformément au paragraphe 80(13) L.I.R. dans le calcul du revenu de Gestion Inc., étant donné qu'elle bénéficie d'une déduction de 300 000 \$ en vertu de l'élément C de la formule figurant au paragraphe 80(13) L.I.R. Pour sa part, en vertu des alinéas 80.04(4)e) et 80.04(4)f) L.I.R., le montant ayant fait l'objet de la convention (300 000 \$) est réputé être une créance émise par S.E.N.C. et représente le montant remis sur la créance en raison de son règlement. La totalité de ce montant remis sera portée en réduction du MCIA de S.E.N.C. selon le paragraphe 80(7) L.I.R. Par l'effet de l'alinéa 80(2)f) L.I.R., la partie non appliquée restante du montant remis après l'application du paragraphe 80(7) L.I.R. sera nulle ($300\ 000 \$ - 4/3 \times 225\ 000 \$$).

4.2. EXEMPLE PRATIQUE 2

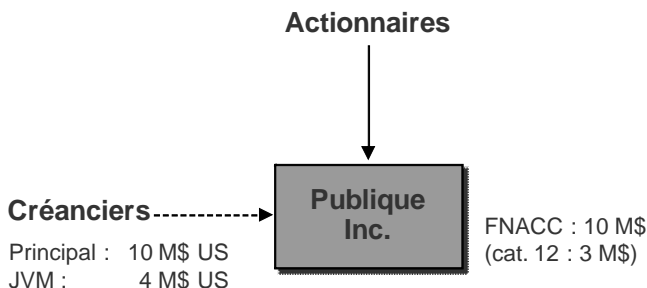


Les faits sont les mêmes que ceux décrits à l'exemple pratique 1, sauf que la créance de 400 000 \$ n'a pas été émise par Gestion Inc. mais plutôt par S.E.N.C. La créance émise par S.E.N.C. est réglée sans contrepartie, de sorte que le montant remis établi selon le paragraphe 80(1) L.I.R. est de 400 000 \$. S.E.N.C. ne porte pas le montant remis en réduction de son MCIA selon le paragraphe 80(7) L.I.R. Par conséquent, S.E.N.C. devra inclure dans le calcul de son revenu un montant de 400 000 \$ aux termes du paragraphe 80(13) L.I.R., déterminé comme suit : un montant de 400 000 \$

sera ajouté en vertu de l'élément A de la formule figurant au paragraphe 80(13) L.I.R., et la totalité de ce montant sera incluse dans le calcul du revenu de S.E.N.C. Selon le paragraphe 80(13) L.I.R. et par l'effet du paragraphe 96(1) L.I.R., Gestion Inc. devra inclure 99,99 % du montant compris dans le calcul du revenu de S.E.N.C. (399 960 \$) provenant de la source relativement à laquelle la créance a été émise. Toutefois, aux termes de l'alinéa 80(15)a) L.I.R., Gestion Inc. peut réclamer une déduction d'un montant qui n'excède pas le plafond déterminé relatif à la créance de 400 000 \$. Ce plafond correspond au montant qui, si S.E.N.C. avait indiqué des montants dans toute la mesure permise par les paragraphes 80(5) à 80(10) L.I.R. relativement au montant remis sur la créance de 400 000 \$, aurait été ajouté dans le calcul du revenu de Gestion Inc. conformément aux paragraphes 80(13) et 96(1) L.I.R. Dans les circonstances, le plafond déterminé relatif à la créance de 400 000 \$ est égal à 99 960 \$ (399 960 \$ - (225 000 \$ × 4/3)). Ainsi, Gestion Inc. ne peut déduire qu'un montant de 99 960 \$ en vertu de l'alinéa 80(15)a) L.I.R. étant donné que S.E.N.C. n'a pas porté le montant remis en réduction de son MCIA en vertu du paragraphe 80(7) L.I.R. L'excédent de 300 000 \$ sera inclus dans le calcul du revenu provenant de la source relativement à laquelle la créance de S.E.N.C. a été émise. Aux termes de l'alinéa 80(15)c) L.I.R., le montant déductible selon l'alinéa 80(15)a) L.I.R. (99 960 \$) sera considéré comme un montant remis sur une créance qui est réputée avoir été émise par Gestion Inc. Gestion Inc. pourra donc porter le montant remis (99 960 \$) en réduction de la FNACC de 100 000 \$.

Par conséquent, si une société de personnes n'indique pas des montants dans toute la mesure permise par les paragraphes 80(5) à 80(10) L.I.R. relativement au montant remis sur une créance, une portion de la partie non appliquée restante du montant remis à la suite de l'application de ces paragraphes sera incluse en totalité dans le calcul du revenu de l'associé et ne sera pas considérée comme étant un montant remis. Il est donc impératif qu'une société de personnes indique des montants dans toute la mesure permise par les paragraphes 80(5) à 80(10) L.I.R. relativement à un montant remis afin que la totalité du montant inclus dans le calcul du revenu de l'associé par suite de l'application des paragraphes 80(13) et 96(1) L.I.R. soit considérée comme étant un montant remis aux termes de l'alinéa 80(15)c) L.I.R.

4.3. EXEMPLE PRATIQUE 3



Publique Inc., une société canadienne imposable, émet des obligations qui se négocient sur la Bourse de New York. Le total du principal de celles-ci totalise 10 M\$ US. Au moment de l'émission de la dette obligataire, le dollar canadien se négocie à 0,80 \$ US. Deux années plus tard, Publique Inc. souhaite racheter cette dette alors qu'elle se négocie à 0,40 \$ US pour chaque dollar de principal émis. À ce moment, le dollar canadien et le dollar américain se négocient au pair. La FNACC relative à des biens d'une catégorie visée par règlement est de 10 M\$, dont 3 M\$ sont attribuables aux biens de catégorie 12. Publique Inc. n'a pas de PAQC ou de pertes en capital à ce moment. Publique Inc. conclut une entente avec trois créanciers qui détiennent collectivement 80 % de sa dette obligataire. En vertu de cette entente, Publique Inc. achète 80 % de la dette émise ayant un principal de 8 M\$ US en échange d'une contrepartie en espèces de 3,2 M\$ US.

En vertu du paragraphe 39(3) L.I.R., lorsqu'un contribuable a émis une obligation et a acheté le titre sur le marché libre de la façon que tout semblable titre serait normalement acheté sur le marché libre par le grand public, l'excédent du montant pour lequel le contribuable a émis le titre sur le prix d'achat que le contribuable a payé pour le titre est réputé représenter un gain en capital. L'expression « marché libre » n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans le contexte du paragraphe 84(6) L.I.R., le juge Bowman a résumé la signification qui devait être accordée à l'expression « marché libre » :

« Le concept et la théorie du marché ont occupé des générations d'économistes. Il n'est pas nécessaire, pour décider cette cause, que j'approfondisse ce sujet. Il suffit de dire que le concept ordinaire de l'expression "marché libre" comprend au moins trois idées :

- a) la participation libre du public;

- b) l'absence de restrictions quant aux prix;
- c) l'effet sur les prix des éléments de l'offre et de la demande.

Ces éléments existent dans le cas d'une corporation publique dont les actions sont cotées en Bourse. Il ne peut pas y avoir de marché libre lorsque la vente des actions à la corporation est réglée par une entente privée entre les actionnaires et la corporation. Ce n'est pas de cette façon que le public achèterait normalement des actions sur le marché libre²⁶. »

L'interprétation de l'expression « marché libre » adoptée par la Cour canadienne de l'impôt est partagée par l'ARC :

« It is the department's opinion that the phrase "in the manner in which shares would normally be purchased by any member of the public in the open market," [...] means that the shares must be purchased on a stock exchange or over the counter through an independent middleman in accordance with the procedures and requirements of the relevant securities legislation and the bylaws of the relevant stock exchange. If the vendor and the purchaser have made an arrangement with respect to the purchase and sale of the shares in question, the purchase will not be considered to be carried out in the manner in which any member of the public would normally purchase shares in the open market²⁷. »

Par conséquent, l'achat par Publique Inc. de 80 % des obligations émises sur la Bourse de New York auprès de trois investisseurs conformément à une entente conclue sous seing privé ne devrait pas constituer l'achat de titres « [...] sur le marché libre, de la façon que tout semblable titre serait normalement acheté sur le marché libre par le grand public [...] » au sens du paragraphe 39(3) L.I.R. L'achat devrait donner lieu à l'application des règles prévues à l'article 80 L.I.R. étant donné que l'achat par Publique Inc. d'une portion de sa dette obligataire devrait représenter un montant payé par Publique Inc. en règlement du principal d'une portion de celle-ci.

Aux termes de l'alinéa 80(2)k) L.I.R., le montant remis doit être déterminé d'après le taux de change en vigueur au moment de l'émission de la dette, soit 0,80 \$ US pour 1 dollar canadien. Par conséquent, l'excédent du principal de la dette réglée (8 M\$ US / 0,80 \$ US = 10 M\$ CA) sur le

²⁶ *Mérette c. La Reine*, 96 D.T.C. 3209 (C.C.I.).

²⁷ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1990 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, pp. 50:1-68, question 50, à la page 50:26.

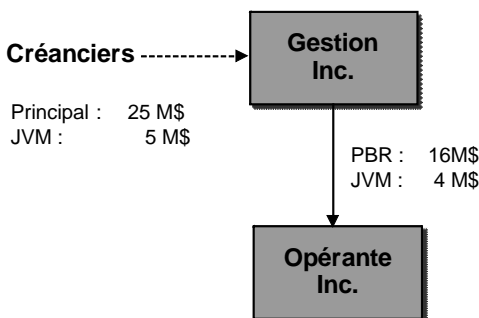
montant payé ($3,2 \text{ M\$ US} / 0,80 \text{ \$ US} = 4 \text{ M\$ CA}$) constitue le montant remis relativement à l'achat de 80 % de la dette obligataire, soit 6 M\$ CA.

Toutefois, à l'occasion du règlement de 80 % de la dette obligataire, le paragraphe 39(2) L.I.R. trouvera application en raison de la fluctuation de la valeur de la monnaie canadienne par rapport à la valeur de la monnaie américaine. Ainsi, Publique Inc. réalisera un gain de change de 0,8 M\$ en raison de l'appréciation de la valeur de la monnaie canadienne relativement à la devise américaine depuis l'émission de la dette obligataire sur la Bourse de New York ($3,2 \text{ M\$ US} / 0,80 \text{ \$ US} - 3,2 \text{ M\$ CA} = 0,8 \text{ M\$ CA}$).

Par conséquent, étant donné que Publique Inc. n'a pas de PAQC ou de PCN, aucun montant ne doit obligatoirement être désigné conformément aux paragraphes 80(4) à 80(11) L.I.R., et 50 % du montant remis, soit 3 M\$, sera ajouté dans le calcul du revenu de Publique Inc. aux termes du paragraphe 80(13) L.I.R. Toutefois, Publique Inc. pourra réclamer une déduction pour amortissement de 3 M\$ relativement à la FNACC de biens de catégorie 12. Si Publique Inc. avait porté la totalité du montant remis en réduction de sa FNACC de 10 M\$, elle aurait ainsi réduit sa FNACC d'un montant additionnel de 3 M\$.

De plus, 50 % du montant du gain en capital établi conformément au paragraphe 39(2) L.I.R. sera aussi inclus dans le calcul du revenu de Publique Inc.

4.4. EXEMPLE PRATIQUE 4



Gestion Inc. est une société qui a obtenu la protection de la cour en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Gestion Inc. a émis une créance de 25 M\$ auprès de créanciers garantis.

Gestion Inc. a un solde de PAQC de 3 M\$, et le total de la FNACC de ses biens amortissables totalise 18 M\$²⁸. Opérante Inc. est une société détenue en propriété exclusive par Gestion Inc. Le PBR pour Gestion Inc. des actions d'Opérante Inc. totalise 16 M\$, tandis que sa JVM s'élève à 4 M\$. Dans le cadre du plan de restructuration de la dette et du capital de Gestion Inc., il y aura une acquisition de contrôle de Gestion Inc. par de nouveaux investisseurs et ceux-ci consentiront un prêt de 5 M\$ à Gestion Inc. Cette somme sera versée aux créanciers garantis en règlement du principal de la créance. En raison de l'acquisition de contrôle de Gestion Inc., l'excédent du PBR pour Gestion Inc. des actions d'Opérante Inc. (16 M\$) sur sa JMV (4 M\$) sera réputé être une perte en capital de Gestion Inc. pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant ce moment en vertu du paragraphe 111(4) L.I.R.

D'une part, Gestion Inc. pourrait procéder au règlement de sa créance de 25 M\$ avant l'acquisition de contrôle, de sorte que le montant remis totaliserait 20 M\$, soit l'excédent du principal de cette créance (25 M\$) sur le montant payé en règlement du principal, soit 5 M\$. Le montant remis devrait premièrement être porté en réduction du solde de pertes applicable à ce moment, soit 3 M\$. La partie non appliquée restante du montant remis (17 M\$) pourrait être portée en réduction du moindre du coût en capital des biens amortissables appartenant à Gestion Inc. à ce moment et de la FNACC de ses biens amortissables. Par conséquent, aucun montant ne serait ajouté dans le calcul du revenu de Gestion Inc. en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R.

Afin de bénéficier de la perte en capital latente de 12 M\$ attribuable aux actions d'Opérante Inc., Gestion Inc. pourrait procéder au règlement de la créance de 25 M\$ après l'acquisition de contrôle. En procédant de la sorte, la perte en capital de 12 M\$ réalisée immédiatement avant l'acquisition aux termes du paragraphe 111(4) L.I.R. serait comprise à même le solde de pertes applicable pour l'année d'imposition durant laquelle la créance de 25 M\$ serait réglée. Ainsi, la partie non appliquée restante du montant remis par suite de l'application du paragraphe 80(3) L.I.R. (17 M\$) réduirait la perte en capital attribuable aux actions d'Opérante Inc. par l'effet du paragraphe 80(4) et de l'alinéa 80(2)e) L.I.R. Ainsi, la FNACC des biens amortissables de Gestion Inc. ne serait réduite que de 5 M\$ en vertu du paragraphe 80(5) L.I.R., comparativement à 17 M\$ si le règlement de la créance de 25 M\$ est effectué avant l'acquisition de contrôle.

²⁸ Gestion Inc. n'a aucun bien amortissable de la catégorie 12.

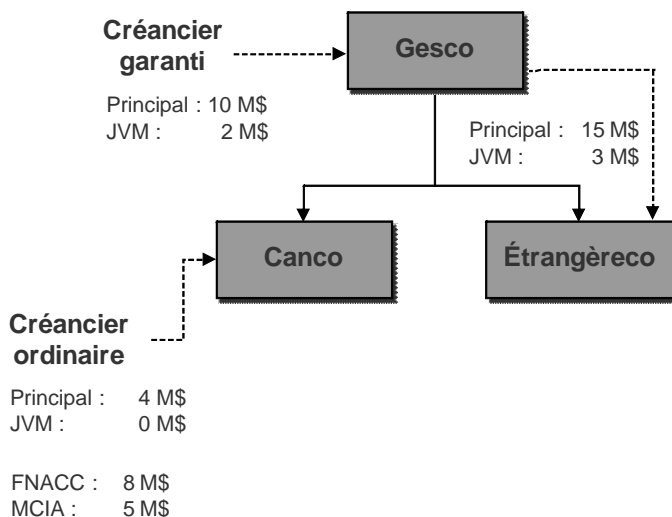
Toutefois, cette planification pourrait donner lieu à des résultats non désirés si la créance émise était libellée en monnaie étrangère en raison des nouvelles règles prévues aux paragraphes 40(11) et 111(12) L.I.R. (voir l'exemple pratique 5).

4.5. EXEMPLE PRATIQUE 5

Les faits sont les mêmes que ceux décrits à l'exemple pratique 4, sauf que la créance de 25 M\$ et le montant de 5 M\$ versé en règlement de celle-ci sont libellés en devise américaine. Lorsque la créance a été émise, le dollar canadien et le dollar américain se négociaient au pair. Au moment de l'acquisition de contrôle, le dollar américain se négociait à 1,20 \$ CA. Par conséquent, aux termes du paragraphe 111(12) L.I.R. et des alinéas 111(4)c) et 111(4)d) L.I.R., Gestion Inc. sera réputée avoir subi une perte en capital de 5 M\$ pour son année d'imposition se terminant immédiatement avant l'acquisition de contrôle ($25 \text{ M\$ US} \times 1,20 - 25 \text{ M\$ US} \times 1$). Cette perte en capital sera incluse dans le solde de pertes applicable de Gestion Inc. pour son année d'imposition qui a commencé au moment de l'acquisition de contrôle. Au moment du règlement de la créance de 25 M\$ US, c'est-à-dire après l'acquisition de contrôle, par l'effet de l'alinéa 80(2)k) L.I.R., l'excédent du principal pour lequel la créance a été émise ($25 \text{ M\$ US} \times 1 = 25 \text{ M\$ CA}$) sur le montant payé en règlement de ce principal ($5 \text{ M\$ US} \times 1 = 5 \text{ M\$ CA}$) totalisera 20 M\$, lequel représentera le montant remis sur la créance de 25 M\$ US. Toutefois, étant donné que Gestion Inc. a subi une perte en capital relativement à cette dette par l'effet du paragraphe 111(12) L.I.R., un gain en capital sera réputé avoir été réalisé par Gestion Inc. au moment du règlement de la créance en vertu du paragraphe 40(11) L.I.R. Le gain en capital ainsi réalisé correspondra à la portion de la perte en capital subie immédiatement avant l'acquisition de contrôle (soit 5 M\$) qu'il est raisonnable d'attribuer au montant remis sur la créance (soit 20 M\$). Comme il a été discuté précédemment, aucun effet de change n'est pris en considération afin d'établir le montant remis sur une dette commerciale. En fait, n'eût été l'application du paragraphe 111(12) L.I.R. relativement à la créance de 25 M\$ US, Gestion Inc. aurait réalisé une perte en capital de 1 M\$ par suite de l'application du paragraphe 39(2) L.I.R. ($(5 \text{ M\$ US} \times 1) - (5 \text{ M\$ US} \times 1,20)$). Ainsi, relativement à la perte en capital de 5 M\$ réalisée conformément au paragraphe 111(12) L.I.R., il est raisonnable de conclure que 4 M\$ de celle-ci est attribuable au montant remis sur la créance. Ainsi, un gain en capital de 4 M\$ sera réputé avoir été réalisé par Gestion Inc. aux termes du paragraphe 40(11) L.I.R. Aucun montant ne sera inclus dans le calcul du revenu en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. en raison de l'application de la totalité du montant remis (20 M\$) en réduction des PAQC (3 M\$) et des pertes en capital (12 M\$ + 5 M\$) de Gestion Inc.

conformément aux paragraphes 80(3) et 80(4) L.I.R. Toutefois, 50 % du gain en capital réalisé selon le paragraphe 40(11) L.I.R. (4 M\$) devra être inclus dans le calcul du revenu, bien que Gestion Inc. ait une FNACC de 18 M\$ relativement à des biens amortissables à ce moment.

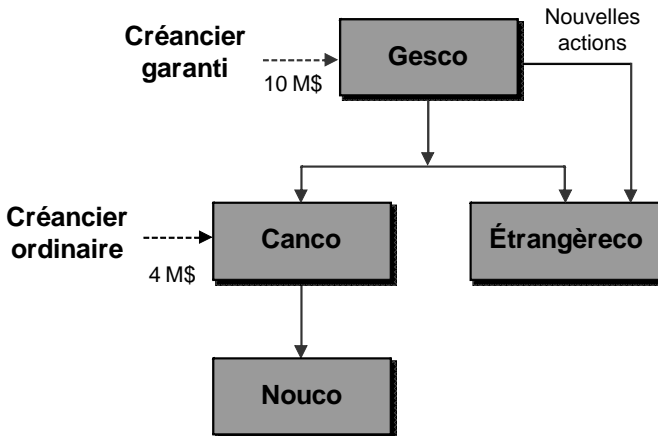
4.6. EXEMPLE PRATIQUE 6



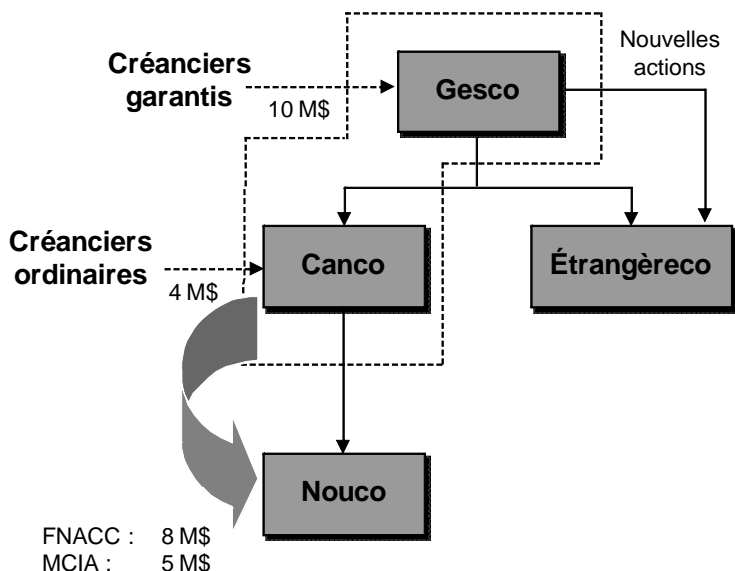
Gesco détient deux sociétés en propriété exclusive, Canco et Étrangèreco. Gesco n'a pas d'éléments fiscaux pouvant être réduits en vertu des paragraphes 80(3) à 80(12) L.I.R. Canco a une FNACC de 8 M\$ relativement à des biens amortissables et un MCIA de 5 M\$. Gesco a émis une créance de 10 M\$ à un créancier garanti, tandis que Canco doit 4 M\$ à un créancier ordinaire. Pour sa part, Étrangèreco a émis une créance de 15 M\$ en faveur de Gesco et dont la JVM est actuellement de 3 M\$. Gesco a conclu une entente avec ses créanciers garantis afin de régler le principal de sa créance en échange d'un montant en espèces de 1 M\$ et de l'émission d'une nouvelle créance ayant un principal de 1 M\$. Par conséquent, le montant remis relativement au règlement de la créance de Gesco totalisera 8 M\$ étant donné qu'aux termes de l'alinéa 80(2)h) L.I.R., Gesco est réputée avoir payé un montant égal au principal de la nouvelle créance en règlement partiel du principal de la dette de 10 M\$. Par conséquent, aux fins du paragraphe 80(1) L.I.R., le montant payé en règlement du principal de sa créance de 10 M\$ totalisera 2 M\$. Pour sa part, aucune contrepartie ne sera versée aux créanciers ordinaires de Canco en règlement du principal de sa créance de 4 M\$. Par conséquent, aux termes du paragraphe 80(1) L.I.R., le

montant remis relativement au règlement de la créance payable par Canco sera égal à 4 M\$.

Si Gesco n'effectue aucune opération additionnelle, un montant de 4 M\$ (50 % × 8 M\$) devra être ajouté dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. Il est certain que Gesco et Canco pourraient conclure une convention aux termes du paragraphe 80.04(4) L.I.R. afin de transférer la totalité du montant remis de 8 M\$ en faveur de Canco afin que celle-ci porte la totalité de ce montant en réduction de ses éléments fiscaux conformément aux paragraphes 80(5) et 80(7) L.I.R.



Gesco pourrait aussi échanger sa créance à recevoir d'Étrangèreco contre des actions émises du capital-actions de cette dernière. Le produit de disposition de cette créance à recevoir serait égal à 3 M\$, ce qui se traduirait par une perte en capital de 12 M\$ (15 M\$ - 3 M\$). Cette perte en capital ne serait pas visée par le paragraphe 40(3.4) L.I.R. étant donné que le bien reçu en échange de la créance à recevoir (c'est-à-dire les actions d'Étrangèreco) n'est pas le même bien ou un bien identique. Finalement, la perte en capital ne serait pas réputée nulle en raison de l'application de l'alinéa 40(2)g) L.I.R. étant donné que la créance à recevoir d'Étrangèreco a été acquise par Gesco en vue de tirer un revenu d'un bien.



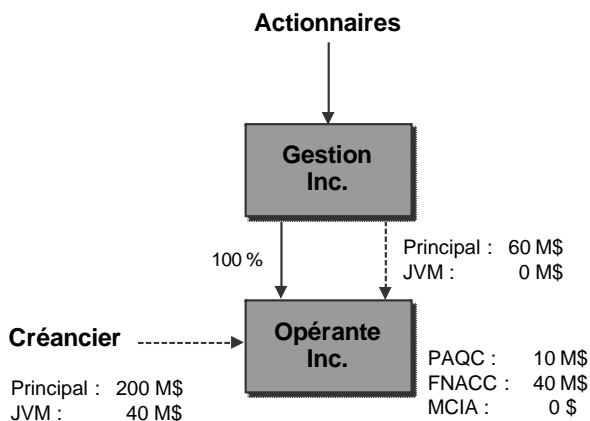
Afin d'utiliser la totalité de la perte en capital de l'année courante (12 M\$) en réduction du montant remis relatif au règlement de la créance de 10 M\$ émise par Gesco et du montant remis attribuable au règlement de la créance de 4 M\$ émise par Canco, les opérations décrites ci-dessous pourraient être effectuées.

Canco pourrait incorporer une nouvelle filiale (ci-après « Nouco »). Canco procéderait au transfert par voie de roulement de tous ses éléments d'actif en faveur de Nouco en échange d'actions et de la prise en charge par Nouco de tous ses éléments de passif (sauf la créance de 4 M\$). Ensuite, Canco serait liquidée dans Gesco en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. Aux termes de l'alinéa 88(1)e.2) et du paragraphe 87(7) L.I.R., l'article 80 L.I.R. ne s'applique pas au moment de la prise en charge par Gesco de la créance de 4 M\$ payable par Canco. En fait, selon le paragraphe 87(7) L.I.R., Gesco sera traitée aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme si elle avait elle-même émis la créance au moment où Canco a elle-même émis cette créance à son créancier ordinaire. Ainsi, après la liquidation de Canco, Gesco procéderait au règlement de la créance de 4 M\$ sans contrepartie. Aux termes du paragraphe 80(1) L.I.R., le montant remis relativement au règlement de la créance de 4 M\$ sera égal au principal.

Selon le paragraphe 80(12) L.I.R., pour avoir accès aux pertes en capital de l'année courante, Gesco doit désigner le montant maximum prévu aux

paragraphe 80(5), 80(7), 80(8) et 80(9) L.I.R. Toutefois, en raison du transfert des actifs de Canco en faveur de Nouco, Gesco n'a aucune FNACC relativement à des biens amortissables ou de MCIA. Par conséquent, Gesco appliquera le montant remis relativement au règlement de la créance de 10 M\$ ainsi que celui relatif au règlement du principal de la créance de 4 M\$ en vertu du paragraphe 80(12) L.I.R. Aux termes du paragraphe 80(12) L.I.R., Gesco sera réputée avoir réalisé un gain en capital égal au moindre du montant remis à ce moment (12 M\$) et de l'excédent de la perte en capital de l'année sur tout montant réputé être un gain en capital en vertu du paragraphe 80(12) L.I.R. (15 M\$ - 3 M\$ = 12 M\$). Ainsi, le montant remis total de 12 M\$ sera considéré comme ayant été appliqué jusqu'à concurrence du montant du gain en capital réputé (12 M\$), faisant en sorte qu'il n'y a plus aucun solde restant relativement au règlement de la créance de 8 M\$ et de 4 M\$ qui devrait être inclus en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. dans le calcul du revenu de Gesco.

4.7. EXEMPLE PRATIQUE 7



Gestion Inc. a obtenu la protection de la cour en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Gestion Inc. a un prêt à recevoir d'Opérante Inc., sa filiale détenue en propriété exclusive, ayant un principal de 60 M\$ et une JVM nulle. Pour sa part, Opérante Inc. a émis une créance ayant un principal de 200 M\$ en faveur d'un créancier ordinaire. Opérante Inc. a un solde de PAQC de 10 M\$ et une FNACC de 40 M\$ relativement à des biens amortissables. Ces biens amortissables ont une JVM totale de 40 M\$. Opérante Inc. n'a jamais effectué de dépense en capital admissible, bien qu'elle ait une marque de commerce ayant une JVM de

20 M\$. Gestion Inc. et Opérante Inc. ont chacune un exercice financier se terminant le 31 décembre.

Premièrement, Opérante Inc. procède au transfert de tous ses actifs (incluant la marque de commerce) en faveur de Gestion Inc. en échange d'un billet de 40 M\$ (ci-après « Billet Gestion ») et de la prise en charge de tous ses passifs (sauf la créance de 200 M\$). À l'occasion de ce transfert, Opérante Inc. devra inclure dans le calcul de son revenu 10 M\$ en vertu de l'alinéa 14(1)b) L.I.R. ($2/3 \times 3/4 \times 20$ M\$) relativement à la vente de sa marque de commerce.

Deuxièmement, afin de régler la créance de 60 M\$ due par Opérante Inc. sans donner lieu à un montant remis aux termes du paragraphe 80(1) L.I.R., une série d'opérations s'apparentant à celles décrites dans la décision anticipée ATR-66²⁹ seront effectuées. Opérante Inc. procède à l'incorporation d'une nouvelle société (ci-après « Nouco »). Immédiatement après, Gestion Inc. transfère la créance à recevoir de 60 M\$ en faveur de Nouco en échange d'un billet payable par Nouco. Aux termes de l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R., la perte de 60 M\$ de Gestion Inc. résultant de la vente de la créance sera réputée nulle. Toutefois, en vertu de l'alinéa 53(1)f.1) L.I.R., le montant de la perte réputée nulle en vertu de l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R. sera ajouté au PBR pour Nouco de la créance de 60 M\$ à recevoir d'Opérante Inc. Ainsi, après le transfert, le coût indiqué pour Nouco de la créance due par Opérante Inc. sera égal au principal, soit 60 M\$. Ensuite, Opérante Inc. et Nouco fusionneront pour créer Fusionco. Aux termes du paragraphe 80.01(3) L.I.R., Opérante Inc. sera réputée avoir réglé la créance de 60 M\$ par le paiement d'une somme égale au montant qui représente le coût indiqué de la créance pour Nouco, soit 60 M\$. En raison de l'application du paragraphe 87(7) L.I.R., il n'y aura pas de règlement de la créance de 200 M\$ due par Opérante Inc. au moment de la fusion.

Lors de la fusion d'Opérante Inc. et de Nouco, l'année d'imposition d'Opérante Inc. est réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion. Comme il est précisé ci-dessus, Opérante Inc. devra inclure dans le calcul de son revenu un montant de 10 M\$ en vertu de l'alinéa 14(1)b) L.I.R. Opérante Inc. déduira donc ses PAQC de 10 M\$ dans le calcul de son revenu imposable.

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision anticipée en matière d'impôt* ATR-66 (archivé), « Transfert d'une dette avec lien de dépendance suivi d'une liquidation et de la vente des actions », 20 avril 1995.

Finalement, Fusionco remettra à son créancier ordinaire le Billet Gestion de 40 M\$ à recevoir de Gestion Inc. en règlement du principal de la créance de 200 M\$. Par conséquent, aux termes du paragraphe 80(1) L.I.R., le montant remis sur la créance de 200 M\$ s'établira à 160 M\$ (200 M\$ - 40 M\$). Gestion Inc. devra inclure un montant de 80 M\$ en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. ($50\% \times 160\text{ M\$}$). Toutefois, Gestion Inc. devrait pouvoir réclamer une déduction pour insolvabilité de 80 M\$ selon le paragraphe 61.3(1) L.I.R. étant donné que Fusionco n'a plus aucun actif à la fin de son année d'imposition. Il est à noter que la règle spécifique antiévitement édictée au paragraphe 61.3(3) L.I.R. ne devrait pas trouver application dans les circonstances. D'une part, le transfert des éléments d'actif d'Opérante Inc. (incluant des biens amortissables ayant une FNACC de 40 M\$) n'a pas pour objet d'augmenter le montant déductible en vertu du paragraphe 61.3(1) L.I.R. En fait, la déduction prévue au paragraphe 61.3(1) L.I.R. représente essentiellement l'excédent du montant devant être inclus en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. sur la JVM des actifs, déduction faite des éléments de passif. Toutefois, aux termes du paragraphe 61.3(3) L.I.R., il n'est pas requis de porter la partie non appliquée restante du montant remis en réduction d'autres éléments fiscaux du débiteur en vertu des paragraphes 80(5) à 80(11) L.I.R. Par conséquent, on ne peut prétendre que l'un des motifs du transfert des éléments d'actif d'Opérante Inc. est d'augmenter le montant de la déduction prévue au paragraphe 61.3(1) L.I.R. étant donné que le montant de cette déduction serait le même, n'eût été ledit transfert d'actifs. D'autre part, le transfert du billet de 40 M\$ n'a pas pour objectif d'augmenter la déduction prévue au paragraphe 61.3(1) L.I.R., mais plutôt de procéder au règlement de la créance de 200 M\$.

SURVOL DES RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES



Liliane Fortier
CA, LL.M. fisc.
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7:5
1. DISPOSITION D’ACTIONS	7:5
1.1. BIENS EN IMMOBILISATION	7:6
1.1.1. Particulier (autre qu’une fiducie).....	7:6
1.1.2. Société	7:6
1.1.3. Société de personnes	7:7
1.1.4. Fiducie (autre qu’une fiducie de fonds commun).....	7:9
1.1.5. Institution financière.....	7:10
1.1.6. Exceptions	7:11
1.1.7. Disposition d’actions détenues le 26 avril 1995	7:12
1.2. AUTRE QU’UN BIEN EN IMMOBILISATION	7:14
1.2.1. Particulier (autre qu’une fiducie).....	7:14
1.2.2. Société de personnes	7:14
1.2.3. Société	7:14

1.2.4.	Fiducie.....	7:15
1.2.5.	Exceptions.....	7:15
1.3.	RÈGLES VISANT LES ÉCHANGES D' ACTIONS.....	7:16
1.4.	DISPOSITION D' ACTIONS DE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE	
	AFFILIÉE.....	7:17
1.4.1.	Disposition d' actions de société étrangère	
	affiliée.....	7:17
1.4.2.	Échange d' actions.....	7:18
2.	AUTRES RESTRICTIONS CONCERNANT LES PERTES	
	EN CAPITAL.....	7:19
2.1.	RESTRICTIONS PRÉVUES AU PARAGRAPHE 40(2) L.I.R.....	7:19
2.1.1.	Perte à la disposition d' une dette à une	
	personne liée.....	7:19
2.1.2.	Droit de recevoir un prix.....	7:19
2.1.3.	Perte sur créance.....	7:20
2.1.4.	Perte sur un bien à usage personnel.....	7:20
2.1.5.	Perte sur disposition en faveur d' un régime.....	7:21
2.1.6.	Perte sur une action d' une société contrôlée.....	7:21
2.1.7.	Perte sur une action de société à capital	
	de risque.....	7:21
2.2.	PERTE APPARENTE RÉPUTÉE NULLE.....	7:22
2.2.1.	Personnes affiliées.....	7:22
2.2.2.	Définition de « perte apparente ».....	7:22
2.2.3.	Éléments d' exception à la notion de	
	perte apparente.....	7:23
2.2.4.	Impact fiscal d' une perte apparente.....	7:24
2.3.	DISPOSITION PAR UNE SOCIÉTÉ, UNE SOCIÉTÉ	
	DE PERSONNES OU UNE FIDUCIE.....	7:25
2.3.1.	Conditions d' application.....	7:25
2.3.2.	Règles d' application.....	7:25
2.3.3.	Biens identiques présumés.....	7:26
2.4.	PERTE LORS DU RACHAT D' UNE ACTION.....	7:27
2.5.	CESSATION DE RÉSIDENCE PAR UN PARTICULIER.....	7:28
2.6.	LIQUIDATION D' UNE SOCIÉTÉ.....	7:29
2.7.	DISPOSITIONS EN FAVEUR DE PERSONNES AFFILIÉES.....	7:29
2.7.1.	Disposition de bien en immobilisation	
	amortissable.....	7:29
2.7.2.	Disposition d' immobilisation admissible.....	7:31
2.7.3.	Disposition de certains biens.....	7:31
2.7.4.	Disposition dans le cadre d' une entreprise	
	de prêt.....	7:31

3.	RAJUSTEMENTS AU PRIX DE BASE RAJUSTÉ	7:33
3.1.	DISPOSITION DE DETTE ENTRE PERSONNES AFFILIÉES	7:33
3.2.	PERTE APPARENTE	7:33
3.3.	PERTE LORS DU RACHAT D' ACTIONS.....	7:33
	CONCLUSION	7:34
	ANNEXE 1.....	7:35
	ANNEXE 2.....	7:36
	ANNEXE 3.....	7:37
	ANNEXE 4.....	7:38
	ANNEXE 5.....	7:40
	ANNEXE 6.....	7:41
	ANNEXE 7.....	7:42

INTRODUCTION*

En fiscalité, il est primordial de connaître les règles relatives à la limitation des pertes puisque ces dernières influent régulièrement sur les opérations et transactions pour lesquelles nos services sont requis. Les principales dispositions touchant ou annulant la réalisation de pertes que le présent texte survolera sont notamment les articles 40, 93 et 112 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹.

Dans un premier temps, nous passerons en revue les restrictions relatives aux pertes lors de la disposition d'actions pour lesquelles un dividende a été reçu. Nous scinderons ce sujet selon que l'action consiste en un bien en immobilisation ou non pour son cédant. Dans chacune des sections, nous distinguerons les différentes situations en fonction de la nature de l'entité qui cède le bien. Nous verrons les règles visant les échanges d'actions, puis considérerons le cas de dispositions d'actions de sociétés étrangères affiliées (ci-après « SÉA »).

Les règles d'application propres aux personnes affiliées seront explorées dans la deuxième portion de notre texte, qui fera également un survol des mesures ayant pour effet de réputer nulles certaines pertes.

Finalement, une section résumera les effets des règles sur les limitations des pertes sur le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des biens disposés.

1. DISPOSITION D' ACTIONS

Les actions peuvent, selon le cas, être ou ne pas être des biens en immobilisation et donc générer un gain (ou une perte) en capital ou un revenu (ou une perte) d'entreprise à leur disposition.

Les règles relatives aux limitations des pertes influant sur la disposition d'actions varient notamment selon que les actions disposées à perte se classent à titre de bien en immobilisation ou non. Attardons-nous à chacune de ces deux situations.

* L'auteur tient à remercier M^e Anouk Leclair, avocate, LL.M. fisc., du cabinet Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l., de sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

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

1.1. BIENS EN IMMOBILISATION

Lorsque le bien disposé, par le cédant, est une action qui est, pour lui, un bien en immobilisation, la *Loi de l'impôt sur le revenu* refuse la perte si le cédant a reçu des avantages déterminés. De manière générale, la perte est réduite lorsque l'action disposée a permis la réception de dividendes non imposables ou déductibles dans le calcul du revenu imposable.

Les paramètres de la limitation de la perte varient en fonction de l'entité (du cédant) qui dispose de l'action qui est un bien en immobilisation. Voyons successivement quatre ensembles de limites : les règles visant le cédant qui est un particulier (autre qu'une fiducie), celles où le cédant est une société ou une société de personnes et enfin, celles où le cédant est une fiducie.

1.1.1. Particulier (autre qu'une fiducie)

Le montant de la perte subie par un particulier, qui dispose d'une action qui fait partie de ses biens en immobilisation, est réputé égal au montant de cette perte réduite **du moindre** des montants suivants :

- l'ensemble des dividendes provenant du CDC reçus sur l'action²;
- la perte de laquelle il faut retrancher l'ensemble des dividendes imposables reçus sur l'action³.

Donc, nous pouvons conclure que même si un dividende provenant du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») a été reçu, si les dividendes imposables reçus sur l'action sont supérieurs au montant de la perte, cette règle ne s'appliquera pas. La perte en capital ne sera pas limitée. Vous trouverez, à l'annexe 1, les questions à se poser afin de déterminer si cette règle s'applique.

1.1.2. Société

Le montant de la perte subie par une société qui dispose d'une action, qui fait partie de ses biens en immobilisation, est réputé égal au montant de cette perte réduite par l'ensemble des montants suivants reçus sur l'action :

² S.-al. 112(3)a)(i) L.I.R.

³ S.-al. 112(3)a)(ii) L.I.R.

- les dividendes déductibles en vertu de l'article 112, des paragraphes 115(1) et 138(6) L.I.R.⁴;
- les dividendes provenant du CDC⁵;
- les dividendes en capital d'assurance vie⁶.

Donc, dans le cas des sociétés, tout dividende reçu, qu'il soit imposable ou non, doit réduire le montant de la perte subie. Vous trouverez, à l'annexe 2, les questions à se poser afin de déterminer si cette règle s'applique.

1.1.3. Société de personnes

La part qui revient à un contribuable (sauf une société de personnes et une fiducie de fonds commun de placement) de toute perte subie par une société de personnes dont il est un associé, à la suite de la disposition d'une action détenue par cette société de personnes à titre de bien en immobilisation, est réduite selon les mêmes règles que celles édictées précédemment.

Ainsi, si le contribuable associé de la société de personnes **est un particulier**⁷, la perte sera réduite par le moins élevé des montants suivants :

- dividendes provenant du CDC;
- perte moins les dividendes imposables.

Dans les cas où l'associé de la société de personnes qui dispose de l'action **est une société**⁸, la perte sera réduite de tous les dividendes reçus imposables et déductibles en vertu de l'article 112, des paragraphes 115(1) et 138(6) L.I.R., des dividendes provenant du CDC et des dividendes en capital d'assurance vie.

⁴ S.-al. 112(3)b(i) L.I.R.

⁵ S.-al. 112(3)b(ii) L.I.R.

⁶ S.-al. 112(3)b(iii) L.I.R.

⁷ Al. 112(3.1)a) L.I.R.

⁸ Al. 112(3.1)b) L.I.R.

Finalement, lorsqu'une **fiducie**⁹ est le contribuable à qui revient une part de la perte réalisée à la disposition, par la société de personnes, d'une action qui est pour cette dernière un bien en immobilisation, l'ensemble des dividendes imposables et des dividendes en capital d'assurance vie reçus sur l'action et attribués par la fiducie en application des paragraphes 104(19)¹⁰ ou 104(20)¹¹ L.I.R. à un bénéficiaire, qui était une société, une fiducie ou une société de personnes, réduit la perte attribuée.

Selon le paragraphe 100(4) L.I.R., la perte en capital subie par un contribuable, lors de la disposition d'une participation dans une société de personnes, est réduite des dividendes qui auraient été assujettis au paragraphe 112(3.1) L.I.R. si nous tenions pour acquis que :

- l'exercice de la société de personnes s'était terminé juste avant la disposition de la participation du contribuable dans la société de personnes; et
- la société de personnes avait disposé de l'action juste avant ce moment à la juste valeur marchande (ci-après « JVM »).

Cette règle fait en sorte de limiter la perte à la disposition de parts de société de personnes si cette perte provient de la baisse de valeur d'actions détenues par celle-ci et qu'un dividende a été reçu sur cette action. Globalement, si la société de personnes avait disposé de cette action, le paragraphe 112(3.1) L.I.R. aurait trouvé application. Le paragraphe 100(4) L.I.R. est donc une règle antiévitement.

Dans le calcul du PBR d'une participation dans une société de personnes, il est prévu que d'une somme relative à chaque exercice de la société de personnes se terminant après 1971 et avant le moment où se calcule le PBR de ladite participation, il faut retrancher du PBR la part du contribuable dans toute perte de la société de personnes provenant de toute source, pour cet exercice, calculée compte non tenu de plusieurs articles de loi, dont notamment les paragraphes 100(4) et 112(3.1) L.I.R. Donc, le PBR d'une participation dans une société de personnes sera réduit par la perte réellement subie même si celle-ci a été refusée par ailleurs.

⁹ Al. 112(3.1)c) L.I.R.

¹⁰ Dividendes imposables et attribués par une fiducie.

¹¹ Dividendes non imposables et attribués par une fiducie.

Vous trouverez, à l'annexe 3, les questions à se poser afin de déterminer si cette règle s'applique.

1.1.4. Fiducie (autre qu'une fiducie de fonds commun)

Toujours dans le cadre de la disposition d'une action qui constitue un bien en immobilisation pour l'entité cédante, voyons maintenant les règles limitant les pertes lorsque l'action disposée est détenue par une fiducie. La perte est réduite du total des montants détaillés aux alinéas 112(3.2)a) et 112(3.2)b) L.I.R.

Lorsque la fiducie est la succession d'un particulier, que l'action a été acquise à la suite du décès de celui-ci et que sa disposition a lieu au cours de la première année d'imposition de la fiducie, l'alinéa 112(3.2)a) L.I.R. demande de retrancher de la perte **l'excédent éventuel d'un montant**, appelé ici **Réduction**, sur le **moindre de 50 %** de la perte en capital subie par la fiducie ou 50 % du gain en capital du particulier provenant de la disposition de l'action immédiatement avant son décès.

Dans les autres cas, pour toute fiducie qui n'est pas la succession d'un particulier ou encore pour toute succession d'un particulier qui ne remplit pas les exigences précédemment décrites, seule la **Réduction** est à retrancher de la perte sans qu'il soit nécessaire de calculer un excédent.

La **Réduction**, aux fins de l'alinéa 112(3.2)a) L.I.R., correspond au moindre de :

- l'ensemble des dividendes provenant du CDC reçu par la fiducie; **ou**
- la perte moins l'ensemble des dividendes imposables :
 - reçus sur l'action par la fiducie,
 - reçus et attribués par celle-ci en faveur d'un bénéficiaire qui est un particulier (autre qu'une fiducie), **ou**
 - reçus et attribués par la fiducie en faveur d'un bénéficiaire qui est une société, une société de personnes ou une fiducie.

Dans ce dernier cas, lorsque le bénéficiaire n'est pas un particulier, il faut que l'action ait appartenu à la fiducie pendant une période continue de 365 jours **et que** le dividende ait été reçu alors que la fiducie, le bénéficiaire

et des personnes ayant entre eux un lien de dépendance étaient propriétaires, ensemble, de moins de 5 % des actions de la société qui a versé le dividende.

De plus, les dividendes imposables et les dividendes en capital d'assurance vie attribués par la fiducie en vertu des paragraphes 104(19) et 104(20) L.I.R. en faveur d'un bénéficiaire qui était une société, une société de personnes ou une fiducie doivent également être retranchés de la perte¹². Vous trouverez, à l'annexe 4, les questions à se poser afin de déterminer si cette règle s'applique.

Finalement, le paragraphe 112(3.3) L.I.R. régit les règles d'exception particulières pour les actions réputées disposées et réacquises par la fiducie en vertu du paragraphe 104(4) L.I.R. En vertu de ces règles d'exception, seuls les dividendes reçus après le moment de la réacquisition réduiront les pertes en capital.

Dans le cadre de planification successorale, lorsque l'action, détenue par une succession, est rachetée, le choix du dividende provenant du CDC ne peut être fait supérieur à 50 % du gain en capital du décédé. Aussitôt que ce dividende est plus élevé, la perte sera réduite et ainsi le choix effectué sera moins avantageux.

1.1.5. Institution financière

L'objectif des paragraphes 112(5) ou 112(5.1) L.I.R. est de rendre applicable le paragraphe 112(5.2) L.I.R. qui a pour conséquence de réduire les pertes.

Lorsqu'une institution financière dispose d'une action qui est un bien évalué à la valeur du marché et que l'institution financière a reçu un dividende sur l'action à un moment où elle détenait, avec des personnes avec lesquelles elle avait un lien de dépendance, plus de 5 %, au total, des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société, le paragraphe 112(5.2) L.I.R. trouve application.

Le paragraphe 112(5.1) L.I.R. précise que le paragraphe 112(5.2) L.I.R. s'applique également, si les conditions suivantes sont réunies :

¹² Al. 112(3.2)b) L.I.R.

- Il doit s'agir d'une disposition réelle;
- Le contribuable ne doit pas avoir détenu l'action tout au long de la période de 365 jours qui s'est terminée immédiatement avant la disposition;
- L'action doit avoir été un bien évalué à la valeur du marché du contribuable pour une année d'imposition qui commence après octobre 1994 et au cours de laquelle le contribuable est une institution financière.

Si les conditions des paragraphes 112(5) ou 112(5.1) L.I.R. sont remplies, le paragraphe 112(5.2) L.I.R. prévoit que le produit de disposition est déterminé selon une formule qui a pour effet d'augmenter ou de diminuer le produit de disposition déterminé par ailleurs.

Cette formule a comme résultat d'empêcher la déduction d'une perte lors de la disposition d'une action jusqu'à concurrence du montant de certains dividendes reçus par le contribuable à l'égard de l'action. Toujours selon cette formule, il est possible que le produit de disposition soit diminué, entraînant ainsi l'augmentation d'une perte sur une action ou la réduction d'un revenu. Cette situation peut se produire lorsque la valeur de l'action entre une disposition présumée et une disposition réelle a augmenté et que les dividendes payés sur l'action ont été moindres que l'accroissement de valeur.

L'application du paragraphe 112(5.2) L.I.R. est toutefois possible seulement sous réserve de l'application du paragraphe 112(5.3) L.I.R. Effectivement, ce dernier paragraphe indique qu'aux fins du calcul du coût, pour un contribuable, d'une action qui est réputée avoir été acquise de nouveau après avoir fait l'objet d'une disposition réputée, le produit de disposition de l'action pour le contribuable est déterminé compte non tenu du paragraphe 112(5.2) L.I.R.

1.1.6. Exceptions

Tel qu'il est exposé précédemment, la perte est réduite des dividendes reçus. Différentes règles s'appliquent selon que le cédant est un particulier, une société, une société de personnes ou une fiducie. Lorsque le dividende reçu est considéré comme un dividende exclu¹³, ces règles de limitation de la perte ne s'appliqueront pas.

¹³ Par. 112(3.01), 112(3.11), 112(3.31) et 112(3.32) L.I.R.

Un dividende exclu doit respecter les conditions suivantes lorsqu'il a été reçu :

- Le contribuable et les personnes avec lesquelles il avait un lien de dépendance n'étaient pas propriétaires de plus de 5 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société qui a versé le dividende; et
- L'action vendue a été détenue pendant une période continue minimale de 365 jours prenant fin immédiatement avant la disposition.

Autrement dit, si le cédant et des personnes avec lien de dépendance détiennent au plus 5 % des actions de la société et que le cédant a détenu l'action vendue depuis plus d'un an au moment de la disposition, le dividende sera exclu et ne réduira pas la perte en capital subie à la disposition de l'action.

Les paragraphes 112(5.5) et 112(5.6) L.I.R. sont également des exceptions aux règles réduisant les pertes subies. Ces exceptions visent les actions évaluées à la valeur du marché pour les institutions financières.

Malgré la règle générale voulant que la perte pour la fiducie soit alors réduite des dividendes imposables reçus et attribués par la fiducie à une société, fiducie ou société de personnes, le paragraphe 112(3.12) L.I.R. indique que le dividende imposable reçu sur une telle action, lorsqu'il est attribué par une fiducie en application du paragraphe 104(19) L.I.R. à un bénéficiaire qui était une société de personnes ou une fiducie n'est pas inclus dans le total déterminé à l'alinéa 112(3.1)c) L.I.R., si la fiducie donnée établit que le dividende a été reçu par un individu.

Vous trouverez, à l'annexe 5, une synthèse des différents paragraphes qui s'appliquent lors de la restriction des pertes et des exceptions applicables.

1.1.7. Disposition d'actions détenues le 26 avril 1995

En vertu des anciens paragraphes 112(3) et suivants L.I.R., la perte réalisée sur la disposition d'une action était réduite du montant des dividendes reçus sur l'action à moins que l'action n'ait été détenue pendant 365 jours ou plus et que la société et des personnes avec qui elle a un lien de dépendance n'étaient pas propriétaires de plus de 5 % des actions d'une catégorie d'actions de la société qui a versé les dividendes.

En 1995, une modification importante apportée aux paragraphes 112(3) et suivants L.I.R. est survenue. Celle-ci rend moins attrayantes les planifications successorales qui prévoyaient l'application, en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R., d'une perte en capital subie par la succession lors du rachat d'une action (par exemple en vertu d'une convention de rachat) à l'encontre du gain en capital réalisé par la personne décédée.

Des règles « grand-père » sont prévues de façon à exclure certaines dispositions d'actions du nouveau mécanisme des paragraphes 112(3) et suivants L.I.R. Notamment, ces règles ne s'appliquent pas dans les cas suivants :

- a) la disposition est effectuée en conformité avec une convention écrite conclue avant le 27 avril 1995;
- b) la disposition d'une action d'une société est effectuée en faveur de celle-ci si :
 - i) le 26 avril 1995, l'action appartenait à un particulier autre qu'une fiducie,
 - ii) le 26 avril 1995, une société ou une société de personnes dont elle était un associé était la bénéficiaire d'une police d'assurance vie sur la tête du particulier ou de son époux ou conjoint de fait,
 - iii) il était raisonnable de conclure, le 26 avril 1995, que l'un des principaux objets de la police d'assurance vie était de financer le rachat de l'action par la société émettrice, et
 - iv) la disposition est effectuée par le particulier ou son époux ou conjoint de fait, la succession au cours de la première année d'imposition de la succession, la fiducie visée selon une disposition particulière de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou une fiducie exclusive en faveur de l'époux ou du conjoint de fait en certaines circonstances.

Selon ces anciennes règles, la perte n'était pas réduite par le dividende provenant du CDC. Donc, si les conditions des règles « grand-père » s'appliquent, il est toujours possible de faire une planification successorale afin de transférer la totalité de la perte en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. et ainsi l'utiliser afin de réduire les impôts sur le gain en capital réalisé par la personne décédée.

1.2. AUTRE QU'UN BIEN EN IMMOBILISATION

La première section du présent texte énonçait les différents tenants et aboutissants des règles limitant une perte réalisée par différentes entités au moment de la disposition par ces dernières d'une action qui constituait pour le cédant un bien en immobilisation.

Voyons ce que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit dans les cas où le bien disposé est une action autre qu'un bien en immobilisation.

1.2.1. Particulier (autre qu'une fiducie)

Lorsque le cédant est un particulier, la perte réalisée sur la disposition d'une action du capital-actions **d'une société résidant au Canada** est réduite de l'ensemble des dividendes reçus sur ladite action¹⁴. Dès qu'un dividende a été reçu d'une société résidant au Canada, qu'il soit imposable ou non, celui-ci réduira la perte lors de la disposition de cette action.

1.2.2. Société de personnes

La même règle¹⁵ est prévue dans les cas où le cédant est une société de personnes. Le total des dividendes reçus sur l'action par la société de personnes réduit la perte réalisée par celle-ci au moment où elle dispose de l'action et que l'action n'est pas pour elle un bien en immobilisation. Ici, par contre, cette règle s'applique à tous les dividendes reçus et non seulement à ceux reçus d'une société résidant au Canada.

1.2.3. Société

Dans le cas où le cédant est une société, la perte est réduite¹⁶ de l'ensemble des dividendes reçus sur l'action (jusqu'à concurrence des dividendes déductibles à l'article 112 L.I.R., aux paragraphes 115(1) L.I.R. ou 138(6) L.I.R.) et des dividendes non imposables.

¹⁴ Al. 112(4)a) L.I.R.

¹⁵ Al. 112(4)b) L.I.R.

¹⁶ Al. 112(4)c) L.I.R.

1.2.4. Fiducie

Le paragraphe 112(3.2) L.I.R. traite précisément de la limitation d'une perte subie par une fiducie au moment de la disposition par cette dernière d'une action qui était pour elle un bien en immobilisation. Quand l'action disposée n'est pas un bien en immobilisation, il faut plutôt consulter les règles prévues au paragraphe 112(4.2) L.I.R.

Ainsi, le montant de toute perte subie par une fiducie à la disposition d'une action qui ne constitue pas pour elle un bien en immobilisation doit être diminué des dividendes non imposables reçus par la fiducie sur l'action et non attribués par la fiducie comme le permettrait le paragraphe 104(20) L.I.R.

De plus, cette perte est également réduite des dividendes non imposables et des dividendes imposables attribués par la fiducie en vertu des paragraphes 104(20) et 104(19) L.I.R. respectivement.

En bref, seuls les dividendes imposables non attribués par la fiducie réduisent la perte réalisée par la fiducie au moment où elle dispose d'une action qui n'est pas pour elle un bien en immobilisation.

1.2.5. Exceptions

Les paragraphes 112(4.01), 112(4.21) et 112(4.22) L.I.R. excluent des dividendes à retrancher de la perte, le dividende qui a été reçu à un moment où le contribuable et des personnes avec lesquelles il avait un lien de dépendance n'étaient pas propriétaires, de plus de 5 % des actions émises du capital-actions d'une catégorie de la société qui a versé le dividende, en détention continue pendant une période minimale de 365 jours prenant fin immédiatement avant la disposition.

Autrement dit, si le cédant et des personnes avec lien de dépendance ont au plus 5 % des actions de la société et que le cédant détient l'action vendue depuis plus d'un an au moment de la disposition, le dividende reçu sur l'action ne réduira pas la perte.

Les institutions financières qui disposent d'actions qui ne sont pas pour elles des biens en immobilisation ne voient pas leur perte réduite par le paragraphe 112(4) L.I.R., puisque les paragraphes 112(5.5) et 112(5.6) L.I.R. prévoient précisément que de telles entités ne sont pas soumises aux règles limitant les pertes que nous venons de survoler lorsqu'elles disposent de biens évalués à la valeur du marché.

Vous trouverez, à l'annexe 6, une synthèse des différents articles qui s'appliquent lors de la restriction des pertes et des exceptions applicables.

1.3. RÈGLES VISANT LES ÉCHANGES D' ACTIONS

Souvenons-nous d'abord que les paragraphes 112(3) à 112(3.32) L.I.R. circonscrivent les limitations des pertes lors de la disposition d'une action qui est un bien en immobilisation.

Dans le cadre d'une opération à laquelle s'appliquent les articles 51, 85.1, 86 ou 87 L.I.R., quand une « nouvelle action » est acquise en échange d'une « ancienne action », et que plus tard le détenteur de cette nouvelle action en dispose, aux fins de l'application de l'un des paragraphes 112(3) à 112(3.32) L.I.R., cette nouvelle action est réputée être la même action que l'ancienne action.

Toutefois, les alinéas 112(7)a) et 112(7)b) L.I.R. précisent ce qui suit :

- Tout dividende reçu sur l'ancienne action est réputé reçu sur la nouvelle action jusqu'à un maximum de :

$$\text{Dividende reçu} \quad \times \quad \frac{\text{PBR de la nouvelle action après l'échange}}{\text{PBR de l'ensemble des nouvelles actions acquises en échange de l'ancienne action}}$$

- Le dividende maximum, qui peut réduire la perte, est de :

$$\text{PBR de l'ancienne action} \quad \times \quad \frac{\text{PBR de la nouvelle action après l'échange}}{\text{PBR de l'ensemble des nouvelles actions acquises en échange de l'ancienne action}}$$

Puisque les articles 51, 85.1, 86 et 87 L.I.R. sont d'application automatique et que le PBR des biens échangés devient le PBR des nouvelles actions, sans cette règle, il serait possible d'éviter la limitation des pertes prévue aux paragraphes 112(3) à 112(3.32) L.I.R. Le paragraphe 112(7) L.I.R. est donc une règle antiévitement.

1.4. DISPOSITION D'ACTIONS DE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE

L'expression « société étrangère affiliée » est définie au paragraphe 95(1) L.I.R. Ce vocable s'entend d'une société non résidente dans laquelle à la fois le pourcentage d'intérêt direct du contribuable est d'au moins 1 % et le total des pourcentages d'intérêt du contribuable et de celui de chacune des personnes qui lui sont liées est d'au moins 10 %.

À l'instar du paragraphe 112(3) L.I.R., les paragraphes 93(2) et suivants L.I.R. constituent des règles de minimisation des pertes subies à la disposition d'une action. Cette fois, l'action disposée est soit celle du capital-actions d'une SÉA, soit un droit direct ou indirect dans cette dernière. De plus, aucune distinction n'est à faire quant à la nature de l'action qu'elle soit un bien en immobilisation ou pas. Les paramètres énoncés à l'article 93 L.I.R., afin de limiter la perte subie, se modulent ici également avec variation en fonction du cédant.

1.4.1. Disposition d'actions de société étrangère affiliée

Aux fins du paragraphe 93(2) L.I.R., le cédant de l'action d'une SÉA est une société résidente du Canada ou une SÉA. Si ces mêmes entités réalisent une perte parce qu'une société de personnes, dont elles sont associées, dispose d'une participation dans une SÉA, alors le paragraphe 93(2.1) L.I.R. trouve plutôt application. Quand ces mêmes entités disposent directement de leurs parts dans une société de personnes qui, elle, détient des actions d'une SÉA, le paragraphe 93(2.2) L.I.R. devient celui auquel nous devons nous référer. Finalement, si une société résidente du Canada ou une SÉA réalise une perte à la suite de la disposition, par une société de personnes dont elle est associée, d'une part dans une autre société de personnes qui, elle, a un droit dans le capital-actions d'une autre SÉA, c'est le paragraphe 93(2.3) L.I.R. qui déterminera la marche à suivre.

Les « dividendes exonérés » dont il est question ici sont définis au paragraphe 93(3) L.I.R. et doivent notamment avoir été reçus :

- par la société résidant au Canada;
- par une autre société résidente du Canada qui lui est rattachée; ou encore
- par une SÉA de l'une de ces sociétés résidentes du Canada.

Aux fins des paragraphes 93(2) et 93(2.2) L.I.R., la totalité du dividende exonéré reçu réduit la perte. Tandis que pour les paragraphes 93(2.1) et 93(2.3) L.I.R., seulement la moitié des dividendes exonérés réduit la perte.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* mentionne également que lesdits dividendes exonérés ne réduiront pas la perte subie s'ils ont déjà réduit les pertes en capital déductibles de ces sociétés ou SÉA aux termes des paragraphes 93(2), 93(2.1), 93(2.2) ou 93(2.3) L.I.R.

Selon les modifications proposées, la loi est rectifiée afin de permettre à une société résidant au Canada, ou à sa SÉA, de récupérer le montant de la perte selon le moins élevé des montants suivants :

- le montant du dividende exonéré ayant réduit la perte;
- le total des sommes suivantes :
 - le total des gains en capital déterminé selon l'alinéa 39(2)a) L.I.R. :
 - soit au règlement d'une obligation qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été émise relativement à l'acquisition de l'action de la SÉA,
 - soit au rachat d'une action qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été émise relativement à l'acquisition de l'action de la SÉA;
 - le montant de tout gain réalisé aux termes d'une convention prévoyant l'achat, la vente ou l'échange de monnaie, s'il est raisonnable de considérer que cette convention avait pour principal objectif de couvrir la position de change découlant de l'action de la SÉA.

Vous trouverez, à l'annexe 7, les questions à se poser pour déterminer le montant de la perte.

1.4.2. Échange d'actions

Dans le cas où un contribuable résidant au Canada ou une SÉA du contribuable a acquis des actions d'une SÉA, lors de la disposition d'actions

d'une autre SÉA du contribuable, des règles spéciales¹⁷ sont prévues à la condition que le paragraphe 40(3.4) L.I.R. ne s'applique pas à ladite disposition. L'application du paragraphe 40(3.4) L.I.R. sera analysée plus loin dans le présent texte. Selon ce paragraphe, la perte est réputée nulle. Le cédant doit ajouter la perte admissible par ailleurs au PBR des actions dont il est propriétaire immédiatement après la disposition.

2. AUTRES RESTRICTIONS CONCERNANT LES PERTES EN CAPITAL

Dans la section précédente, nous avons analysé les différentes restrictions relatives à l'utilisation des pertes lorsqu'une action a été disposée alors qu'un dividende avait été reçu sur cette action. Dans la présente section, nous passerons en revue les autres restrictions prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement à l'utilisation des pertes.

2.1. RESTRICTIONS PRÉVUES AU PARAGRAPHE 40(2) L.I.R.

Le paragraphe 40(2) L.I.R. précise la règle générale en y posant certaines restrictions dans des cas bien précis.

2.1.1. Perte à la disposition d'une dette à une personne liée

Ainsi donc, une perte résultant de toute disposition par un cédant, en faveur d'une personne ou d'une société de personnes données, d'une dette qui était, immédiatement après la disposition, payable par une autre personne ou société de personnes liée au cédant et à la personne ou société de personnes donnée sera réputée nulle et donc refusée.

Les effets potentiels de la disposition d'une dette dans les circonstances prévues à l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R. sur le PBR de ladite dette sont édictés aux alinéas 53(1)f.1) et 53(1)f.11) L.I.R., lesquels seront étudiés dans la dernière portion du présent texte.

2.1.2. Droit de recevoir un prix

Est nul le gain ou la perte du contribuable issu de la disposition d'une chance de gagner un prix ou un pari¹⁸, de même que la disposition d'un droit de recevoir une somme comme prix ou comme enjeu d'un pari à l'occasion

¹⁷ Par. 93(4) L.I.R.

¹⁸ Al. 40(2)f) L.I.R.

d'une loterie ou d'un pari collectif, tel que l'entend l'article 205 du *Code criminel*¹⁹.

2.1.3. Perte sur créance

Toute perte sur la disposition d'une créance ou d'un autre droit de recevoir une somme qui n'a pas été acquise en vue de gagner un revenu d'une entreprise ou d'un bien, ou en contrepartie de la disposition d'un bien en immobilisation en faveur d'une personne avec qui le contribuable n'avait aucun lien de dépendance est réputée nulle²⁰.

2.1.4. Perte sur un bien à usage personnel

La perte résultant de la disposition d'un bien à usage personnel est réputée nulle²¹ à l'exclusion d'un bien meuble déterminé ou d'une créance visée au paragraphe 50(2) L.I.R. Lors de la disposition d'un bien meuble déterminé, la perte est admise jusqu'à concurrence du gain réalisé sur des biens de même nature²².

Le paragraphe 50(2) L.I.R. édicte que si, à la fin d'une année d'imposition, il est établi qu'une créance est un bien à usage personnel d'un contribuable qui est dû par une personne sans lien de dépendance avec celui-ci et que le contribuable établit que ladite créance est devenue irrécouvrable au cours de l'année, il y a disposition réputée de la créance.

Le produit de disposition de la créance est alors réputé égal à l'excédent éventuel du PBR de la créance pour le cédant immédiatement avant la fin de l'année, sur le montant de son gain tiré de la disposition du bien à usage personnel dont le produit de disposition comprenait cette créance.

Le contribuable est également réputé avoir réacquis la créance immédiatement après la fin de l'année à un coût égal au prix déterminé précédemment.

¹⁹ L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

²⁰ S.-al. 40(2)g)(ii) L.I.R.

²¹ S.-al. 40(2)g)(iii) L.I.R.

²² Par. 41(2) L.I.R.

2.1.5. Perte sur disposition en faveur d'un régime

Une perte résultant de la disposition d'un bien en faveur d'une fiducie régie par un régime de participation différée aux bénéficiaires, un régime de participation des employés aux bénéficiaires, un régime enregistré d'épargne-invalidité, un fonds enregistré de revenu de retraite ou un compte d'épargne libre d'impôt dont il est le bénéficiaire ou le devient immédiatement après la disposition est réputée nulle²³.

Sera également présumée nulle la perte issue de la disposition d'un bien en faveur d'une fiducie régie par un régime enregistré d'épargne-retraite en vertu duquel le contribuable ou son époux ou conjoint de fait est le rentier ou le devient dans les 60 jours suivant la fin de l'année d'imposition.

2.1.6. Perte sur une action d'une société contrôlée

La perte réalisée par une société lorsqu'elle dispose d'actions d'une société qu'elle contrôlait, directement ou indirectement ou de quelque manière que ce soit, à un moment donné de l'année, est assujettie à un rajustement²⁴. Ce rajustement s'applique si la société contrôlée a disposé d'un bien en faveur d'une autre société et que la perte de la société contrôlée a augmenté le PBR du bien acquis par cette autre société en vertu de l'alinéa 53(1)f.1) L.I.R. De plus, il faut qu'il soit raisonnable de considérer que la perte subie par la société contrôlée s'est accumulée pendant qu'elle était une société contrôlée. Comme nous le verrons ultérieurement, l'augmentation du PBR, en vertu de l'alinéa 53(1)f.1) L.I.R., s'applique lorsqu'une créance est disposée à perte en faveur d'une personne liée et que l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R. s'applique pour réputer cette perte nulle.

2.1.7. Perte sur une action de société à capital de risque

La perte sur la disposition d'une action du capital-actions d'une société à capital de risque, d'une société à capital de risque de travailleurs ou d'une action du capital-actions d'une société canadienne imposable détenue dans le cadre d'un régime d'achat d'actions ou d'un bien substitué à l'une ou à l'autre de ces actions est réputée²⁵ être l'excédent de la perte sur (A) - (B) où :

²³ S.-al. 40(2)g)(iv) L.I.R.

²⁴ Al. 40(2)h) L.I.R.

²⁵ Al. 40(2)i) L.I.R.

- (A) toute aide reçue, ou en droit de recevoir sur l'action, par le cédant ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance;
- (B) l'ensemble des pertes relativement à une disposition antérieure de l'action, ou du bien qui la remplace, par le cédant ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance.

2.2. PERTE APPARENTE RÉPUTÉE NULLE

Est réputée nulle, en vertu du libellé du sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R., une perte apparente. Ainsi, une perte apparente ne sera jamais déduite à titre de perte en capital.

La définition de « perte apparente », qui se trouve à l'article 54 L.I.R., fait appel à la notion de personne affiliée, laquelle est elle-même déterminée à l'article 251.1 L.I.R. Observons successivement ces deux notions.

2.2.1. Personnes affiliées

Ainsi, il importe de rappeler sommairement que le groupe ciblé par les règles sur la minimisation des pertes édictées au sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R. se compose de personnes affiliées, c'est-à-dire du contribuable qui est un particulier, de son époux ou conjoint de fait et des entités qu'ils contrôlent (société de personnes, société et fiducie).

2.2.2. Définition de « perte apparente »

La condition première pour déclencher l'application des mesures reportant une perte est qu'il y ait disposition d'un bien. Cette disposition peut survenir tant dans le groupe affilié qu'à l'extérieur de celui-ci.

Afin que les règles de limitation des pertes s'appliquent, il faut de plus que le cédant, ou une personne affiliée à ce dernier, acquière le même bien, ou un bien identique (alors appelé bien de remplacement), à l'intérieur d'une période qui commence 30 jours avant la disposition du bien et qui se termine 30 jours après la disposition du bien, la période visée étant ainsi de 61 jours.

Ainsi, un bien directement transféré en faveur d'une personne affiliée sera clairement visé par les règles limitatives relatives aux pertes apparentes. Toutefois, le sera également le bien transféré entre personnes non affiliées lorsque le bien de remplacement est **acquis** par un membre du groupe affilié à l'intérieur de la période de **30 jours avant ou après la disposition**.

Finalement, outre une nouvelle acquisition du bien ou d'un bien identique dans la période de 61 jours, pour que les règles limitant les pertes dites apparentes s'appliquent, il faudra également que le bien cédé ou un bien identique soit détenu à la fin de la période de 30 jours suivant la disposition par le cédant ou une personne affiliée à celui-ci.

Afin de déterminer la présence d'une perte apparente, un droit d'acquérir un bien est réputé être un bien identique au bien, sauf dans le cas où le droit sert de garantie seulement et découle d'une hypothèque, d'une convention de vente ou d'un titre semblable.

2.2.3. Éléments d'exception à la notion de perte apparente

Comme toutes les règles qui se respectent, celles relatives aux pertes apparentes souffrent de leurs exceptions. Ainsi, bien qu'une perte remplisse au premier abord les critères permettant de la considérer comme apparente (c'est-à-dire qu'elle soit réalisée alors qu'il y a eu nouvelle acquisition du bien cédé ou d'un bien identique par une personne affiliée dans la période de 61 jours et que le bien soit toujours détenu par une personne affiliée du groupe 30 jours après la disposition), l'alinéa 54c) et suivants L.I.R. de la définition de « perte apparente » dans la loi détermine les dispositions de bien qui dérogent à la règle des pertes apparentes.

Si la disposition de bien analysé est faite dans le cadre d'une des circonstances prévues par un des alinéas c) à h) de la définition de « perte apparente » de l'article 54 L.I.R., alors ladite disposition de bien ne constituera pas une perte apparente. En conséquence, elle ne sera réputée nulle par le sous-alinéa 40(2)g)(i) L.I.R. Autrement dit, ladite disposition de bien sera une perte admissible pour le cédant.

L'alinéa 54c) L.I.R. couvre plusieurs situations dans le cadre desquelles jamais il n'y aura de perte apparente. On y trouve, entre autres, la disposition présumée immédiatement avant l'immigration²⁶, la disposition présumée d'une créance du contribuable reconnue comme une mauvaise créance ou d'une créance du contribuable à l'égard d'un bien à usage personnel reconnue comme une mauvaise créance²⁷ et la disposition présumée au décès du contribuable²⁸.

²⁶ Art. 128.1 L.I.R.

²⁷ Art. 50 L.I.R.

²⁸ Art. 70 L.I.R.

L'alinéa d) de la définition de « perte apparente » de l'article 54 L.I.R. prévoit que la disposition résultant de l'expiration d'une option ne sera pas une perte apparente.

À la lecture de l'alinéa 54e) L.I.R., on constate que ne sera jamais une perte apparente celle visée par l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R.

La définition de « perte apparente » exclut également, en vertu de l'alinéa 54f) L.I.R., une disposition effectuée par une société dont le contrôle a été acquis par une personne ou un groupe de personnes dans les 30 jours suivant la disposition.

Similairement, en vertu de la définition de « perte apparente » de l'alinéa 54g) L.I.R., une disposition effectuée par une personne qui, dans les 30 jours suivant la disposition, devient exonérée de l'impôt de la Partie I L.I.R. ne générera jamais de « perte apparente ».

Une disposition de bien attribué par une société à un actionnaire, dans le cadre d'une liquidation et effectuée selon les paramètres du paragraphe 69(5) L.I.R., fera également exception au concept de perte apparente, tel qu'il est édicté à l'alinéa h) de l'article 54 L.I.R.

De même, toute disposition à laquelle s'appliquent les règles du paragraphe 40(3.4) L.I.R., lequel vise les situations où le cédant est une société, une fiducie ou une société de personnes, est exclue de la définition de « perte apparente ». En résumé, la perte apparente ne s'applique donc que lorsque le cédant est un particulier autre qu'une fiducie.

2.2.4. Impact fiscal d'une perte apparente

Le sous-alinéa 40(2)g)(i) L.I.R. ne refuse pas le droit à la perte, comme le fait par exemple l'article 112 L.I.R., mais en reporte la constatation jusqu'à ce que la perte se matérialise réellement.

La perte apparente augmente plutôt le PBR du bien de remplacement détenu par le cédant ou une personne affiliée, tel que le prévoit l'alinéa 53(1)f) L.I.R.

2.3. DISPOSITION PAR UNE SOCIÉTÉ, UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES OU UNE FIDUCIE

2.3.1. Conditions d'application

Le paragraphe 40(3.3) L.I.R. énonce les conditions à remplir afin que le paragraphe suivant trouve application. Ainsi, une perte ne se qualifie pas de perte apparente, étant donné l'application du paragraphe 40(3.4) L.I.R. si les formalités suivantes sont réunies :

- Une société, une fiducie ou une société de personnes dispose d'un bien en immobilisation :
 - autre qu'un bien amortissable, et
 - en dehors du cadre d'une disposition visée par les alinéas c) à d) de la définition de « perte apparente » de l'article 54 L.I.R.;
- Au cours de la période allant de 30 jours avant la disposition à 30 jours après cette dernière, le cédant ou une personne affiliée acquiert le même bien ou un bien identique, appelé bien de remplacement;
- À la fin de cette période, le cédant ou la personne affiliée à ce dernier est propriétaire dudit bien.

2.3.2. Règles d'application

Quand une société, une fiducie ou une société de personnes disposent d'un bien selon les conditions énumérées au paragraphe 40(3.3) L.I.R., la déduction de la perte se trouve reportée jusqu'à un moment ultérieur déterminé par le paragraphe 40(3.4) L.I.R.

Ainsi, cette perte est réputée être la perte du cédant, qui résulte de la disposition du bien effectuée immédiatement avant le premier des moments suivants, qui est postérieur à la disposition :

- le début d'une période de 30 jours tout au long de laquelle ni le cédant ni une personne affiliée à celui-ci ne sont propriétaires du bien de remplacement, ou d'un bien identique qui a été acquis après le jour qui précède de 31 jours le début de la période;

- la disposition réputée lors d'un changement de résidence²⁹ et du changement de statut imposable³⁰ du bien par le cédant s'il en était propriétaire;
- si le cédant est une société, le moment immédiatement avant l'acquisition de contrôle du cédant par une personne ou un groupe de personnes;
- si le bien de remplacement est une dette ou une action du capital-actions d'une société, le moment auquel le cédant ou une personne affiliée à celui-ci est réputé en vertu de l'article 50 L.I.R. avoir disposé du bien;
- si le cédant est une société, le moment auquel sa liquidation commence, sauf si le paragraphe 88(1) L.I.R. s'applique.

2.3.3. Biens identiques présumés

Nous venons d'observer que les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. commandent le report de la déduction de la perte réalisée dans certaines circonstances. Cependant, il existe des situations où les conditions d'application sont en fonction du fait qu'un bien donné soit identique à celui qui a été disposé. À cette fin précise, le paragraphe 40(3.5) L.I.R. énonce les présomptions que voici.

Ainsi, à l'instar des règles prévues dans la définition de « perte apparente » à l'article 54 L.I.R., aux fins de l'application des paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R., un droit d'acquérir un bien est réputé être un bien identique, sauf dans le cas où le droit sert de garantie seulement et découle d'une hypothèque, d'une convention de vente ou d'un titre semblable.

De plus, l'action du capital-actions d'une société, qui est acquise en échange d'une autre action dans le cadre d'une opération, est réputée être un bien identique à l'autre action, si selon le cas :

- les articles 51, 86 ou 87 L.I.R. se sont appliqués à l'opération;
- les conditions suivantes sont réunies :
 - l'article 85.1 L.I.R. s'est appliqué à l'opération,

²⁹ Art. 128.1 L.I.R.

³⁰ Par. 149(10) L.I.R.

- le paragraphe 40(3.4) L.I.R. s'est appliqué à une disposition antérieure sur l'action, et
- aucun des moments visés aux sous-alinéas 40(3.4)b(i) à 40(3.4)b(v) L.I.R. ne s'applique quant à la disposition antérieure.

Lorsque les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. trouvent application lors de la disposition par un cédant d'une action du capital-actions d'une société et que, par la suite, la société est fusionnée (en dehors du cadre de l'opération à laquelle l'alinéa 40(3.5)b) L.I.R. s'applique à l'action) ou fait l'objet d'une liquidation en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R., la société issue de la fusion ou la société mère est réputée être propriétaire de l'action tant qu'elle est affiliée au cédant.

Finalement, toujours en vertu du paragraphe 40(3.5) L.I.R., il est présumé que si, après la disposition de l'action, cette dernière est rachetée, acquise ou annulée par la société (en dehors du cadre d'une opération à laquelle l'alinéa 40(3.5)b) ou 40(3.5)c) L.I.R. s'applique à l'action), le cédant est réputé propriétaire de l'action tant que la société lui est affiliée.

2.4. PERTE LORS DU RACHAT D'UNE ACTION

En cas de rachat, par une société, de ses actions, sauf une action privilégiée de renflouement au sens du paragraphe 80(1) L.I.R., la perte du contribuable est réputée nulle.

Toutefois, l'alinéa 40(3.6)b) L.I.R. (confirmé par l'alinéa 53(1)f.2) L.I.R.) ajoute au calcul du PBR, pour le contribuable, d'une action d'une catégorie du capital-actions de la société qui appartenait au contribuable immédiatement après la disposition, le montant suivant :

$$\text{Perte} \quad \times \quad \frac{\text{JVM de l'action juste avant}}{\text{JVM juste après de l'ensemble des actions}}$$

Donc, si toutes les actions de la société, jadis détenues par le cédant, sont rachetées, le cédant perd tout, car alors il ne pourra augmenter le PBR d'autres actions étant donné qu'il ne détiendra plus d'action après ledit rachat. Donc, à titre de planification, il faudrait penser à racheter toutes les actions à l'exception d'une; de cette façon, la perte augmentera le PBR de cette action.

Le paragraphe suivant, à savoir le paragraphe 40(3.61) L.I.R., consigne une exception à l'application des paragraphes 40(3.4) et 40(3.6) L.I.R. dans les cas où le représentant légal du contribuable, au cours de l'administration de sa succession, fait le choix prévu au paragraphe 164(6) L.I.R. qu'une partie de la perte en capital d'une succession résultant de la disposition d'une action se reporte sur les années antérieures.

2.5. CESSATION DE RÉSIDENCE PAR UN PARTICULIER

Il y a des règles particulières lorsqu'un particulier dispose d'un bien après avoir cessé de résider au Canada, pour l'application des transactions suivantes :

- perte relative à une participation dans une société de personnes³¹;
- disposition par un contribuable d'une participation au capital d'une fiducie³²;
- limitations des pertes sur une action qui est une immobilisation³³; et
- cas des échanges d'actions³⁴.

D'abord, en vertu de l'alinéa 40(3.7)a) L.I.R., le particulier est réputé être une société en ce qui concerne les dividendes qu'il a reçus ou qui sont réputés en vertu de la Partie XIII L.I.R., lui avoir été versés, à un moment donné où il était non-résident, postérieurement au moment où il a acquis le bien la dernière fois.

L'alinéa 40(3.7)b) L.I.R. énonce une autre présomption lorsqu'un particulier dispose d'un bien après avoir cessé de résider au Canada. Chaque dividende imposable reçu et chaque montant réputé, par la Partie XIII L.I.R., lui avoir été payé, au titre de dividende provenant d'une société résidant au Canada, dans la mesure où il est raisonnable de considérer que ce montant se rapporte à un bien, est réputé être un dividende imposable reçu qui était déductible en application de l'article 112 L.I.R. dans le calcul de son revenu

³¹ Par. 100(4) L.I.R.

³² Par. 107(1) L.I.R.

³³ Par. 112(3) à 112(3.32) L.I.R.

³⁴ Par. 112(7) L.I.R.

imposable ou de son revenu imposable gagné au Canada pour l'année d'imposition qui comprend le moment donné.

Plus simplement, le paragraphe 40(3.7) L.I.R. réduit la perte qu'un particulier non résident réalise lorsqu'il dispose d'un bien (action, participation dans une société de personnes ou dans une fiducie) en reprenant les paramètres édictés par l'article 112 L.I.R. qui sont applicables aux sociétés. Afin d'adapter les règles relatives aux limitations des pertes prévues à l'article 112 L.I.R., le paragraphe 40(3.7) L.I.R. indique que le particulier est réputé être une société et conséquemment, les dividendes qu'il a reçus à titre de non-résident réduiront sa perte selon les paramètres de l'alinéa 112(3)b) L.I.R.

2.6. LIQUIDATION D'UNE SOCIÉTÉ

Quand, au moment de la liquidation d'une société, des biens de la société ont été attribués de quelque manière que ce soit à un actionnaire ou au profit de celui-ci, les règles suivantes s'appliquent :

- La société est réputée avoir disposé des biens immédiatement avant la liquidation pour un produit de disposition équivalant à leur JVM;
- L'actionnaire est réputé les avoir acquis à leur JVM immédiatement avant la liquidation.

La perte subie, par la société, sur les biens réputés disposés ne sera pas restreinte par les paragraphes 13(21.2), 14(12), 18(15), 40(3.4) et 40(3.6) L.I.R.

2.7. DISPOSITIONS EN FAVEUR DE PERSONNES AFFILIÉES

2.7.1. Disposition de bien en immobilisation amortissable

L'article 13 L.I.R. concerne la récupération d'amortissement. Sommairement, tout contribuable est tenu d'inclure à son revenu l'amortissement récupéré lors de la disposition d'un bien quand le produit de disposition dudit bien excède la fraction non amortie de son coût en capital à ce moment.

Le paragraphe 13(21.2) L.I.R. régit de façon bien précise les pertes sur transferts à l'intérieur d'un groupe de personnes affiliées et empêche ainsi le recours aux transferts de biens auxquels se rattachent des pertes latentes

comme moyen de céder le coût en capital élevé d'un bien dans le cas où la valeur de celui-ci est inférieure.

Ainsi, le paragraphe 13(21.2) L.I.R. s'applique quand à la fois :

- une personne ou une société de personnes dispose d'un bien amortissable en dehors du cadre d'un des alinéas c) à g) de la définition de « perte apparente » de l'article 54 L.I.R.; et
- que le moins élevé des montants suivants :
 - du coût en capital du bien transféré pour le cédant, et
 - de la JVM de l'ensemble des biens d'une catégorie immédiatement avant ce moment,

qui excède le montant qui serait par ailleurs le produit de disposition du bien transféré pour le cédant au moment de la disposition; et

- que le 30^e jour suivant la disposition, une personne ou une société de personnes qui est le cédant ou une personne affiliée à celui-ci est propriétaire du bien transféré ou a le droit de l'acquérir, sauf s'il s'agit d'un droit servant de garantie seulement et découlant d'une hypothèque, d'une convention de vente ou d'un titre semblable.

Le paragraphe 13(21.2) L.I.R. aura alors pour effet de retarder la reconnaissance de la disposition à un moment ultérieur alors que le bien sera « sorti » du groupe de personnes affiliées. Sommairement, la perte finale est réputée nulle et sera considérée comme un bien distinct amortissable. Ce bien sera réputé disposé au premier des moments suivants :

- le début d'une période de 30 jours tout au long de laquelle ni le cédant ni une personne affiliée à celui-ci ne sont propriétaires du bien de remplacement, ou d'un bien identique qui a été acquis après le jour qui précède de 31 jours le début de la période;
- le moment auquel le bien transféré n'est plus utilisé pour gagner du revenu;
- la disposition réputée lors d'un changement de résidence et du changement de statut imposable du bien par le cédant s'il en était propriétaire;

- si le cédant est une société, le moment immédiatement avant l'acquisition de contrôle du cédant par une personne ou un groupe de personnes;
- si le cédant est une société, le moment auquel sa liquidation commence, sauf si le paragraphe 88(1) L.I.R. s'applique.

2.7.2. Disposition d'immobilisation admissible

Le pendant de l'article 13 L.I.R., lorsque le bien disposé est une immobilisation admissible, se retrouve à l'article 14 L.I.R. en vertu duquel le contribuable peut se voir contraint d'ajouter à son revenu une forme de récupération au moment où il se départit d'un tel bien.

Normalement, selon le libellé de l'article 24 L.I.R., après la cessation de l'exploitation d'une entreprise, lorsqu'un contribuable n'est plus propriétaire d'un bien qui a de la valeur et qui était une immobilisation admissible relativement à l'entreprise, le montant cumulatif des immobilisations admissibles du contribuable est réduit.

Le paragraphe 14(12) L.I.R. traite de règles particulières ayant pour objectif le report de cette déduction lorsque le transfert d'une immobilisation admissible est fait à l'intérieur d'un groupe de personnes affiliées.

Les modalités déterminant ce moment auquel la déduction est reportée ressemblent grandement à celles édictées aux paragraphes 13(21.2) ou encore 40(3.4) L.I.R. avec quelques variantes.

2.7.3. Disposition de certains biens

La *Loi de l'impôt sur le revenu* énonce par son article 18 que, dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, certains éléments ne sont pas déductibles. À l'instar des dispositions législatives édictées aux paragraphes 13(21.2) et 14(12) L.I.R. vues précédemment, le paragraphe 18(15) L.I.R. reporte à un moment ultérieur la reconnaissance de la perte sur certains biens quand les transferts se font au sein d'un groupe de personnes affiliées.

2.7.4. Disposition dans le cadre d'une entreprise de prêt

La loi ne permet pas la déductibilité de certaines pertes subies par une société dont l'entreprise principale consiste à prêter de l'argent au Canada. Les présomptions retrouvées au paragraphe 18(15) L.I.R. s'appliquent lorsque l'ensemble des conditions suivantes est réuni :

- un contribuable dispose d'un bien;
- la disposition n'est pas visée à l'un des alinéas c) à g) de la définition de « perte apparente » de l'article 54 L.I.R.;
- le cédant n'est pas un assureur;
- l'activité du cédant est le prêt d'argent et le bien est utilisé dans cette activité;
- le bien est une action ou un prêt, une obligation, un billet, une créance hypothécaire, une convention de vente ou une autre créance;
- le bien n'était pas un bien en immobilisation du cédant juste avant la disposition;
- dans la période visée de 61 jours (30 jours avant ou 30 jours après la disposition), le cédant ou une personne affiliée acquiert le même bien ou un bien de remplacement; et
- à la fin de cette période, le cédant ou une personne qui lui est affiliée détient le bien de remplacement.

Cette perte sera refusée. Elle sera déductible par le cédant, au premier des moments suivants :

- le bien n'est plus détenu par le cédant ou une personne affiliée pendant une période de 30 jours;
- le cédant est réputé disposer de ses biens lors du changement de résidence ou d'un changement de statut imposable;
- il y a eu une acquisition de contrôle du cédant;
- le cédant a été liquidé, autrement qu'en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R.

3. RAJUSTEMENTS AU PRIX DE BASE RAJUSTÉ

3.1. DISPOSITION DE DETTE ENTRE PERSONNES AFFILIÉES

Lorsqu'une société canadienne imposable³⁵, une personne ou une société de personnes³⁶ disposent d'une dette en faveur d'un contribuable, que la perte est refusée en vertu de l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R., cette perte augmente le PBR de la créance pour l'acquéreur.

3.2. PERTE APPARENTE

Dans les cas où la perte est considérée comme une perte apparente et non déductible en vertu du sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R., le PBR du bien de remplacement est augmenté de l'excédent éventuel de la perte apparente sur le montant qui serait déduit en application des paragraphes 112(3), 112(3.1) ou 112(3.2) L.I.R. lors de la disposition.

En d'autres termes, bien qu'une perte apparente soit réputée nulle, il se peut qu'une **portion** de la perte s'ajoute au PBR du bien de remplacement. En effet, les restrictions prévues aux paragraphes 112(3), 112(3.1) et 112(3.2) L.I.R. limitent la perte. Le montant pour lequel la perte est réduite en vertu des paragraphes 112(3), 112(3.1) et 112(3.2) L.I.R. ne sera pas ajouté au PBR du bien de remplacement.

3.3. PERTE LORS DU RACHAT D'ACTIONS

Lorsque le bien disposé est une action et que le cédant en dispose en faveur de la société qui lui est affiliée, l'alinéa 40(3.6)a) L.I.R. édicte que la perte est réputée nulle.

Cette perte s'ajoute au calcul du PBR, pour le contribuable, d'une action d'une catégorie du capital-actions de la société qui lui appartenait immédiatement après la disposition.

³⁵ Al. 53(1)f.1) L.I.R.

³⁶ Al. 53(1)f.11) L.I.R.

CONCLUSION

Comme vous avez pu le remarquer, plusieurs dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* réduisent le montant de la perte déductible ou réputent que celle-ci est nulle. L'objectif de ce texte était, avant tout, de faire un survol de ces différentes règles. Il est évident que chacune de ces règles particulières aurait pu faire l'objet d'un texte.

Une fois que nous savons que la perte est réduite ou réputée nulle, il faut déterminer son traitement par la suite. En effet, celle-ci peut être perdue à jamais, elle pourrait être déductible lorsque certaines conditions seront respectées ou augmenter le PBR du bien dit de remplacement détenu par le cédant ou par une personne affiliée.

Généralement, en vertu des articles 112 et 93 L.I.R., la perte est réduite par certains dividendes reçus, le montant de la réduction de la perte ne sera jamais déductible et n'augmentera pas le PBR. L'application de la réduction de la perte est différente selon que le cédant est un particulier, une société, une société de personnes ou une fiducie.

De manière générale, lorsqu'il y a disposition en faveur d'une personne affiliée, la perte demeure la perte du cédant et celle-ci sera déductible lorsque la personne affiliée disposera du bien. Dans certains cas très précis, la perte augmentera le PBR du bien de remplacement.

Finalement, la plupart des limitations prévues à l'article 40 L.I.R. ne seront jamais déductibles.

ANNEXE 1

Application de l'alinéa 112(3)a) L.I.R.

Questions à se poser afin de déterminer si cet alinéa s'applique pour un particulier

Le particulier a-t-il reçu un dividende sur l'action?	Si ce n'est pas le cas, cette règle ne s'applique pas.
Le particulier et des personnes avec lien de dépendance détiennent-ils 5 % ou moins des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société qui a versé le dividende?	Si la réponse aux deux questions est oui, le dividende reçu est un dividende exclu pour l'application de cette règle.
Le particulier a-t-il détenu l'action pour une période continue de plus de 365 jours?	Le dividende exclu ne réduit pas la perte en capital.
Le particulier a-t-il reçu un dividende provenant du CDC sur l'action?	Si ce n'est pas le cas, cette règle ne s'applique pas.
Le particulier a-t-il reçu des dividendes imposables sur l'action pour un montant supérieur à la perte en capital subie à la disposition?	Si oui, cette règle ne s'applique pas.
<p>Dans tous les autres cas, la perte en capital sera réduite du moindre des montants suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> • le dividende provenant du CDC reçu sur l'action; • la perte moins les dividendes imposables reçus sur l'action. 	

ANNEXE 2

Application de l'alinéa 112(3)b) L.I.R.

Questions à se poser afin de déterminer si cet alinéa s'applique pour une société

La société a-t-elle reçu un dividende sur l'action?	Si ce n'est pas le cas, cette règle ne s'applique pas.
La société et des personnes avec lien de dépendance détiennent-ils 5 % ou moins des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société qui a versé le dividende? La société a-t-elle détenu l'action pour une période continue de plus de 365 jours?	Si la réponse aux deux questions est oui, le dividende reçu est un dividende exclu pour l'application de cette règle. Le dividende exclu ne réduit pas la perte en capital.
<p>Dans tous les autres cas, la perte en capital sera réduite du total des montants suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> • les dividendes imposables et déductibles dans le calcul du revenu de la société; • le dividende provenant du CDC reçu sur l'action; • le dividende en capital d'assurance vie. 	

ANNEXE 3

Application du paragraphe 112(3.1) L.I.R.

Questions à se poser afin de déterminer si ce paragraphe s'applique pour une société de personnes

La société de personnes a-t-elle reçu un dividende sur l'action?	Si ce n'est pas le cas, cette règle ne s'applique pas.
La société de personnes, le contribuable et des personnes avec lesquelles celui-ci avait un lien de dépendance détiennent-ils 5 % ou moins des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société qui a versé le dividende? La société de personnes a-t-elle détenu l'action pour une période continue de plus de 365 jours?	Si la réponse aux deux questions est oui, le dividende reçu est un dividende exclu pour l'application de cette règle. Le dividende exclu ne réduit pas la perte en capital.
L'associé est-il une fiducie dont le dividende imposable a été attribué à une société de personnes ou une fiducie et qu'il est établi qu'il a été reçu par un particulier?	Si oui, le dividende imposable est un dividende exclu pour l'application de cette règle.
L'associé est-il un particulier?	Si oui, voir à l'annexe 1.
L'associé est-il une société?	Si oui, voir à l'annexe 2.
Dans les cas où l'associé est une fiducie, la perte en capital sera réduite du total des dividendes imposables ou des dividendes en capital d'assurance vie attribués à un bénéficiaire qui est une société, une société de personnes ou une fiducie.	

ANNEXE 4

Application du paragraphe 112(3.2) L.I.R.

Questions à se poser afin de déterminer si ce paragraphe s'applique pour une fiducie

La fiducie a-t-elle reçu un dividende sur l'action?	Si ce n'est pas le cas, cette règle ne s'applique pas.
La fiducie, le bénéficiaire et des personnes avec lesquelles celui-ci avait un lien de dépendance détiennent-ils 5 % ou moins des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société qui a versé le dividende? La fiducie a-t-elle détenu l'action pour une période continue de plus de 365 jours?	Si la réponse aux deux questions est oui, le dividende reçu est un dividende exclu pour l'application de cette règle. Le dividende exclu ne réduit pas la perte en capital.
La perte en capital sera réduite du total des montants A et B.	

Montant A

La fiducie a-t-elle reçu un dividende provenant du CDC sur l'action?	Si ce n'est pas le cas, le montant A sera nul.
Est-ce que le total des dividendes imposables suivants est supérieur à la perte? <ul style="list-style-type: none"> • Reçus par la fiducie sur l'action; • Reçus et attribués à un bénéficiaire qui était un particulier; • Reçus et attribués à un bénéficiaire qui était une société, une société de personnes ou une autre fiducie et que : <ul style="list-style-type: none"> – l'action lui a appartenu plus de 365 jours, – la fiducie, le bénéficiaire et des personnes avec lesquelles celui-ci avait un lien de dépendance détiennent moins de 5 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société qui a versé le dividende. 	Si oui, le montant A sera nul.

Le **montant A** sera le **moindre** du dividende provenant du CDC et du calcul suivant :

La perte moins les dividendes imposables suivants :

- reçus par la fiducie sur l'action;
- reçus et attribués à un bénéficiaire qui était un particulier;
- reçus et attribués à un bénéficiaire qui était une société, une société de personnes ou une autre fiducie et que :
 - l'action lui a appartenu plus de 365 jours,
 - la fiducie, le bénéficiaire et des personnes avec lesquelles celui-ci avait un lien de dépendance détiennent moins de 5 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société qui a versé le dividende.

Montant B

Le total des dividendes imposables ou des dividendes en capital d'assurance vie reçus sur l'action et attribués par la fiducie en faveur d'un bénéficiaire qui est une société, une société de personnes ou une fiducie.

ANNEXE 5

**Synthèse des exceptions aux limitations des pertes
(immobilisation)**

Action disposée : Immobilisation	Le cédant est :		
	Particulier et société	Société de personnes	Fiducie
Limitation	Par. 112(3) L.I.R.	Par. 112(3.1) L.I.R.	Par. 112(3.2) L.I.R.
Exceptions			
Institutions financières – Biens évalués à la valeur du marché	Par. 112(5.5) et 112(5.6) L.I.R.	Par. 112(5.5) et 112(5.6) L.I.R.	Par. 112(5.5) et 112(5.6) L.I.R.
Détention continue de 365 jours et détention d'au plus 5 % avec lien de dépendance	Par. 112(3.01) L.I.R.	Par. 112(3.11) L.I.R.	Par. 112(3.31) L.I.R.
Attribution par une fiducie d'un dividende imposable si le bénéficiaire ultime est un particulier		Par. 112(3.12) L.I.R.	Par. 112(3.32) L.I.R.
Application des règles de disposition et d'acquisition réputées pour les fiducies			Par. 112(3.3) L.I.R.

ANNEXE 6

**Synthèse des exceptions aux limitations des pertes
(autres qu'une immobilisation)**

Action disposée : Autres qu'une immobilisation	Le cédant est :	
	Particulier, société de personnes, société	Fiducie
Limitation	Respectivement alinéas 112(4)a, b) et c) L.I.R.	Par. 112(4.2) L.I.R.
Exceptions		
Institutions financières – Biens évalués à la valeur du marché	Par. 112(5.5) et 112(5.6) L.I.R.	
Détention continue de 365 jours et détention d'au plus 5 % avec lien de dépendance	Par. 112(4.01) L.I.R.	Par. 112(4.21) L.I.R. Par. 112(4.22) L.I.R.

ANNEXE 7

Application des paragraphes 93(2), 93(2.1), 93(2.2) et 93(2.3) L.I.R.

Questions à se poser afin de déterminer si ces paragraphes s'appliquent pour une société

<p>Une des entités suivantes a-t-elle reçu un dividende exonéré sur l'action?</p> <ul style="list-style-type: none"> - Société résidant au Canada; - Par une autre société résidant au Québec qui est rattachée au contribuable; - Par une SÉA de l'une des sociétés mentionnées précédemment. 	<p>Si ce n'est pas le cas, ces règles ne s'appliquent pas.</p>
<p>Est-ce que la perte résulte de la disposition d'actions par une société de personnes?</p>	<p>Si oui, seulement la moitié des dividendes exonérés reçus doit être utilisée dans le calcul.</p>
<p>La perte sera réduite des dividendes exonérés reçus.</p>	
<p>Est-ce que les dividendes exonérés reçus ont déjà réduit une perte en capital?</p>	<p>Si oui, ce dividende ne réduira pas la perte.</p>
<p>Est-ce qu'un gain de change a été réalisé lors du règlement d'une obligation découlant de l'acquisition de l'action?</p>	<p>Si oui, ce gain de change augmentera la perte jusqu'à concurrence du dividende exonéré qui a réduit la perte.</p>

**PERTE AU TITRE D'UN PLACEMENT D'ENTREPRISE –
UNE MISE À JOUR**



Hugues Lachance
CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	8:3
1. PERTE AU TITRE D'UN PLACEMENT D'ENTREPRISE	8:3
1.1. RÈGLES DE BASE.....	8:3
1.1.1. Définition	8:3
1.1.2. Avantage	8:4
1.2. CONDITIONS	8:5
1.2.1. Perte en capital ou perte d'entreprise	8:5
1.2.2. Lien de dépendance.....	8:7
1.2.3. Application du paragraphe 50(1) L.I.R.	8:8
1.2.4. Perte sur une action	8:20
1.2.5. Perte sur une créance.....	8:23

2.	POSITIONS ADMINISTRATIVES	8:25
2.1.	AGENCE DU REVENU DU CANADA	8:25
2.2.	REVENU QUÉBEC.....	8:26
3.	VÉRIFICATION	8:27
3.1.	DEMANDE D'INFORMATION DES AUTORITÉS FISCALES.....	8:27
3.2.	DOCUMENTATION ADÉQUATE.....	8:28
	CONCLUSION	8:31

INTRODUCTION*

Il existe de nombreux avantages fiscaux reliés aux investissements réalisés auprès de sociétés privées sous contrôle canadien¹ (ci-après « SPCC ») qui sont des sociétés exploitant une petite entreprise² (ci-après « SEPE »). L'un de ces avantages est de permettre à l'investisseur de déduire une perte en capital à l'encontre de toutes autres sources de revenu lorsque cette perte se qualifie à titre de perte au titre d'un placement d'entreprise (ci-après « PTPE ») selon les dispositions de l'alinéa 39(1)c) L.I.R. et de l'article 232.1 de la *Loi sur les impôts*³. Plusieurs conditions doivent être remplies pour qu'un contribuable puisse déduire une telle perte.

Depuis quelques années, les autorités fiscales ont développé un processus de vérification élaboré visant les PTPE. À titre d'exemple, un questionnaire est envoyé presque systématiquement chaque fois qu'un contribuable déduit une PTPE dans sa déclaration de revenus.

L'objet du présent texte est de mettre à jour les règles permettant de déduire une PTPE. Nous ferons une brève revue de la jurisprudence des dernières années, des positions administratives et des demandes des autorités fiscales dans le cadre de la vérification d'un contribuable ayant déduit une PTPE.

1. PERTE AU TITRE D'UN PLACEMENT D'ENTREPRISE

1.1. RÈGLES DE BASE

1.1.1. Définition

En vertu de l'alinéa 39(1)c) L.I.R., une PTPE est une perte en capital qui résulte de la disposition d'un bien à laquelle :

* L'auteur tient à remercier M^e Judith Gauthier, avocate, LL. M., KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l. et M^e Émilie St-Onge, notaire, LL. M., KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l. de leur collaboration lors de la préparation du présent texte. L'auteur est cependant responsable de toute erreur ou omission.

¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 125(7).

² Par. 248(1) L.I.R.

³ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

- i) le paragraphe 50(1) L.I.R. s'est appliqué; ou
- ii) en faveur d'une personne avec laquelle le contribuable n'avait aucun lien de dépendance.

De plus, le bien ayant fait l'objet d'une disposition doit être :

- iii) une action du capital-actions d'une SEPE; ou
- iv) une créance du contribuable en faveur d'une SPCC qui est :

A) une SEPE,

B) un failli⁴ qui était une SEPE, ou

C) une personne morale visée à l'article 6 de la *Loi sur les liquidations et les restaurations*⁵ qui était une SEPE.

Comme on peut le constater, cette définition présente de nombreuses embûches et soulève plusieurs questions d'interprétation qui ont été débattues devant les tribunaux à certaines occasions.

1.1.2. Avantage

Au même titre qu'une perte en capital, seulement 50 % d'une PTPE est admissible à une déduction. La PTPE offre toutefois un avantage important en permettant au contribuable de la déduire à l'encontre de n'importe quel type de revenu⁶ dans l'année où la perte se réalise. À défaut d'avoir suffisamment de revenus pour réclamer la totalité de la PTPE dans l'année pour laquelle la perte a été subie, le contribuable pourra la reporter à titre de perte autre qu'en capital sur les 3 années antérieures ou les 10 années postérieures⁷. Après une période de 10 ans, une PTPE non déduite devient

⁴ Selon le paragraphe 248(1) L.I.R., le terme « failli » s'entend au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

⁵ L.R.C. 1985, c. W-11 (ci-après « L.L.R. »).

⁶ Voir l'alinéa 3d) L.I.R.

⁷ Al. 111(1)a) et élément E de « perte autre qu'une perte qu'en capital » au paragraphe 111(8) L.I.R. La PTPE n'est incluse dans les pertes autres qu'en capital que pour une durée de 10 ans, contrairement à une perte d'entreprise qui, elle, est reportable sur une période de 20 ans.

une perte en capital reportable à l'encontre de gains en capital sans limite de temps, sauf en cas d'acquisition de contrôle.

Nous pouvons donc conclure que l'admission d'une perte à titre de PTPE est beaucoup plus avantageuse pour un contribuable que la réclamation d'une simple perte en capital. Ce commentaire est d'autant plus pertinent lorsqu'un contribuable détient peu d'actifs générant du gain en capital puisque la PTPE est reportable à l'encontre de tout type de revenu.

1.2. CONDITIONS

1.2.1. Perte en capital ou perte d'entreprise

Avant de déterminer si une perte en capital est bien une PTPE, il faut d'abord statuer sur la nature de la perte, à savoir s'il s'agit d'une perte en capital ou d'une perte d'entreprise⁸. Ainsi, une perte sur un bien d'inventaire ou un bien détenu dans le cadre d'un projet comportant un risque ou une affaire à caractère commercial⁹ pourrait être pleinement déductible plutôt que constituer une perte en capital. L'affaire *Happy Valley Farms c. La Reine*¹⁰ est une décision clé à cet égard en établissant les critères permettant de distinguer les biens de nature capital et des biens d'entreprise. Ces critères ont d'ailleurs été repris dans de nombreuses décisions ultérieures. Parmi les critères énumérés dans cette décision, nous retrouvons notamment l'intention à l'achat du bien et l'intention secondaire, la durée de détention du bien ainsi que les activités du contribuable.

Il est donc important de déterminer dans un premier temps si la perte pourrait être déduite en entier plutôt qu'à moitié, et ce, à l'encontre de toute autre source de revenu.

Récemment, la décision *Valliant Cleaning c. La Reine*¹¹ est venue confirmer qu'une perte sur une avance de fonds à une filiale pouvait, selon certaines circonstances, être traitée comme une perte d'entreprise.

⁸ Par. 9(2) L.I.R.

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-459, « Projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial », 8 septembre 1980.

¹⁰ 86 D.T.C. 6421.

¹¹ 2008 D.T.C. 5112.

Le contribuable, une société canadienne (ci-après « Canco »), était un fournisseur de pièces dans le secteur de l'automobile et avait pour principal client Ford Motors Company (ci-après « Ford »). Il était l'un des seuls fournisseurs de ce type d'équipement au Canada et le seul dans la région de Windsor. Au cours des années 1990, Ford a implanté un nouveau plan de mondialisation visant à réduire le nombre de fournisseurs privilégiés « Tiers I » tout en leur imposant une présence globale en Europe. En 1996, afin de maintenir son statut de fournisseur privilégié, Canco a fait l'acquisition d'une filiale au Royaume-Uni (ci-après « Filiale »). Entre 1999 et 2001, Canco a fait des avances à Filiale afin qu'elle puisse voir à la réalisation de ses contrats.

Au moment de l'acquisition, Filiale avait des difficultés financières en lien avec des projets en cours qui ne généraient aucun profit. Des employés de Canco furent dépêchés au Royaume-Uni, ce qui a occasionné une augmentation des coûts. Plusieurs contrats ont également été réalisés au Canada et ont diminué les revenus de Filiale. En 2000, la banque a obligé Canco à recapitaliser Filiale. Canco a alors fait des avances afin de s'assurer que les projets puissent se poursuivre et que les contrats actuels avec les clients ne soient pas abandonnés. Après avoir radié un investissement de 7,4 M\$ dans Filiale, Canco refait de nouvelles avances à Filiale qui avait signé de nouveaux contrats même si le recouvrement était peu probable.

En 2001, un autre investissement de 13,6 M\$ dans Filiale fut radié et Canco ferme alors Filiale. Jusqu'en 2004, selon les états financiers et les déclarations de revenus de Canco, les pertes avaient été considérées comme étant des pertes en capital. Le nouveau chef de la direction financière les a toutefois reclassées à titre de dépenses et a produit une demande auprès de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») afin d'obtenir un avis de détermination des pertes. La détermination de la nature d'une dépense (en capital vs courante) est principalement une question de fait. Afin de qualifier la perte à titre de dépense courante, il faut être en mesure de prouver que même si les fonds provenant des avances ont été utilisés dans les activités de Filiale, il s'agit en fait de dépenses finalement engendrées au bénéfice des activités canadiennes.

Canco faisait face à deux problèmes :

Les dépenses ont été initialement traitées à titre de dépenses en capital, autant du point de vue comptable que sur le plan fiscal. De plus, les avances s'échelonnent sur plusieurs années et au bénéfice de Filiale, une entité légale distincte détenue par Canco. Cette dernière a réussi à contrecarrer ces deux obstacles en démontrant qu'elle se devait d'établir une présence en Europe

afin de conserver son statut de fournisseur privilégié du secteur de l'automobile.

De plus, Canco avait à l'origine l'intention de développer le marché anglais par le biais de ses investissements dans Filiale et que c'était la raison initiale du traitement au titre de dépenses en capital. La Cour canadienne de l'impôt a analysé les avances ultérieures à Filiale en qualifiant la situation d'unique (car on continuait les avances malgré les nombreuses pertes).

En prenant la décision que ces avances changent de nature sur une période de temps, le juge tenait à spécifier qu'il ne voulait pas « ouvrir trop grande la porte aux déductions du financement des activités entre une société mère canadienne et sa filiale étrangère ». La Cour a cité les arrêts *Canderel Ltée c. La Reine*¹², *Toronto College Park Ltd. c. La Reine*¹³ et *Ikea Ltd. c. La Reine*¹⁴ afin de déterminer que les principes comptables généralement reconnus (PCGR) n'étaient que des outils d'interprétation et peuvent donc ne pas refléter la réalité fiscale du contribuable. La Cour a ensuite cité l'arrêt *Shell Canada Ltée c. La Reine et autres*¹⁵ afin de démontrer que l'usage des avances est le critère le plus important dans la détermination de la déductibilité dans ce cas précis : le but était de protéger les revenus des activités de la société mère canadienne en s'assurant de conserver la satisfaction de ses clients et la protection de sa réputation.

En avançant les fonds à Filiale, Canco était en mesure de conserver son statut de fournisseur privilégié avec Ford, son but ultime. Il n'y avait aucun bénéfice pour Filiale dans ces avances et s'il y avait un bénéfice, ce bénéfice était secondaire et mineur puisque Filiale était proche de la faillite. Par conséquent, les avances faites à partir des années 2000 ont pu être pleinement déduites du revenu.

1.2.2. Lien de dépendance

L'une des conditions afin qu'une perte en capital soit admissible à titre de PTPE est que la disposition du bien pour laquelle le contribuable réclame la PTPE soit faite en faveur d'une personne n'ayant aucun lien de dépendance avec ce dernier. En vertu de l'alinéa 251(1)a) L.I.R., des

¹² 98 D.T.C. 6100; [1998] 1 R.C.S. 147.

¹³ 98 D.T.C. 6088; [1998] 1 R.C.S. 183.

¹⁴ 98 D.T.C. 6092.

¹⁵ 99 D.T.C. 5669.

personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance. On retrouve la définition de « personnes liées » au paragraphe 251(2) L.I.R.¹⁶ Il faut toutefois noter que cette condition est nécessaire uniquement lorsque le paragraphe 50(1) L.I.R. n'est pas applicable à la disposition du bien.

1.2.3. Application du paragraphe 50(1) L.I.R.

Étant donné qu'il est plutôt rare de vendre une action ou une créance d'une société insolvable à une personne sans lien de dépendance, les situations auxquelles fait référence le paragraphe 50(1) L.I.R. sont fréquentes surtout en période de ralentissement économique. Le paragraphe 50(1) L.I.R. prévoit une disposition réputée d'une créance ou d'une action pour un produit de disposition nul lorsque certaines conditions sont respectées. L'application de cette disposition crée donc une perte en capital pour le contribuable qui pourra être considérée comme une PTPE si les critères de l'alinéa 39(1)c) L.I.R. sont également respectés. Pour être admissible à une telle perte, le contribuable doit d'abord établir qu'il détient, soit une créance devenue irrécouvrable durant l'année¹⁷, soit une action du capital-actions d'une société qui satisfait à l'une des conditions suivantes¹⁸ :

- i) la société est devenue un failli au cours de l'année au sens du paragraphe 248(1) L.I.R.;
- ii) la société est une personne morale visée à l'article 6 L.L.R. qui est insolvable et qui a fait l'objet d'une ordonnance de mise en liquidation au cours de l'année;
- iii) l'ensemble des conditions suivantes :
 - A) la société est insolvable,
 - B) ni la société ni une société qu'elle contrôle n'exploite d'entreprise,
 - C) la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de l'action est nulle,

¹⁶ Pour plus de détails sur la notion de lien de dépendance, consulter : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Définition de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, ainsi que les articles 251 et 252 L.I.R.

¹⁷ Al. 50(1)a) L.I.R.

¹⁸ Al. 50(1)b) L.I.R.

D) il est raisonnable de s'attendre à ce que la société soit dissoute ou liquidée et ne commence pas à exploiter une entreprise.

Le contribuable doit également exercer un choix pour l'application du paragraphe 50(1) L.I.R. dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition durant laquelle l'une des deux situations prévues ci-dessus s'est concrétisée.

1.2.3.1. Exercice du choix

Il n'existe aucun formulaire prescrit pour exercer le choix prévu au paragraphe 50(1) L.I.R. Le choix doit cependant accompagner la déclaration de revenus produite. À cet égard, dans l'affaire *Soja c. La Reine*¹⁹, la Cour canadienne de l'impôt a refusé la PTPE d'un contribuable en raison d'une omission d'exercer le choix. La Cour a refusé de considérer que le choix avait été exercé par la demande de PTPE dans un avis d'opposition.

À défaut d'exercer le choix dans les délais prescrits, le contribuable peut faire une demande de choix tardif visé par règlement auprès du ministre dans les 10 ans qui suivent l'année pour laquelle le choix devait être exercé conformément au paragraphe 220(3.2) L.I.R. Le paragraphe 50(1) L.I.R. étant prévu à l'article 600 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*²⁰, le ministre a donc un pouvoir de donner effet au choix malgré l'expiration du délai. Il faut toutefois noter que cette autorisation est discrétionnaire. Par conséquent, le ministre peut décider de refuser d'accueillir la demande du contribuable. Même si les tribunaux ont parfois accordé la production de choix ou de désignation tardive ou encore renvoyé certaines demandes pour une nouvelle analyse malgré le fait que l'ARC avait refusé la prorogation de délai²¹, le pouvoir du ministre demeure discrétionnaire.

La production dans les délais prescrits peut parfois s'avérer difficile en pratique étant donné que pour qualifier la perte à titre de PTPE, la société doit se qualifier à titre de SEPE à un moment dans les 12 mois précédant la disposition présumée²². Le paragraphe 50(1) L.I.R. prévoyant une disposition à la fin de l'année dans laquelle le choix est exercé, le

¹⁹ [2007] 3 C.T.C. 2263 (C.C.I.).

²⁰ C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

²¹ *Simmonds c. MRN*, [2006] 2 C.T.C. 261 (C.C.I.), *Gjernes c. Canada*, [2007] 4 C.T.C. 103 (C.C.I.), *Canada c. Nassau Walnut Investments*, [1998] 1 C.T.C. 33 (C.F.).

²² Par. 248(1) L.I.R.

contribuable pourrait exercer le choix tardivement en ayant omis de constater la PTPE pour une année donnée. En effet, il peut s'écouler plusieurs mois entre le moment de la cessation des activités d'une société et le moment où le contribuable peut affirmer que sa créance est véritablement devenue irrécouvrable. Tel que nous le verrons dans la prochaine section, une telle décision nécessite de recueillir un minimum d'informations afin de constater l'incapacité véritable de la société de payer la dette. Ce commentaire est d'autant plus pertinent lorsqu'il s'agit d'une action du capital-actions d'une société qui est un failli, selon une ordonnance de liquidation ou insolvable et qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que la société soit dissoute ou liquidée. À titre d'exemple, si une société cesse d'exercer ses activités le 29 décembre 2008 avant de devenir un failli le 1^{er} mai 2009, le contribuable aura produit sa déclaration pour l'année 2008 (au plus tard le 30 avril 2009) sans avoir exercé le choix prévu au paragraphe 50(1) L.I.R. Le choix sera alors exercé pour l'année 2009, ce qui créera une disposition réputée le 31 décembre 2009. En théorie, une telle situation ne respecterait donc pas le critère de « SEPE à un moment dans les 12 mois précédant la disposition ».

En vertu du paragraphe 220(3.5) L.I.R., lorsque l'ARC accepte un choix tardif, le contribuable est passible d'une pénalité égale au moins élevé de 8 000 \$ ou 100 \$ multiplié par le nombre de mois écoulés entre le moment où le choix devrait être fait et le moment où le choix est déposé.

1.2.3.2. Créances irrécouvrables

L'interprétation du critère de « créance irrécouvrable » a donné lieu à de nombreuses décisions. Parmi les décisions les plus importantes, nous pouvons notamment citer l'affaire *Rich c. La Reine*²³ dans laquelle plusieurs critères ont été élaborés par la division de l'appel de la Cour fédérale sous la plume du juge Rothstein (maintenant juge à la Cour suprême du Canada) afin de déterminer si une créance peut être considérée comme irrécouvrable au sens du paragraphe 50(1) L.I.R. Dans son jugement, le juge Rothstein indique notamment que c'est le créancier qui considère lui-même les facteurs et qu'il s'agit simplement de déterminer « s'il a honnêtement et avec raison décidé que la créance était irrécouvrable »²⁴.

La créance faisant l'objet du litige provenait d'un prêt de 125 000 \$ d'un contribuable à la société dont il était actionnaire à 25 % et son fils à 75 %. La

²³ [2004] 1 C.T.C. 308 (C.F.) (ci-après « *Rich* »).

²⁴ *Id.*, par. 12.

juge de la Cour canadienne de l'impôt a refusé la PTPE notamment sous prétexte que la créance n'était pas irrécouvrable durant l'année pour laquelle le choix en vertu du paragraphe 50(1) L.I.R. a été exercé. C'est dans ce contexte que la Cour a énoncé les différents critères à considérer dans l'analyse de la décision du contribuable de considérer la créance comme étant devenue irrécouvrable. Ces facteurs sont les suivants :

- 1) l'historique et l'âge de la créance;
- 2) la situation financière du débiteur, ses revenus et ses dépenses, gagne-t-il un revenu ou essuie-t-il des pertes?, sa trésorerie et son actif, son passif et les liquidités dont il dispose;
- 3) l'évolution du chiffre d'affaires total par rapport aux années antérieures;
- 4) l'encaisse, les comptes clients et autres disponibilités du débiteur à l'époque pertinente et par rapport aux années antérieures;
- 5) les comptes fournisseurs et autres exigibilités du débiteur à l'époque pertinente et par rapport aux années antérieures;
- 6) les conditions économiques générales ayant cours dans le pays, parmi l'ensemble des débiteurs et dans la branche d'activité du débiteur; et
- 7) l'expérience antérieure du contribuable en matière de radiation de créances irrécouvrables.

Le juge Rothstein a refusé d'accorder trop d'importance à la relation de dépendance entre le créancier et le débiteur. Il précise qu'un tel facteur peut amener la Cour à analyser plus attentivement la situation, mais en aucun cas cet élément ne peut permettre à lui seul de conclure que la décision du créancier selon laquelle la créance était irrécouvrable n'était pas raisonnable et honnête.

La Cour précise également qu'il n'est pas nécessaire pour un créancier d'épuiser tous les moyens possibles afin de recouvrer sa créance²⁵. Elle sous-entend que pour exiger d'un contribuable qu'il entreprenne des démarches pour recouvrer la créance avant de conclure que sa décision était raisonnable, il faut implicitement considérer qu'un recouvrement était

²⁵ *Id.*, par. 23.

effectivement réaliste²⁶. Ainsi, lorsque tous les faits, comme c'est le cas en l'espèce, indiquent que les chances de recouvrement sont quasiment nulles, la simple preuve de l'incapacité de payer du débiteur est suffisante pour conclure au caractère raisonnable de la décision²⁷. Comme une telle preuve avait été présentée, la Cour a conclu que le contribuable avait exercé le choix prévu au paragraphe 50(1) L.I.R. à bon droit.

Les critères du juge Rothstein dans la décision *Rich* ont été repris dans plusieurs décisions subséquentes. L'affaire *Kyriazakos c. La Reine*²⁸ en est un exemple. Dans cette décision, un contribuable a investi des sommes pour rénover un local dans le but de le transformer en boîte de nuit avant d'obtenir un permis d'alcool. À défaut d'obtenir le permis d'alcool, l'entreprise n'a jamais démarré ses activités. Le coinvestisseur a proposé d'exploiter une entreprise de divertissement pour enfants, mais la contribuable a jugé que ce type d'entreprise ne serait pas rentable. Une PTPE a été réclamée sans que la contribuable examine les états financiers de l'entreprise. Son analyse s'est arrêtée à ses discussions avec son comptable et l'ancien coinvestisseur. La contribuable savait que la situation financière de l'entreprise faisait en sorte que les chances de recouvrement étaient peu probables. La Cour a indiqué que, conformément aux critères élaborés dans la décision *Rich*, pour déterminer si la décision du contribuable était raisonnable, il ne faut pas s'en tenir aux éléments considérés uniquement. Il faut également déterminer si la situation financière de la société était effectivement sans espoir. Si tel est le cas, la Cour peut difficilement conclure que la décision était déraisonnable. Pour ces motifs, la Cour a conclu que même si la contribuable n'avait pas déployé des efforts considérables afin de recouvrer le montant de sa créance, la preuve de l'incapacité de payer de la société démontrait que la décision du contribuable de considérer la créance comme étant irrécouvrable était raisonnable dans les circonstances.

Ces mêmes critères ont été repris dans l'affaire *Netolitzky c. La Reine*²⁹. Dans cette décision, un contribuable et son épouse exploitaient une entreprise d'aménagement intérieur et d'étoffes. M. Netolitzky avait avancé plus de 7 M\$ à la société. Des PTPE de 1,65 M\$ et 1,5 M\$ ont respectivement été réclamées pour les années 1997 et 1998. Une PTPE de 3 M\$ a également été réclamée pour l'année 1999 à l'égard d'une créance de

²⁶ *Id.*, par. 25.

²⁷ *Id.*, par. 29.

²⁸ [2007] 3 C.T.C. 2038 (C.C.I.).

²⁹ [2006] 3 C.T.C. 2526 (C.C.I.) (ci-après « *Netolitzky* »).

M. Netolitzky envers une société d'aménagement de lots dans le but de la revendre et dont sa société de portefeuille détenait 35 % des actions. L'ARC a entièrement refusé les PTPE sous prétexte que les créances n'étaient pas devenues irrécouvrables au cours des années visées. La Cour a adopté une position contraire, en se basant sur les critères de la décision *Rich*, en concluant que le contribuable avait pris une décision raisonnable lorsqu'il a conclu que les créances étaient devenues irrécouvrables.

À l'égard des PTPE réclamées pour les années 1997 et 1998, la Cour a établi que la qualité d'homme d'affaires chevronné ainsi que la connaissance de la situation financière de la société de M. Netolitzky lui permettaient de prendre une décision éclairée à cet égard³⁰. Le fait d'avoir consulté un comptable qui connaissait bien les affaires courantes de la société afin de corroborer sa décision démontrait également que le contribuable a honnêtement et avec raison décidé que la créance était irrécouvrable. En ce qui concerne la PTPE réclamée pour l'année 1999, la Cour a refusé d'accorder trop d'importance au fait que la société ait connu un certain redressement après la réclamation de la perte³¹. Elle s'est basée sur un passage de l'arrêt *Rich* montrant que les considérations futures ne doivent pas intervenir dans la décision si elles ne sont basées que sur des conjonctures³² pour indiquer que le ministre a commis une erreur en évaluant la situation de la société *a posteriori* pour refuser la perte³³.

L'affaire *Spillman c. La Reine*³⁴ est une autre décision portant sur l'interprétation du paragraphe 50(1) L.I.R. Cette fois, la Cour canadienne de l'impôt devait déterminer si un contribuable pouvait réclamer une PTPE à l'égard de créances envers une société dont 25 % des actions étaient détenues en fiducie pour lui-même. Ces créances provenaient d'une cession de créances des autres actionnaires de la société qui ne voulaient plus investir de fonds supplémentaires dans l'entreprise alors que la situation financière de celle-ci le requérait. Le contribuable a ainsi accepté de supporter un prêt garanti par ces actionnaires en échange de leurs créances envers la société ainsi que de leurs actions. La Cour a conclu que la réclamation de la PTPE devait être acceptée en totalité, y compris pour le

³⁰ *Id.*, par. 14.

³¹ *Id.*, par. 30.

³² Précité, note 23, par. 14.

³³ *Netolitzky*, précité, note 29, par. 31.

³⁴ [2007] 1 C.T.C. 2313 (C.C.I.).

montant des créances cédées, puisque les créances, acquises par transfert ou non, appartenaient au contribuable³⁵.

Dans l'affaire *Mackay c. La Reine*³⁶, une autre décision portant sur la propriété d'une créance envers une société, la Cour a conclu que la PTPE réclamée par la contribuable devait être refusée puisque la véritable créance envers la société appartenait plutôt à son conjoint qui avait récemment fait faillite. Ce dernier avait emprunté des sommes de sa conjointe pour les prêter à la société dont il était actionnaire. Le prêt entre les conjoints était garanti par les actions de la société. Après avoir déclaré faillite, la garantie du conjoint a été considérée dans les procédures de faillite, ce qui a permis au contribuable de récupérer une partie des sommes qui lui étaient dues. La solde de la créance irrécouvrable n'étant pas en faveur d'une société, mais plutôt d'un particulier, la Cour a refusé la PTPE réclamée.

1.2.3.3. Sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R.

Afin de pouvoir réclamer une perte conformément au paragraphe 50(1) L.I.R., le contribuable doit posséder une créance acquise dans le but de gagner du revenu à défaut de quoi la perte sera considérée comme nulle en vertu du sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R. L'interprétation de l'expression « en vue de tirer un revenu » prévue au sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R. a été la source de plusieurs litiges. Parmi les décisions les plus importantes à ce sujet, nous pouvons notamment citer *La Reine c. Byram*³⁷. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a établi qu'il y avait une distinction à faire entre l'expression utilisée au sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R. et l'expression similaire utilisée à l'alinéa 20(1)c) L.I.R., qui a également fait couler beaucoup d'encre. En effet, alors que le test du sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R. se situe relativement au but de l'acquisition de la créance, le test de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. intervient plutôt dans l'utilisation des fonds empruntés.

Cette distinction a été réitérée dans la récente décision *Daniels c. La Reine*³⁸ portant sur une demande de PTPE refusée alors que la Couronne avait invoqué la décision *Singleton c. La Reine*³⁹ à l'appui de l'argument

³⁵ *Id.*, par. 10.

³⁶ 2006 CCI 530.

³⁷ 99 D.T.C. 5117 (C.C.I.) (ci-après « *Byram* »).

³⁸ [2007] 5 C.T.C. 2595.

³⁹ [2001] 2 R.C.S. 1046.

selon lequel les activités devaient être considérées distinctement lorsqu'il s'agit d'analyser le but de l'acquisition d'une créance ayant donné lieu à une perte. Dans cette affaire, le contribuable et son frère ont solidairement contracté des prêts totalisant 8 M\$ auprès d'une banque afin d'acquérir des débetures pour 4 M\$ chacun de Shoppers Trust Co. Les débetures étaient sans valeur en 1991. Les deux frères ont donc chacun déduit une PTPE de 3 M\$ en 1991. En 1992, en raison de son obligation solidaire, le contribuable a dû rembourser la totalité du prêt de 8 M\$. Afin de recouvrer sa créance, le contribuable a mis son frère en demeure de le rembourser à défaut de quoi il saisirait la débenture de Shoppers, ce qui aurait pour effet de le libérer de sa dette. Étant lui-même dans une situation financière difficile, le frère du contribuable n'a pas remboursé la dette et sa débenture a été saisie. Le contribuable a ensuite déduit un PTPE pour la débenture qui était sans valeur. La créance pour la débenture étant devenue irrécouvrable, le paragraphe 50(1) L.I.R. s'appliquait. L'alinéa 39(1)c) L.I.R. s'applique également puisque Shoppers est une SEPE. La seule question en litige consistait à déterminer si le sous-alinéa 40(2)g)(ii) L.I.R. devait s'appliquer pour refuser la perte. À cet égard, la Cour a d'abord indiqué que l'analyse du but du contribuable lors de l'acquisition de la débenture nécessitait de considérer la série d'activités en lien avec cette acquisition.

C'est dans cette perspective que la Cour a considéré qu'il faut remonter au prêt initial ayant donné lieu à l'exécution de la garantie, soit le moment où le contribuable et son frère ont contracté un prêt solidairement auprès d'une banque en vue d'acquérir des débetures afin de déterminer le but de l'acquisition de la créance devenue irrécouvrable. La Cour a également spécifié que le fait pour le contribuable de bénéficier d'un avantage fiscal important n'est pas suffisant en soi pour conclure que tel était le seul but du contribuable lors de l'acquisition de la créance.

Dans l'affaire *Elliott c. La Reine*⁴⁰, la Cour devait déterminer si la contribuable qui était solidairement responsable d'un prêt consenti en faveur de la société dont son conjoint était actionnaire pouvait réclamer une PTPE à la suite de l'exécution par la banque de sa garantie. La Cour indique d'abord que même si le paiement de la dette ainsi que la garantie en tant que tels n'ont pas eu lieu dans le but de générer du revenu en faveur du contribuable, ils ont toutefois permis à cette dernière d'être subrogée dans les droits de la banque et, par conséquent, de réclamer des intérêts sur le prêt. La Cour a donc conclu qu'étant donné que la subrogation place le contribuable dans la même position que la banque qui a elle-même prêté les sommes à la société

⁴⁰ [2005] 1 C.T.C. 2687.

dans le but de gagner du revenu, la contribuable détient une créance acquise dans le but de gagner du revenu et la PTPE ne peut donc être refusée pour le montant de la dette supportée⁴¹.

Le juge Rothstein, dans la décision *Rich*⁴², s'est également penché sur l'interprétation du sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R. C'est en analysant le but du contribuable lorsqu'il a avancé des sommes à la société qu'il a établi qu'il n'est pas nécessaire que le but prédominant du contribuable lors de l'acquisition de la créance ait été de tirer du revenu. Par conséquent, même si le but prédominant du contribuable était peut-être de venir en aide à son fils en injectant des fonds dans la société dont ce dernier était actionnaire majoritaire, le fait que le contribuable soit actionnaire et que le prêt portait intérêt était largement suffisant pour conclure que l'un des buts visés par l'acquisition de la créance était de gagner du revenu. À l'inverse, lorsqu'il est établi que la créance a été acquise uniquement dans le but de venir en aide à un proche, la perte sera réputée nulle⁴³ en vertu du sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R.

Il n'est pas toujours nécessaire que le lien entre les revenus escomptés et la créance soit direct. Par exemple, dans l'affaire *Byram*⁴⁴, le fait pour le contribuable d'avoir été actionnaire de la société dans le passé et d'être actionnaire de la société mère a été considéré comme suffisant, dans les circonstances, pour démontrer que le prêt à la société a été fait dans le but de gagner du revenu. En effet, le fait pour l'actionnaire de la société mère d'injecter des fonds dans la société exploitante lui permettait d'espérer que des revenus seraient générés de cette activité et qu'il pourrait éventuellement recevoir des dividendes. Cependant, la Cour indique clairement qu'à défaut de détenir des actions de la société à qui des fonds ont été avancés sans intérêt, le contribuable devra démontrer qu'il existe un lien suffisant entre l'expectative de recevoir des dividendes et le prêt en question⁴⁵.

La Cour canadienne de l'impôt a toutefois fait une distinction entre la situation prévue dans l'affaire *Byram* et la situation du bénéficiaire d'une fiducie familiale discrétionnaire actionnaire d'une société⁴⁶. En effet, la Cour

⁴¹ *Id.*, par. 26 et 27.

⁴² Précité, note 23.

⁴³ *Curtis c. La Reine*, 2004 D.T.C. 2445.

⁴⁴ Précité, note 37.

⁴⁵ *Id.*, par. 23.

⁴⁶ *Toews c. La Reine*, [2005] 5 C.T.C. 2139.

a considéré que le fait pour le contribuable d'être l'un des bénéficiaires et l'un des fiduciaires de la fiducie n'était pas suffisant pour considérer que le prêt du contribuable à la société dont la fiducie était actionnaire avait été fait dans le but de gagner du revenu. La fiducie étant une fiducie discrétionnaire, le contribuable pourrait ne jamais bénéficier des revenus potentiellement générés par cette activité.

Dans l'affaire *Morand c. SMRQ*⁴⁷, la Cour du Québec a conclu que le contribuable n'avait pas démontré que les avances du contribuable en faveur de la société avaient été faites avec une expectative raisonnable de profits. Les dépenses étaient plutôt de nature personnelle. M. Morand a constitué une société qui avait pour projet de faire des démonstrations d'obéissance et d'agilité par des chiens dans des écoles. Cependant, le projet n'a pas suscité l'intérêt des commissions scolaires, ce qui a permis au contribuable de faire deux démonstrations uniquement, rapportant un revenu total de 300 \$ à la société. Lorsque ce dernier a mis un terme aux activités de la société, la réclamation de la PTPE s'élevait à 27 299 \$. La Cour a énoncé ceci :

« Parmi les facteurs à prendre en considération pour évaluer l'intention réelle de "gagner un revenu", la jurisprudence retient : l'état des profits et pertes pour les années antérieures, la formation du contribuable, la capacité de l'entreprise, en termes de capital, de réaliser un profit après déduction de l'allocation à l'égard du coût en capital, le temps requis pour rentabiliser une activité de ce genre, la présence des ingrédients nécessaires à la réalisation éventuelle des profits, le nombre d'années consécutives pendant lesquelles des pertes ont été enregistrées, la persistance des facteurs qui causent les pertes, l'absence de planification, le défaut d'ajustements, etc.⁴⁸ »

La Cour a également conclu, dans ce cas, que la société était inactive en se basant sur le fait qu'elle ne détenait aucun compte de banque durant les deux dernières années. La société n'était donc pas exploitée à un moment quelconque dans les 12 mois qui précèdent le moment donné en vertu de l'article 240 L.I.

1.2.3.4. Actions du capital-actions d'une société

Tel qu'il a été mentionné précédemment, le paragraphe 50(1) L.I.R. trouve également application pour une perte sur une action du capital-actions d'une société lorsque la société satisfait à l'une des conditions prévues à l'alinéa 50(1)b) L.I.R. Alors que les deux premières situations sont le fait

⁴⁷ 2009 QCCQ 1101.

⁴⁸ *Id.*, par. 22.

que la société soit un failli ou qu'une procédure de liquidation soit entamée à l'égard de la société ne pose pas de problème d'interprétation véritable, il en est quelque peu différent de la troisième situation. En effet, cette dernière requiert la réunion des quatre conditions suivantes :

- A) la société est insolvable;
- B) ni la société ni une société qu'elle contrôle n'exploitent d'entreprise;
- C) la JVM de l'action est nulle;
- D) il est raisonnable de s'attendre à ce que la société soit dissoute ou liquidée et ne commence pas à exploiter une entreprise.

L'affaire *Wilkins c. La Reine*⁴⁹ est un exemple qui reflète bien le fait que la perte subie lors de la disposition d'une action n'entraîne pas automatiquement l'application du paragraphe 50(1) L.I.R. Le contribuable avait acquis des actions de catégorie B d'une société pour une somme de 5 000 \$/action. Ces actions ont été rachetées pour 500 \$ chacune et le contribuable a déclaré une PTPE. Le contribuable a également acquis des actions de catégorie A pour une somme totale de 130 000 \$, qui ont été rachetées pour 180 312 \$. Une PTPE a également été réclamée à l'égard des actions de catégorie A puisque le rachat a entraîné un dividende réputé ainsi qu'une perte en capital. La Cour a refusé la première perte puisque, s'il y avait perte, cette dernière aurait dû être déclarée une année plus tôt, soit l'année du rachat. La deuxième perte a également été refusée puisque les conditions de l'alinéa 39(1)c) L.I.R. n'étaient pas remplies. En effet, dans un premier temps, le paragraphe 50(1) L.I.R. ne s'est pas appliqué puisque même s'il y a eu disposition d'actions, la société n'était pas un failli, elle n'a su démontrer qu'elle était insolvable et aucune procédure de liquidation n'avait été entamée à son égard. Dans un deuxième temps, le contribuable était lié à la société en possédant un contrôle de fait, avec la collaboration de son coactionnaire, sur la société. En fait, le contribuable avait même réalisé un profit sur la disposition d'actions puisque le rachat a eu lieu pour un montant supérieur au prix payé. La perte résultait uniquement du dividende réputé qui a eu pour effet d'augmenter le prix de base rajusté (ci-après « PBR »).

⁴⁹ [2007] 3 C.T.C. 2414.

Dans l'affaire *Jacques St-Onge c. La Reine*⁵⁰, la Cour canadienne de l'impôt a dû interpréter le critère D) du sous-alinéa 50(1)b)(iii) L.I.R. alors qu'une société de gestion demandait une PTPE sur une action d'une société qui avait cessé ses activités. En effet, alors que le fait que les autres conditions étaient remplies n'était pas contesté, le ministre prétendait qu'au moment où la perte a été réclamée, il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que la société soit dissoute ou liquidée. Il faut mentionner que ce qui rend cette décision toute particulière est le fait que la fusion de la société de gestion et de la société insolvable survenue environ trois ans après le moment où l'on prétendait que le paragraphe 50(1) L.I.R. s'était appliqué a occasionné une perte d'entreprise pour la nouvelle entité fusionnée. Ainsi, dans la mesure où la PTPE est accordée, une double déduction quant à la même perte est admise pour la société détenant les actions de chacune des sociétés du groupe.

La Cour a conclu que la preuve du caractère raisonnable de la décision au moment où elle a été prise avait été établie. En effet, l'inactivité de la société pendant une période de plus d'un an sans avoir l'intention de reprendre les activités était un argument qui militait en faveur de cette conclusion⁵¹. La décision de fusionner les deux sociétés aurait été prise uniquement après que la PTPE a été refusée par le ministre afin de permettre, à tout le moins, à la société de gestion de bénéficier de la perte d'entreprise de la société inactive. La Cour indique que le critère à utiliser lors de l'analyse du caractère raisonnable de l'éventualité de la liquidation ou de la dissolution de la société est objectif. Il faut donc se demander si une personne indépendante ayant une bonne connaissance des faits aurait considéré qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que la société soit éventuellement liquidée ou dissoute⁵². La Cour a ensuite déterminé que le simple fait du double avantage fiscal qu'aurait également occasionné la liquidation était suffisant pour considérer qu'il était raisonnable de s'attendre à ce que la société soit éventuellement liquidée ou dissoute⁵³. La Cour a également ajouté en *obiter* qu'elle doutait cependant que la preuve de l'insolvabilité de la société eût été établie. Elle a toutefois accueilli l'appel à défaut pour le procureur du ministre d'avoir invoqué cet argument.

⁵⁰ [2004] 1 C.T.C. 2094 (C.C.I.).

⁵¹ *Id.*, par. 27.

⁵² *Id.*, par. 29.

⁵³ *Id.*, par. 36.

Il faut également noter que le paragraphe 50(1.1) L.I.R. prévoit une règle antiévènement spécifique afin de réputer une disposition de l'action pour laquelle le sous-alinéa 50(1)b)(iii) L.I.R. s'est appliqué pour un produit de disposition égal au PBR initial. Cette disposition s'applique lorsque le contribuable ou une personne avec qui il a un lien de dépendance est propriétaire de l'action et que la société ou une société qu'elle contrôle exploite une entreprise dans les 24 mois suivant la disposition de l'action. Ainsi, la société insolvable ne peut cesser d'exploiter l'entreprise temporairement afin de permettre au contribuable de bénéficier de la perte prévue au paragraphe 50(1) L.I.R. pour ensuite reprendre les activités.

1.2.3.5. Interaction des paragraphes 50(1) et 80(1) L.I.R.

Le paragraphe 80.01(6) L.I.R. prévoit qu'une dette réputée avoir été acquise de nouveau en vertu du paragraphe 50(1) L.I.R. constitue une dette déterminée. À moins qu'il n'existe aucun lien de dépendance entre le détenteur de la créance et le débiteur ou que le détenteur de la créance ne détienne aucune participation notable⁵⁴ dans le débiteur, la dette sera considérée comme étant une dette remise en vertu du paragraphe 80.01(7) L.I.R. Une telle présomption aura pour effet d'obliger la société débitrice à réduire ses soldes de pertes et de certains attributs fiscaux tels que les fractions non amorties du coût en capital (FNACC) et PBR des actifs détenus.

1.2.4. Perte sur une action

En plus de devoir respecter la condition prévue au sous-alinéa 39(1)c)(ii) L.I.R., à savoir qu'il n'y a aucun lien de dépendance entre l'acheteur et le vendeur ou que le paragraphe 50(1) L.I.R. s'applique, il faudra également respecter des conditions se rapportant à la nature du bien disposé.

Ces conditions seront différentes selon que le bien soit une action disposée ou une créance. Lorsque le bien est une action, cette dernière doit être une action du capital-actions d'une SEPE⁵⁵. Au paragraphe 248(1) L.I.R. à la définition « société exploitant une petite entreprise », on spécifie que pour être admissible à titre de SEPE, il faut être une SPCC dont la totalité ou

⁵⁴ Voir le paragraphe 80.01(2) « participation notable », alinéa b) L.I.R.

⁵⁵ En vertu du sous-alinéa 39(1)c)(iii) L.I.R.

presque, c'est-à-dire 90 % selon l'ARC, de la JVM des éléments de l'actif est attribuable soit :

- 1) à des actifs utilisés principalement dans une entreprise que la société ou une société qui lui est liée⁵⁶ exploite activement⁵⁷ principalement au Canada;
- 2) constitués d'actions du capital-actions ou de dettes d'une ou de plusieurs SEPE rattachées à la société au moment donné⁵⁸;
- 3) soit les deux conditions énumérées ci-dessus.

Plusieurs décisions ont été rendues concernant le statut de la société afin de déterminer si elle était une SEPE lors de la disposition du bien. Nous avons choisi les décisions les plus pertinentes.

Dans l'affaire *Glynn c. La Reine*⁵⁹, une contribuable a prêté des sommes à une société de fabrication dont elle était actionnaire. Après cessation des activités, la société a changé de nom dans le but de devenir une entreprise de gîte touristique. Ce projet ne s'étant jamais concrétisé, la société a loué ses locaux et a déclaré des revenus de location. Dans son jugement, la Cour a analysé les différentes définitions pertinentes pour déterminer si une PTPE peut être déduite dont la définition de « société exploitant une petite entreprise », qui exclut l'« entreprise de placements déterminés ». La définition d'« entreprise de placements déterminés » prévoit que l'entreprise a pour but principal de tirer un revenu de biens dont le revenu de loyers. La Cour a établi que les activités effectives de la société ainsi que la source de revenus sont des éléments cruciaux dans l'analyse du « but principal » de la société. L'objectif déclaré du contribuable est également un facteur, mais il est d'importance moindre. Ainsi, la Cour a conclu que même si le but initial de la société était l'exploitation d'un gîte touristique, ce but est, par la suite, devenu la location puisque l'entreprise de gîte touristique n'a jamais démarré ses activités.

⁵⁶ Voir l'alinéa 252(2)c) L.I.R.

⁵⁷ Voir au paragraphe 248(1) L.I.R. la définition d'« entreprise exploitée activement ».

⁵⁸ Il s'agit de société rattachée au sens du paragraphe 186(4) L.I.R. selon l'hypothèse que les SEPE sont, à ce moment, des sociétés payantes au sens du paragraphe 186(4) L.I.R.

⁵⁹ [2007] 3 C.T.C. 2172.

Dans l'affaire *Carlo Venneri c. La Reine*⁶⁰, il a également été jugé que la société n'était pas une SEPE. La société 2959-5451 Québec inc. a fait l'achat d'un terrain dans le but d'y construire des maisons et de les vendre. Cependant, la société a vendu le terrain à perte sans y construire des maisons. La société a connu des difficultés financières l'empêchant de mener à terme son projet. Le contribuable, soit l'actionnaire de la société, a réclamé une PTPE dans l'année de la vente du terrain.

La Cour a refusé l'admissibilité de la perte du contribuable comme une PTPE, jugeant plutôt qu'il s'agissait d'une perte en capital. Le contribuable n'a pas démontré avec l'aide de documents ou de faits que la société exploitait activement une entreprise. Cette dernière avait eu comme seule transaction, durant les six années, la vente du terrain. L'intention d'exploiter activement une entreprise n'est pas suffisante en elle-même, il doit y avoir des preuves que la société exploitait activement une société.

Par ailleurs, la Cour en a décidé autrement, soit en acceptant la PTPE dans la décision *Alain H. Belzile c. La Reine*⁶¹. Dans cette affaire, le contribuable avait prêté de l'argent à la société 9005-3166 Québec inc. Le contribuable était un avocat qui s'occupait de mettre sur pied des sociétés dont le but était de faire la construction d'immeuble d'habitation. La société a acheté un terrain sur lequel elle a construit un immeuble de huit logements. La société a dû louer les logements pendant plusieurs années, en attendant que la vente de l'immeuble se conclue. Durant toutes ses années, un agent d'immeuble avait le mandat de vendre l'immeuble, mais en raison des conditions économiques difficiles de l'époque, la vente a été retardée.

Le contribuable a démontré que le but principal de l'entreprise était la vente d'immeuble plutôt que la location de logement et que la société se qualifiait comme une SEPE. Le contribuable détenait d'autres sociétés qui avaient pour but la construction et chacune des sociétés décrivait ses activités comme étant des activités de construction. Les états financiers indiquaient que les stocks consistaient dans un immeuble locatif destiné à la revente. La Cour a conclu que la société n'avait jamais changé de vocation et qu'on avait toujours envisagé de vendre l'immeuble.

Dans l'affaire *Hudon et autres c. La Reine*⁶², les contribuables étaient actionnaires de la société Hall River Power Corporation. Cette dernière

⁶⁰ 2008 D.T.C. 3174.

⁶¹ 2004 D.T.C. 2418.

⁶² 2001 D.T.C. 5630.

voulait développer sur ses terrains un réseau d'hydroélectricité. À la suite de nombreux efforts afin de vendre à bon prix l'électricité qui pourrait être produite, la société a vendu les actions. La société a durant toutes ses années d'exploitation toujours tenté de développer un marché. Les contribuables ont fait la preuve devant le tribunal que la société exploitait activement une entreprise, et ce, à l'aide du plan de développement des affaires et des expertises environnementales faites. Le juge a conclu que le fait d'exiger qu'un contrat de vente d'électricité soit signé afin de démontrer que la société exploitait activement une entreprise ajouterait une condition qui n'est pas requise dans la loi.

Le test d'une entreprise exploitée activement devient encore plus difficile à faire lorsque la société échoue dans les phases du début de l'exploitation et ne produit pas les produits ou les services pour lesquels la société a été constituée. En effet, la société peut déboursier des dépenses au début et n'en tirer aucun revenu ni aucun actif⁶³.

1.2.5. Perte sur une créance

Pour être admissible à une PTPE résultant de la disposition d'une créance conformément au paragraphe 50(1) L.I.R., la créance doit être en faveur d'une société qui se qualifie à titre de SPCC⁶⁴. Également, lorsque le contribuable ayant subi une perte est une société, il ne doit exister aucun lien de dépendance entre lui et la société débitrice. Finalement, la créance doit être en faveur d'une société qui satisfait à l'une des conditions suivantes :

- A) se qualifie à titre de SEPE;
- B) est un failli au sens du paragraphe 128(3) L.I.R. qui était une SEPE au moment où il est devenu un failli pour la dernière fois;
- C) est une personne morale visée à l'article 6 L.L.R.⁶⁵

⁶³ Brian POSTHUMUS, « Tax Loss Planning for the Owner Manager-An Update on Claiming Allowable Business Investment Losses », dans *2008 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2008, pp. 12:1-24, à la page 12:5.

⁶⁴ La définition de « société privée sous contrôle canadien » au paragraphe 248(1) renvoie au sens du paragraphe 125(7) L.I.R.

⁶⁵ Précité, note 5.

En vertu du paragraphe 39(12) L.I.R., lorsqu'un contribuable paie à une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance un montant qui est une dette d'une société qui se qualifie à titre de SEPE au moment où la dette est contractée et lorsque la première fois où cette dette devient payable, la société se qualifiait de SEPE au cours des 12 mois précédant ce moment, la créance est réputée, pour l'application de l'alinéa 39(1)c) L.I.R., être une créance d'une SEPE.

Les actionnaires doivent parfois se porter caution à l'égard des prêts de la société à la demande des institutions financières. Lorsque les actionnaires sont appelés en garantie, la créance envers la société naît uniquement lors du paiement de la dette au créancier de la société. Ces paiements pouvant s'échelonner sur une certaine période de temps, la société a souvent mis un terme à ses activités plus de 12 mois précédant certains de ces paiements. Le contribuable ne pourrait ainsi réclamer de PTPE pour la créance résultant des paiements faits plus de 12 mois après le moment où la société a cessé ses activités à défaut pour la société de se qualifier à titre de SEPE durant la période exigée. Le paragraphe 39(12) L.I.R. confère toutefois un allègement en présument que la créance découlant d'une exécution de garantie est réputée être une créance en faveur d'une SEPE si la société se qualifiait à titre de SEPE dans les 12 mois précédant le moment où le montant est devenu payable pour la première fois.

Dans le paragraphe 39(12) L.I.R., on utilise l'expression « payable ». L'ARC s'est prononcée dans une interprétation technique⁶⁶ en précisant que, selon elle, le terme « payable » renvoie au moment où un créancier peut, pour la première fois, exiger du garant le paiement de la dette de la société⁶⁷.

⁶⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0196101C6, « Moment où le montant devient payable », 6 octobre 2006.

⁶⁷ Pour une décision récente sur le sujet voir : l'affaire *Peter c. Abrametz*, 2009 D.T.C. 5083.

2. POSITIONS ADMINISTRATIVES

2.1. AGENCE DU REVENU DU CANADA

Le *Bulletin d'interprétation* IT-484R2⁶⁸ résume les positions générales de l'ARC à l'égard des pertes au titre d'un placement d'entreprise. Il existe également plusieurs interprétations techniques sur le sujet.

Parmi les interprétations techniques les plus importantes, nous pouvons notamment nous référer à l'interprétation technique selon laquelle les paragraphes 40(3.4) et 40(3.6) L.I.R. ne trouvent pas application de manière à refuser la perte lorsque cette perte provient d'une disposition d'actions à laquelle le paragraphe 50(1) L.I.R. s'est appliqué⁶⁹. D'abord, en ce qui concerne le paragraphe 40(3.4) L.I.R., l'ARC cite l'alinéa 40(3.3)a) L.I.R., qui prévoit que le paragraphe 40(3.4) L.I.R. ne s'applique pas à une disposition prévue à l'un des paragraphes c) à g) de la définition de « perte apparente » de l'article 54 L.I.R. L'article 50 L.I.R. étant énuméré au paragraphe c) de cette définition, le paragraphe 40(3.4) L.I.R. ne s'applique donc pas. Finalement, en ce qui concerne le paragraphe 40(3.6) L.I.R., l'ARC indique qu'elle est d'avis que la disposition réputée au paragraphe 50(1) L.I.R. ne doit pas être considérée comme étant une disposition en faveur d'une société. Il s'agit plutôt d'une disposition réputée en ce qui concerne le contribuable pour un produit de disposition nul suivi d'une acquisition réputée pour un PBR nul.

Le paragraphe 40(3.6) L.I.R., prévoyant une règle à l'égard d'une perte subie lors d'une disposition d'actions en faveur de la société, est donc inapplicable dans les circonstances.

Dans une autre interprétation technique⁷⁰, l'ARC a cité un passage de la décision *Byram*⁷¹ avant d'indiquer que dans la mesure où l'actionnaire majoritaire d'une société peut démontrer que le prêt ayant donné lieu à une

⁶⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-484R2, « Pertes au titre d'un placement d'entreprise », 28 novembre 1996.

⁶⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0274451E5, « Loss denial rules », 13 août 2008.

⁷⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0172111E5, « Allowable business investment loss », 28 juin 2006.

⁷¹ Précité, note 37.

créance irrécouvrable a été fait dans le but de gagner du revenu de dividendes, le sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R. ne trouvera pas application.

L'ARC s'est également penchée sur la possibilité de réclamer une PTPE lorsque la créance ayant donné lieu à une perte est un organisme sans but lucratif⁷². C'est en indiquant que rien n'empêche un organisme sans but lucratif de se qualifier à titre de SEPE que l'ARC conclue qu'une PTPE peut être réclamée pour une perte subie à l'égard d'une créance en faveur d'un tel organisme si toutes les conditions prévues au paragraphe 50(1) L.I.R. et à l'alinéa 39(1)c) L.I.R. sont remplies.

2.2. REVENU QUÉBEC

Revenu Québec a également résumé les positions générales relativement aux pertes admissibles à l'égard d'un placement dans une entreprise (ci-après « PAPE ») dans un bulletin d'interprétation⁷³. C'est cependant par l'intermédiaire de lettres d'interprétation que Revenu Québec a plus particulièrement affiché ses positions.

Dans une lettre d'interprétation⁷⁴, un contribuable s'adressait à Revenu Québec afin de savoir si l'avance qu'il avait faite à la société dont il était actionnaire et qui avait maintenant cessé ses activités pouvait donner lieu à une PAPE. Revenu Québec a indiqué au contribuable que l'avance de fonds réalisée afin de permettre à la société de se procurer des services en vue d'une fusion entre elle et une autre société n'avait pas été faite dans le cours normal des activités de l'entreprise dans le but de gagner du revenu, mais plutôt pour la création d'une nouvelle société et, par conséquent, la PAPE devait être refusée.

Dans une autre lettre d'interprétation⁷⁵, plusieurs situations ont fait l'objet d'une analyse en vertu de l'article 240 L.I. afin de déterminer si le contribuable était admissible à la réclamation d'une PAPE. Le contribuable

⁷² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-012251117, « Créance irrécouvrable dans un OSBL », 29 juin 2005.

⁷³ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 232.1-1/R1, « Perte à l'égard d'un placement dans une entreprise », 11 octobre 1995.

⁷⁴ REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 95-010331, « Appropriate fiscal treatment under the taxation act », 5 mai 1995.

⁷⁵ REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 00-010453, « PEPE sur créance, article 240 de la Loi sur les impôts », 29 juin 2000.

demandait d'abord si une créance en faveur de la société dont son conjoint est actionnaire peut être considérée comme ayant été acquise dans le but de générer du revenu pour l'entreprise et ainsi satisfaire au critère d'expectative de revenus. Revenu Québec a indiqué qu'il ne retenait pas le principe de la Cour du Québec énoncé dans une décision antérieure⁷⁶, à savoir que la détermination du but de l'acquisition de la créance doit être examinée du point de vue de la société débitrice. L'argument selon lequel l'investissement dans la société dont le conjoint était l'actionnaire a été fait dans le but éventuellement de gagner un salaire ou un boni a également été rejeté puisque le revenu escompté doit se qualifier à titre de revenu d'entreprise ou de bien.

Revenu Québec a également eu la chance de se prononcer sur la perte à l'égard d'une créance acquise à la suite de l'exécution d'une garantie⁷⁷. Le contribuable s'était porté caution de la société dont il était actionnaire afin de garantir les obligations que cette dernière avait envers le locateur d'un immeuble loué. Selon les faits exposés, la société n'aurait pu louer l'immeuble en question sans la caution du contribuable. C'est en citant un passage du raisonnement de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Byram* que Revenu Québec a conclu que la créance avait été acquise dans le but de gagner du revenu et que la PAPE pouvait donc être réclamée.

3. VÉRIFICATION

3.1. DEMANDE D'INFORMATION DES AUTORITÉS FISCALES

Lors de vérification, l'ARC ainsi que Revenu Québec envoient au contribuable un questionnaire regroupant plusieurs questions spécifiques afin de déterminer si la perte de la société est admissible à titre de PTPE. Les questions se résument comme suit :

- 1) Renseignement relatif à la société : date à laquelle la société a cessé définitivement son exploitation, type d'activité, nombre d'employés à temps plein travaillant pour la société, nom des actionnaires et nom des administrateurs.

⁷⁶ *Issa c. SMRQ*, [1999] R.D.F.Q. 226 (C.Q.).

⁷⁷ REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 05-0100023, « Endossement d'un bail – Perte admissible à l'égard d'un placement dans une entreprise », 30 mars 2006.

- 2) Documents relatifs à la société : les états financiers de la société pour l'année où la perte est réclamée ainsi que pour les deux années antérieures. Les documents relatifs à la faillite, la liquidation de la société selon le cas. De plus, lorsque la société est devenue insolvable, le bilan de fermeture et tous les documents concernant la disposition des actifs ou de la reprise de ceux-ci par les créanciers.
- 3) Documents relatifs à l'investissement en actions : certificat d'action et contrat d'acquisition, photocopies des chèques faits au nom de la société, le contrat de disposition des actions, le registre des actionnaires.
- 4) Documents relatifs aux créances.

Lorsqu'il s'agit d'avances à un actionnaire ou à un administrateur, le compte du grand livre général reflétant toutes les transactions de la société, une photocopie recto verso des chèques au nom de la société ainsi que les relevés bancaires présentant les encaissements sont demandés.

Dans le cas d'un prêt, on demande le contrat de prêt, une photocopie recto verso des chèques au nom de la société, les relevés bancaires de la société présentant les encaissements, les mesures prises pour recouvrer le montant de la créance avec pièces justificatives à l'appui et le contrat de disposition de la créance, s'il y a lieu.

Dans le cas d'un endossement, il faut indiquer la mesure prise afin d'honorer la garantie (continuation des paiements vs remboursement total des sommes dues). Les documents suivants doivent également être fournis : lorsque le prêt a été contracté auprès d'un établissement de crédit, une attestation du montant de l'endossement et des montants remboursés pour chaque année en distinguant le capital de l'intérêt et, dans les autres cas, le contrat d'emprunt de la société et les preuves de paiement.

3.2. DOCUMENTATION ADÉQUATE

L'étendue et la qualité de la preuve que le contribuable doit faire afin de démontrer qu'il est en droit de réclamer une PTPE a fait l'objet de nombreuses décisions. Nous avons résumé les plus pertinentes.

Dans l'affaire *Boily c. La Reine*⁷⁸, un avocat et son frère ont démarré une entreprise en 1998. La société était en faillite en 2001. Des sommes ont été

⁷⁸ 2008 CCI 92.

investies dans l'entreprise par le contribuable sous forme d'avances. Les avances n'étant pas constatées dans les derniers états financiers de la société, l'ARC a refusé la PTPE réclamée par le contribuable pour sa créance irrécouvrable envers la société. Le témoignage du contribuable corroboré par la copie des chèques du contribuable en faveur de la société a été admis en preuve des avances par la Cour. La PTPE a ainsi été acceptée.

La Cour canadienne de l'impôt a également donné raison au contribuable dans la décision *Chandan c. La Reine*⁷⁹, ce dernier ayant présenté une preuve *prima facie* qu'il avait droit à la PTPE et la Couronne n'ayant produit aucun élément pour contredire la preuve. Dans le cas où le contribuable a présenté de nombreuses preuves documentaires pour étayer sa déduction, il incombe à la Couronne de présenter des éléments de preuve qui permettent de soulever un doute à l'égard du contribuable⁸⁰. Le juge rappelle cependant qu'il ne faut pas refuser une déduction pour la simple raison que le contribuable n'a pas tenu des registres appropriés. L'exigence porte sur une preuve *prima facie*, le juge a conclu que, dans ce cas, le contribuable avait réussi à établir une telle preuve.

Dans une affaire plus récente⁸¹, la Cour canadienne d'impôt a eu à se prononcer sur ce que représente une documentation adéquate afin que l'on puisse reconnaître une PTPE. Elle a conclu que si le contribuable pouvait démontrer, avec un témoignage crédible, la preuve d'un paiement ou une dépense, la Cour devrait se baser sur cette preuve. Il s'agit alors d'une preuve *prima facie* et le contribuable devait l'emporter. Dans cette décision, les deux actionnaires étaient venus témoigner que l'autre actionnaire avait fait un prêt à la société, ce qui avait été assez concluant comme preuve pour le juge.

Dans l'affaire *Dufour c. SMRQ*⁸², le juge trouve déplorable que le sous-ministre du Revenu du Québec ait balayé du revers de la main le témoignage du contribuable justifiant la perte. Le juge a décidé que le contribuable était en droit de réclamer la PTPE en se basant sur le témoignage et la preuve documentaire.

⁷⁹ 2005 CCI 685.

⁸⁰ Voir à ce sujet la décision : l'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. La Reine*, 97 D.T.C. 5363 (C.S.C.).

⁸¹ *Ronald Benjamin c. La Reine*, 2006 D.T.C. 2265.

⁸² D.F.Q.E. 2009F-18.

Dans l'affaire *Valkanas c. SMRQ*⁸³, le contribuable réclame 52 500 \$ à titre de PTPE pour un investissement fait dans la société Tonini Pizza pour l'année d'imposition qui s'est terminée en 1995. Il a comme seule preuve quatre bordereaux délivrés pour la Banque de Montréal. De plus, le contribuable réclame pour l'année d'imposition 1996 une PTPE relativement à un investissement de 70 000 \$ dans la société 2967-3407 Québec inc. Il n'a cependant pas produit une copie du chèque, mais plutôt une convention de prêt intervenue entre lui et la société datée du 10 juin 2003. Cependant, aucune mention dans les livres de la société ne mentionne la dette. La société a fait faillite et le contribuable ne figure pas dans la liste des créanciers dans l'avis de faillite de la société.

Pour l'année 1997, il réclame 114 000 \$ à titre de PTPE pour un investissement dans la société Anemos-Investments. Cependant, cette société était toujours active lors du jugement et elle disposait d'un actif de 200 000 \$.

Le juge s'est exprimé ainsi :

« Suivant les principes dégagés par la jurisprudence, il appartient au demandeur de prouver :

- Qu'il a avancé des fonds à chacune des sociétés pour laquelle il réclame une perte;
- La qualité de l'investissement : créance acquise dans le but de gagner du revenu;
- Que la créance est irrécupérable; »

Pour l'année 1995, le juge a décidé que les bordereaux de banque étaient insuffisants pour prouver que les retraits ont été investis dans la société Tonini Pizza. En effet, il n'a démontré aucune preuve qu'il avait effectué des démarches afin de récupérer son argent. Sa réclamation a donc été rejetée.

Pour l'année 1996, il estime que comme le nom du contribuable n'est pas sur la liste des créanciers ni dans les livres de la société et comme le contribuable n'a fourni aucune explication sur cet élément pertinent, les critères n'ont pas été remplis.

⁸³ D.F.Q.E. 2008F-118.

Pour l'année 1997, le contribuable n'a pas démontré qu'il a tenté de récupérer sa créance, la société étant toujours active. De plus, la preuve de son investissement repose seulement sur son témoignage et des factures qu'il prétend avoir payées pour le compte de la société. Le tribunal a jugé que cette preuve était insuffisante.

Dans l'affaire *Singh c. La Reine*⁸⁴, le contribuable a présenté des éléments de preuves contradictoires, il lui manquait des documents. Il n'a donc pas réussi à démontrer une preuve *prima facie* de son droit à une PTPE ne pouvant prouver qu'il avait subi une perte.

Dans l'affaire *Brand c. La Reine*⁸⁵, le contribuable avait fait des prêts aux sociétés de son fils et à celle de sa belle-fille. Cependant, il avait fait des chèques au nom personnel de ses derniers et ceux-ci les ont déposés dans le compte de banque de leur société respective. Les deux sociétés ont cessé leur exploitation, le contribuable a donc perdu ses deux investissements dans les deux sociétés, réclamant ainsi une PTPE. L'ARC prétendait que les prêts avaient été faits personnellement à son fils et à sa belle-fille. Mais le juge a accordé la PTPE en se basant sur une promesse de paiement et sur le témoignage des parties.

Il peut donc être difficile pour un contribuable à la lecture de ses décisions de déterminer ce qu'un juge pourrait trouver suffisant comme preuve afin d'accorder une PTPE.

CONCLUSION

Nous constatons que la PTPE permet généralement d'accorder un avantage fiscal à l'entrepreneur ou à l'investisseur qui a pris un risque en prêtant des sommes ou en souscrivant à des actions d'une SEPE. Malheureusement, les conditions à remplir pour que la perte soit admissible à titre de PTPE sont nombreuses. Au moment de faire un investissement, bon nombre d'investisseurs ne sont pas au courant de ces règles. Il devient donc important de bien planifier les modalités d'un prêt ou d'une souscription d'actions avant de procéder au transfert des sommes d'argent. Tout plan d'investissement devrait toujours faire l'objet d'une stratégie de sortie lors de l'étape de la planification. L'une des conditions importantes pour la réalisation d'une PTPE est de démontrer qu'un investissement, que ce soit

⁸⁴ [2006] C.A.F. 230; en appel de la décision rendue dans l'affaire *Sukhdev Singh c. La Reine*, 2005 D.T.C. 1234.

⁸⁵ 2005 CCI 494.

sous forme de créance ou d'actions, a été fait en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien. Cette condition est souvent négligée lors de l'investissement initial. De plus, le choix prévu au paragraphe 50(1) L.I.R. qui permet au contribuable de réaliser une PTPE sur un prêt irrécouvrable ou une action d'une société insolvable est souvent mal documenté. L'investisseur doit conserver tout document permettant de démontrer qu'une créance est devenue irrécouvrable ou qu'une société est devenue insolvable. Cette démonstration est une question de fait et il importe de conserver toutes documentations à cet effet. Bien qu'un témoignage crédible puisse convaincre un juge qu'une perte a été réalisée sur un investissement, une documentation appropriée évitera au contribuable de se retrouver en opposition ou à la Cour.

**GROUPE CONSULTATIF SUR LE SYSTÈME CANADIEN DE
FISCALITÉ INTERNATIONALE**



Brian Mustard
CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Brian Bloom
Avocat, associé
Davies Ward Phillips &
Vineberg s.e.n.c.r.l.



Marie-Emmanuelle Vaillancourt
Avocate, M. Fisc., associée
Davies Ward Phillips &
Vineberg s.e.n.c.r.l.



Amélie Guimont
M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE	9:3
--	-----

PARTIE A (BRIAN MUSTARD ET AMÉLIE GUIMONT)

Recommandations du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale

INTRODUCTION	9:3
1. RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE ACTUEL	9:4
1.1. INVESTISSEMENTS DIRECTS CANADIENS À L'ÉTRANGER	9:4
1.2. INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS AU CANADA	9:5
2. RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS DU GROUPE CONSULTATIF	9:6
2.1. RECOMMANDATIONS RELATIVES AUX INVESTISSEMENTS DIRECTS CANADIENS À L'ÉTRANGER	9:7
2.2. RECOMMANDATIONS RELATIVES AUX INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS AU CANADA	9:19
2.3. RETENUES D'IMPÔT DES NON-RÉSIDENTS	9:21
2.4. ADMINISTRATION, OBSERVATION ET PROCESSUS LÉGISLATIF	9:22
CONCLUSION	9:28

PARTIE B (BRIAN BLOOM ET MARIE-EMMANUELLE VAILLANCOURT)

Regard critique sur le régime canadien de fiscalité internationale

INTRODUCTION	9:29
1. EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE AU CANADA	9:29
2. CLAUSES LOB	9:35
3. LA « RÈGLE DUDNEY »	9:38
CONCLUSION	9:40

GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE

Le présent texte se divise en deux parties : la première présente un résumé des recommandations faites par le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale dans son rapport publié en décembre 2008 alors que la deuxième se veut un regard critique sur trois aspects importants de ce régime qui n'ont pas été pleinement abordés par ledit rapport.

PARTIE A

Recommandations du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale

Brian Mustard, CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Amélie Guimont, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION^{1,2}

Le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale (ci-après « Groupe consultatif ») a été mis sur pied au mois de novembre 2007 par le ministre des Finances du Canada. La raison était de s'assurer que le régime fiscal canadien s'adapte aux tendances mondiales afin d'encourager les investissements à l'étranger et d'attirer les investissements internationaux. Plus précisément, le Groupe consultatif avait pour mandat de formuler des recommandations quant à la façon d'améliorer la compétitivité, l'efficacité économique et l'équité du régime canadien de fiscalité internationale, de minimiser les coûts d'observation de la loi et de faciliter l'administration et l'exécution de la loi par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »). Le Groupe consultatif a principalement étudié

¹ Les auteurs tiennent à remercier M^e Laurent Tessier, avocat, M. Fisc., de sa collaboration à la préparation de cette partie du présent texte. Les auteurs sont cependant responsables de toute erreur ou omission.

² Certaines sections de cette partie du présent texte sont inspirées de l'article de Wallace G. CONWAY, Brian MUSTARD et Nick PANTALEO, « Enhancing Canada's International Tax Advantage – Final Report of the Advisory Panel on Canada's System of International Taxation », août-septembre 2009, vol. 63, n^o 8/9 *Bulletin for International Taxation*, pp. 338 et suiv.

l'incidence de ce régime sur les entreprises qui investissent sur les marchés internationaux, ainsi que l'effet de ces règles sur les entreprises étrangères qui investissent au Canada³.

Les membres du Groupe consultatif provenaient du milieu des affaires, de cabinets de services professionnels en fiscalité et du domaine de la recherche en matière de politique fiscale. Peter C. Godsoe en était le président et Kevin J. Dancey, le vice-président. Les autres membres étaient James Barton Love, Finn Poschmann, Nick Pantaleo, Cathy Williams et Guy Saint-Pierre.

Le rapport final du Groupe consultatif publié au mois de décembre 2008 contient 17 recommandations principales, des recommandations complémentaires et des suggestions qui se veulent « pratiques, équilibré[e]s et faciles à mettre en œuvre afin d'améliorer le régime canadien de fiscalité internationale pour le bien de notre pays »⁴. Le rapport est basé sur les différents mémoires que le Groupe consultatif a reçus à la suite de la publication en avril 2008 de son document de discussion *Promouvoir l'avantage fiscal international du Canada*. Il est également basé sur les nombreuses consultations, tables rondes et discussions que le Groupe consultatif a tenues et menées ainsi que sur le programme de recherche qu'il a mis sur pied concernant les régimes fiscaux des différents concurrents du Canada. Le Groupe consultatif a aussi tenu compte de la politique stratégique globale du gouvernement dans l'élaboration de ses recommandations.

1. RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE ACTUEL

1.1. INVESTISSEMENTS DIRECTS CANADIENS À L'ÉTRANGER

De manière générale, les sociétés canadiennes qui investissent à l'étranger par l'entremise de sociétés étrangères affiliées (ci-après « SÉA »)⁵ ne sont imposées sur le revenu étranger tiré d'une entreprise exploitée activement que dans les deux situations suivantes :

³ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *Promouvoir l'avantage fiscal international du Canada*, rapport final, décembre 2008, par. 1.4.

⁴ *Id.*, par. 1.14.

⁵ Non abrégé dans les citations.

- lorsque le revenu est effectivement distribué au Canada par voie de dividende; ou
- lorsqu'une disposition des actions de la SÉA a lieu et qu'un gain est réalisé⁶.

Lorsque le revenu étranger est un revenu de biens, il est imposé sur une base de comptabilité d'exercice.

Le régime canadien reconnaît que l'impôt étranger auquel est assujéti un revenu de source étrangère doit l'emporter sur l'impôt canadien. Ainsi, soit l'impôt étranger payé donne droit à un crédit applicable à l'encontre de l'impôt canadien lorsque le revenu étranger est effectivement distribué, soit le revenu étranger n'est tout simplement pas assujéti à l'impôt canadien.

Finalement, le régime canadien a pour objectif de protéger l'assiette fiscale canadienne en s'assurant qu'elle ne soit pas érodée au bénéfice d'autres juridictions par la création de revenu étranger exempt d'impôt. Cela se reflète dans diverses règles discutées plus loin dans le présent texte, telles que celles concernant le revenu étranger accumulé tiré de biens (ci-après « RÉATB »)⁷.

1.2. INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS AU CANADA

Les investissements directs étrangers au Canada sont encadrés principalement par les règles sur la capitalisation restreinte et par la retenue d'impôt de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸ sur divers revenus de source canadienne que gagnent les non-résidents, tels que les dividendes, les intérêts, les redevances, les distributions de fiducies, etc. À cela s'ajoutent les règles touchant la disposition par les non-résidents de biens canadiens imposables, terme défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui comprend divers biens ayant un lien particulier avec le Canada. Les diverses conventions fiscales conclues par le Canada prévoient toutefois des

⁶ De manière générale, si le revenu provient d'une entreprise exploitée activement par une SÉA située dans un pays ayant signé une convention fiscale ou un accord d'échange de renseignements avec le Canada, aucun impôt ne devrait être payable sur le dividende ou le gain en capital dans la mesure où la SÉA a suffisamment de surplus exonéré.

⁷ Voir W. G. CONWAY, B. MUSTARD et N. PANTALEO, *loc. cit.*, note 2, 338-339.

⁸ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

allègements à ces règles ainsi qu'à la retenue d'impôt de la Partie XIII L.I.R.⁹

2. RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS DU GROUPE CONSULTATIF

Les recommandations du Groupe consultatif visent d'abord et avant tout à améliorer le régime actuel de fiscalité internationale du Canada et non à le réformer, puisque ce régime est adéquat et a bien servi le Canada jusqu'à présent. Le rapport final du Groupe consultatif contient un ensemble de recommandations précises qui reflètent ce point de vue. Deux directives principales se dégagent de leurs recommandations :

- Premièrement, le gouvernement fédéral devrait maintenir le régime actuel d'imposition des revenus de source étrangère des sociétés canadiennes tout en élargissant le régime d'exemption existant applicable à tous les revenus étrangers tirés d'entreprises exploitées activement par des SÉA.
- Deuxièmement, le gouvernement fédéral devrait maintenir le régime actuel d'imposition des investissements étrangers au Canada mais aussi adopter des mesures ciblées visant à s'assurer que tous les revenus de source canadienne soient définis et imposés adéquatement au Canada¹⁰.

Les recommandations précises du Groupe consultatif ont été faites à l'égard des domaines suivants : imposition des investissements directs canadiens à l'étranger, imposition des investissements directs étrangers au Canada, retenues d'impôt des non-résidents et administration, observation et processus législatif.

⁹ Voir W. G. CONWAY, B. MUSTARD et N. PANTALEO, *loc. cit.*, note 2, 339.

¹⁰ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *op. cit.*, note 3, par. 3.31.

2.1. RECOMMANDATIONS RELATIVES AUX INVESTISSEMENTS DIRECTS CANADIENS À L'ÉTRANGER

Recommandation 4.1 : Élargir le régime d'exemption actuel à tous les revenus tirés d'entreprises exploitées activement à l'étranger par des sociétés étrangères affiliées.

Présentement, le Canada exonère d'impôt le revenu étranger tiré d'entreprises exploitées activement dans des pays ayant conclu une convention fiscale ou un accord d'échange de renseignements fiscaux avec le Canada. Le Groupe consultatif recommande donc d'étendre la portée de cette exemption à tous les revenus étrangers tirés d'entreprises exploitées activement, peu importe l'endroit où l'entreprise est exploitée.

Après avoir noté que le régime fiscal canadien exemptait déjà largement les revenus d'entreprises exploitées activement à l'étranger par des SÉA¹¹, le Groupe consultatif en est arrivé à cette recommandation pour les raisons suivantes :

- « • Un régime d'exemption élargi serait plus simple et diminuerait les coûts d'observation des entreprises canadiennes et le fardeau administratif de l'ARC¹².
- L'impact budgétaire pour le gouvernement d'élargir le régime d'exemption serait neutre puisque les dividendes reçus de sociétés étrangères affiliées sont rarement imposés en vertu du régime actuel.
- Un régime d'exemption élargi pourrait faciliter le rapatriement des profits étrangers, procurant ainsi des avantages économiques aux entreprises canadiennes et à leurs propriétaires.
- Notre analyse comparative indique que l'imposition à la source des revenus tirés d'entreprises exploitées activement est conforme aux politiques fiscales (ou à l'orientation politique) de la plupart des pays industrialisés.

¹¹ Du montant total de dividendes versés par des SÉA de sociétés canadiennes entre 2000 et 2005 à même leur surplus exonéré et imposable, environ 92 % a été exempté.

¹² En effet, cela éliminerait le besoin de calculer et de faire le suivi des comptes de surplus des SÉA.

- [...] [L]es préoccupations¹³ selon lesquelles l'adoption d'un régime d'exemption élargie provoquerait la migration d'emplois ou d'investissements à l'extérieur du Canada ne sont pas bien démontrées¹⁴. »

Le Groupe consultatif mentionne également ce qui suit dans son rapport :

« [...] l'exonération des revenus tirés d'entreprises exploitées activement à l'étranger par des sociétés étrangères affiliées devrait être perçue comme étant la norme aux fins de l'impôt au Canada. La perspective adoptée par le Groupe consultatif en est une territoriale d'après laquelle ces revenus ne doivent pas être considérés comme faisant partie de l'assiette fiscale du Canada. Cette perspective est en harmonie avec les normes internationales actuelles et avec le fait que les montants d'impôt prélevés au Canada sur le revenu d'entreprise exploitée activement à l'étranger sont peu élevés¹⁵. »

Recommandation 4.2 : Poursuivre les efforts pour conclure des accords d'échange de renseignements à des fins fiscales (ci-après « AÉRF ») dans un cadre de gouvernement à gouvernement, sans imposer les revenus tirés d'entreprises exploitées activement à l'étranger sur une base de comptabilité d'exercice lorsqu'aucun AÉRF n'est conclu.

Le Groupe consultatif reconnaît l'importance des AÉRF pour le régime fiscal canadien. Toutefois, faire en sorte que les revenus des SÉA provenant d'entreprises exploitées activement dans des pays n'ayant pas signé de convention fiscale et ne voulant pas signer d'AÉRF ne bénéficient pas du régime d'exemption élargie proposé lui apparaît inapproprié. Le Groupe consultatif est d'avis que l'exemption applicable au revenu étranger tiré d'entreprises ne devrait pas dépendre du fait que ce revenu est gagné dans un pays ayant signé ou non une convention fiscale ou un AÉRF avec le Canada. De même, traiter ce revenu comme du RÉATB dans le cas où le Canada ne conclut pas d'AÉRF avec un pays dans un délai de cinq ans après le début des négociations soulève des inquiétudes¹⁶.

¹³ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *op. cit.*, note 3, par. 3.13 à 3.15.

¹⁴ *Id.*, par. 4.33.

¹⁵ *Id.*, par. 4.21.

¹⁶ *Id.*, par. 4.43 et 4.44.

Une des conséquences des deux premières recommandations est que tous les dividendes provenant de SÉA seraient exonérés d'impôt au Canada, alors que certains revenus passifs gagnés par des SÉA demeureraient imposables sur une base de comptabilité d'exercice¹⁷.

Recommandation 4.3 : Élargir le régime d'exemption de manière à couvrir les gains et les pertes en capital réalisés ou subies suite à la disposition d'actions de sociétés étrangères affiliées lorsque la totalité ou la presque totalité de la valeur des actions est attribuable à des actifs d'une entreprise exploitée activement.

Le Groupe consultatif considère que les gains en capital réalisés par des actionnaires canadiens (ou des SÉA) lors de la disposition d'actions de SÉA devraient être entièrement exonérés d'impôt lorsque la totalité ou presque de la valeur des actions est attribuable à des actifs employés ou détenus principalement pour gagner des revenus tirés d'une entreprise exploitée activement.

Cette recommandation est basée sur les raisons suivantes :

- Exonérer les gains en capital réalisés lors la vente d'actions d'une SÉA est justifié dans la mesure où le revenu gagné par la SÉA serait également exonéré d'impôt au Canada. Ce traitement est compatible avec la notion que tous les revenus étrangers tirés d'entreprises exploitées activement devraient être exonérés d'impôt au Canada;
- La plupart des pays qui exonèrent les dividendes reçus d'une SÉA exonèrent également les gains en capital réalisés sur la disposition d'actions de cette même SÉA;
- La diminution des recettes fiscales associée à l'exonération des gains en capital réalisés lors de la disposition d'actions des SÉA devrait être minimale¹⁸.

Le Groupe consultatif reconnaît qu'exonérer les gains réalisés lors de la disposition d'actions de SÉA alors que les gains réalisés au moment de la disposition d'actions de sociétés canadiennes sont imposables peut sembler contradictoire. Toutefois, il souligne que cette différence est davantage

¹⁷ *Id.*, par. 4.34.

¹⁸ *Id.*, par. 4.52 et 4.53.

acceptable lorsqu'on compare les règles canadiennes actuelles avec celles des autres pays ayant un régime complet d'exemption, lesquelles divergent des premières. De plus, il mentionne que cette modification au régime actuel aurait pour principale conséquence de le simplifier. En effet, cela éliminerait le besoin de calculer et de faire un suivi des comptes de surplus, d'exercer certains choix et de proposer certaines dispositions législatives visant à empêcher les contribuables à créer du surplus exonéré de façon inappropriée entre SÉA¹⁹. Toutefois, le Groupe consultatif admet que cette exonération soulève plusieurs questions techniques.

Premièrement, une telle exonération pourrait être mise en œuvre parallèlement à une modification de la définition de « bien exclu ». La définition actuelle prévoit qu'un bien exclu est un bien d'une SÉA (et non celui d'un contribuable canadien) détenu principalement en vue de tirer un revenu d'entreprise exploitée activement. La définition inclut également les actions d'une autre SÉA lorsque la totalité ou presque de la juste valeur marchande des biens de cette autre SÉA est attribuable à des biens exclus. Si cette définition est modifiée pour inclure les actions d'une SÉA détenues par une société canadienne (et non pas seulement les actions d'une SÉA détenues par une autre SÉA), l'exonération pourrait alors s'appliquer aux gains en capital réalisés lors de la disposition de biens exclus²⁰.

Deuxièmement, une règle spécifique antiévitement devrait être introduite afin d'éviter que des actions soient considérées comme des biens exclus lorsque cela n'est pas approprié. Par exemple, puisque la définition de « bien exclu » comprend un test devant être respecté à un moment précis, une SÉA pourrait, à la veille de la vente de ses actions, acheter des actifs d'une entreprise exploitée activement n'ayant aucune relation avec sa propre entreprise exploitée activement dans le but de s'assurer que ses actions soient des biens exclus admissibles à l'exonération. Le Groupe consultatif est d'avis que de telles transactions sont inappropriées puisqu'elles ne représentent pas des investissements véritables effectués pour des raisons d'affaires. Par contre, toutes les opérations de purification qui prévoiraient la disposition ou le retrait de biens non exclus par une SÉA qui sera l'objet d'une vente seraient acceptables²¹.

¹⁹ *Id.*, par. 4.53.

²⁰ *Id.*, par. 4.55 et 4.56.

²¹ *Id.*, par. B.6. à B.9 de l'Annexe B.

Le Groupe consultatif recommande également l'instauration d'une période de détention minimale des actions d'une SÉA afin d'éviter que l'exonération ne s'applique à un investissement dans des actions de SÉA de nature temporaire et passive.

Finalement, le Groupe consultatif estime que si le régime d'exemption devait être élargi afin d'inclure la vente d'actions de SÉA, d'autres rajustements seraient nécessaires afin d'éviter qu'un gain en capital réalisé sur la vente d'actions d'une société canadienne ou d'une SÉA soit réduit indûment. De manière générale, un gain en capital réalisé lors de la vente d'actions peut être réduit par le revenu protégé attribuable à la société. Le revenu protégé correspond aux bénéfices non répartis d'une société (tels qu'ils ont été modifiés pour tenir compte de certains rajustements fiscaux au revenu). Le fait de ne pas imposer la partie du gain qui est attribuable au revenu protégé est justifié par le fait que cette partie du gain a déjà été assujettie à l'impôt sur le revenu des sociétés. Dans son rapport, le Groupe consultatif souligne ceci :

« [d]ans un régime où le gain en capital réalisé sur la vente d'actions d'une SÉA est exonéré mais où celui réalisé sur la vente d'actions d'une société canadienne qui détient un intérêt dans une SÉA demeure assujetti à l'impôt, le calcul du revenu protégé d'une SÉA devrait être pris en considération²². »

La question se pose donc de savoir comment calculer le revenu protégé de la SÉA dans un tel contexte. Les règles afférentes aux calculs de surplus pourraient être conservées à cette fin. Une autre option, plus simple, serait de déterminer ce revenu en faisant référence aux états financiers de la SÉA. Finalement, il pourrait être envisagé de remplacer le calcul du revenu protégé de la SÉA par une augmentation du revenu protégé de la société canadienne d'un montant représentant le gain accumulé attribuable aux actions de la SÉA qui constituent des biens exclus et d'un montant correspondant aux dividendes reçus préalablement de cette SÉA²³.

Le Groupe consultatif soulève également la possibilité d'élargir la portée du paragraphe 55(2) L.I.R. aux dividendes reçus des SÉA. Toutefois, il faudrait alors rajuster cette disposition pour tenir compte des actions qui se qualifient de biens exclus et de celles qui ne se qualifient pas²⁴.

²² *Id.*, par. B.13.

²³ *Id.*, par. B.10 à B.14.

²⁴ *Id.*, par. B.15 et B.16.

Recommandation 4.4 : Réexaminer la définition de « société étrangère affiliée » en tenant compte des autres recommandations du Groupe consultatif touchant l'imposition des investissements à l'étranger, des aspects proches adoptés par d'autres pays et des répercussions possibles de toute modification sur les investissements existants.

Compte tenu des recommandations du Groupe consultatif visant à élargir le régime d'exemption à tous les dividendes versés à même du revenu étranger tiré d'entreprises exploitées activement et aux gains en capital réalisés lors de la vente d'actions de SÉA qui gagnent directement ou indirectement ce type de revenu, le Groupe consultatif suggère que la définition de SÉA soit réexaminée. Plus particulièrement, il recommande de revoir le critère de détention actuel à la lumière des critères utilisés dans d'autres pays²⁵.

Le Groupe consultatif propose également dans son rapport que le gouvernement évalue la possibilité de modifier la définition de SÉA de manière à inclure toute entité non résidente dans laquelle le contribuable canadien ainsi que des personnes liées détiennent des participations équivalentes aux participations qui seraient détenues si l'entité était une société et que les participations correspondaient à des actions de celle-ci²⁶.

Bien que, théoriquement, le Groupe consultatif mentionne qu'il n'y a pas de raisons d'imposer différemment les revenus d'une société canadienne tirés d'une entreprise exploitée activement à l'étranger par l'entremise d'une succursale ou d'une SÉA, il reconnaît que cette harmonisation des règles serait très complexe. Ainsi, il ne propose pas de réforme fondamentale à cet égard dans son rapport²⁷.

²⁵ *Id.*, par. 4.66.

²⁶ *Id.*, par. 4.73.

²⁷ *Id.*, par. 4.74 et 4.77.

Recommandation 4.5 : À la lumière de s recommandations du Groupe consultatif portant sur l' imposition d e l'investissement c anadien à l'étranger, p rocéder à un examen e t à des c onsultations qu ant aux façons de réduire les chevauchements et la complexité des régimes anti-report d'impôt tout en s'assurant que tous les revenus passifs de source étrangère soi ent imposés au Canada sur une base de comptabilité d'exercice.

Diverses règles canadiennes actuelles à l'égard des investissements canadiens à l'étranger visent à s'assurer que l'assiette fiscale canadienne ne soit pas érodée par le transfert d'investissements passifs et de certaines activités commerciales à des entités étrangères²⁸. Ces règles, souvent désignées comme des règles (ou régime) anti-report d'impôt, incluent les règles concernant le RÉATB, les règles concernant les entités de placement étrangères (ci-après « EPÉ ») et les règles concernant les fiducies non résidentes (ci-après « FNR »).

Les règles concernant le RÉATB visent à imposer au Canada sur une base de comptabilité d'exercice certains revenus passifs (et certains revenus d'entreprises) gagnés à l'étranger par des SÉA contrôlées. Les règles concernant les EPÉ visent à assujettir à l'impôt canadien certains revenus passifs gagnés par des entités étrangères qui ne sont pas contrôlées par un contribuable canadien. Quant à elles, les règles concernant les FNR visent à traiter certaines fiducies non résidentes comme étant résidentes du Canada. Alors que les règles concernant le RÉATB sont de manière générale, et en dépit de certains problèmes, bien comprises et acceptées, les règles concernant les EPÉ et les FNR soulèvent de profondes inquiétudes au sein de la communauté fiscale et des contribuables²⁹.

Le Groupe consultatif a conclu dans son rapport que le gouvernement devrait entreprendre un nouvel examen des règles concernant le RÉATB, les EPÉ et les FNR afin de mieux les coordonner. Cela permettrait de s'assurer que tous les revenus passifs soient imposés sur une base de comptabilité d'exercice et que les opérations commerciales valables ne soient pas entravées³⁰.

²⁸ *Id.*, par. 4.80.

²⁹ *Id.*, par. 4.83.

³⁰ *Id.*, par. 4.104.

Le principal défi rattaché à l'élargissement du régime d'exemption actuel ainsi qu'à la coordination des différentes règles anti-report d'impôt est l'assujettissement du revenu passif gagné par des SÉA qui ne sont pas contrôlées par des contribuables canadiens³¹. Or, le Groupe consultatif étant d'opinion que tous les revenus passifs devraient être imposés sur une base de comptabilité d'exercice, il a envisagé d'étendre la portée des règles actuelles concernant le RÉATB aux revenus passifs de toutes les SÉA, contrôlées ou non. Les règles concernant les EPÉ s'appliqueraient lorsque l'entité non résidente est une EPÉ, mais pas une SÉA. Cette distinction claire éliminerait les chevauchements entre les règles visant le RÉATB et les EPÉ, réduisant ainsi la complexité des règles visant les EPÉ³².

Le Groupe consultatif reconnaît toutefois que cette option n'est pas aussi simple qu'elle le paraît. Il sera plus facile pour les contribuables canadiens détenant des participations dans des SÉA contrôlées de se conformer aux règles, puisqu'ils contrôlent effectivement ces sociétés et qu'ils peuvent influencer les investissements de celles-ci dans des activités générant du revenu passif. De plus, ils ont le pouvoir d'influencer le moment de rapatriement de ce revenu. Ils ont également accès à l'information nécessaire pour calculer le RÉATB imposable au Canada qui en résulte. Les contribuables canadiens qui détiennent des participations dans des SÉA qu'ils ne contrôlent pas n'ont souvent pas accès à cette information, ne peuvent exercer un quelconque contrôle ou influence sur les investissements de la SÉA ou sur le rapatriement des revenus passifs. Ces considérations pratiques devraient être envisagées dans la mesure où les règles concernant le RÉATB sont élargies. Par exemple, une exemption automatique des règles visant le RÉATB pourrait être accordée lorsque la SÉA a été assujettie à un impôt suffisamment élevé ou lorsque le revenu a été gagné dans certains pays désignés. Aussi, les SÉA qui ne sont pas contrôlées pourraient ne pas être assujetties à certaines règles concernant le RÉATB, telles que celles contre l'érosion de l'assiette fiscale canadienne³³.

³¹ En effet, en vertu des règles actuelles concernant le RÉATB, seulement le RÉATB gagné par une SÉA contrôlée est imposé sur une base de comptabilité d'exercice au Canada. Le RÉATB gagné par une SÉA qui n'est pas contrôlée est imposé au Canada lorsque ce revenu y est rapatrié.

³² GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *op. cit.*, note 3, par. 4.101.

³³ W. G. CONWAY, B. MUSTARD et N. PANTALEO, *loc. cit.*, note 2, 341-342.

Dans son Budget du 4 mars 2010, le gouvernement fédéral apporte des modifications aux règles concernant les EPÉ et FNR. Plus précisément, le budget abroge les règles proposées sur les EPÉ et apporte certaines améliorations limitées aux règles actuelles qui s'appliquent aux fonds de placement étrangers. De plus, le budget propose de simplifier la portée des propositions de modifications des règles sur les FNR.

Recommandation 4.6 : Examiner la portée des règles contre l'érosion de l'assiette fiscale et des règles concernant les entreprises de placement pour s'assurer que ces règles soient ciblées correctement et qu'elles ne nuisent pas aux opérations commerciales menées de bonne foi ni à la compétitivité des entreprises canadiennes.

Les règles visant à contrer l'érosion de l'assiette fiscale s'appliquent lorsque des contribuables détournent des revenus provenant d'activités de source canadienne vers des juridictions étrangères. Un exemple classique est celui d'une société résidente d'une juridiction étrangère qui achète des biens d'une autre société résidente d'une autre juridiction et qui revend par la suite à profit ces biens à son actionnaire unique, une société canadienne. Ce profit sera considéré comme du RÉATB.

Les règles concernant les entreprises de placement visent à recaractériser certains revenus provenant d'activités menées par des SÉA qui pourraient être considérés comme des revenus tirés d'entreprises exploitées activement en RÉATB. Si certaines conditions sont remplies, cette recaractérisation peut être évitée. Un exemple d'entreprise de placement est celui d'une société étrangère dont l'objet principal est de gagner du revenu passif, tels que des intérêts ou des redevances, dont le nombre d'employés est inférieur à un certain seuil et dont les activités commerciales sont menées principalement avec des parties ayant un lien de dépendance avec elle³⁴.

Le Groupe consultatif a comme avis ce qui suit :

« [...] que les règles contre l'érosion de l'assiette fiscale canadienne et que la définition de l'expression « entreprise de placement » ne devraient pas cibler les revenus tirés d'activités commerciales menées de bonne foi ni les activités qui accroissent la compétitivité des entreprises canadiennes sur les marchés mondiaux et qui ne cherchent pas à éroder l'assiette fiscale canadienne³⁵. »

³⁴ Par. 95(1) « entreprise de placement » L.I.R.

³⁵ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *op. cit.*, note 3, par. 4.121.

Le Groupe consultatif a donné dans son rapport plusieurs exemples de situations où le revenu est indûment imposé en vertu des règles concernant le RÉATB lorsque des sociétés canadiennes tentent d'exploiter leur entreprise de la manière la plus efficiente et efficace d'un point de vue des coûts³⁶. Cela a pour conséquence de limiter la capacité de ces sociétés de concurrencer avec les sociétés étrangères qui ne sont pas touchées par des règles similaires. Bien que le Groupe consultatif reconnaisse que certains allègements ont été apportés à ces règles au cours des dernières années, il estime que le gouvernement pourrait en faire davantage³⁷.

Concernant les règles de prix de transfert, le Groupe consultatif estime qu'elles complètent les règles contre l'érosion de l'assiette fiscale lorsque ces dernières sont conçues et ciblées adéquatement. Les règles de prix de transfert offrent une certitude quant aux types de revenus qui devraient être assujettis à l'impôt canadien, et ce, sans avoir de répercussions sur la compétitivité des entreprises canadiennes à l'international³⁸.

Le Groupe consultatif conclut que les règles contre l'érosion de l'assiette fiscale qui ciblent les revenus tirés du commerce de dettes canadiennes, des activités de location au Canada et de l'assurance de risques canadiens sont justifiées et doivent être maintenues. Par contre, le Groupe consultatif considère que les règles visant la vente de produits et de services entre SÉA qui exploitent activement des entreprises ainsi que celles contre l'érosion de l'assiette fiscale qui nuisent à l'exploitation efficace des entreprises canadiennes ne sont pas appropriées³⁹.

Concernant la définition d'« entreprise de placement », le Groupe consultatif estime que les tests d'exception prévus par cette définition sont parfois difficiles à remplir, causant ainsi la recaractérisation induite de revenus d'entreprises exploitées activement en RÉATB. Il soulève qu'un bon nombre d'entreprises de développement immobilier, de location, de gestion et d'autres entreprises actives dans le domaine de l'immobilier sont souvent exploitées par l'entremise de plusieurs entités étrangères pour des raisons autres que fiscales. Dans la plupart des cas, si toutes ces entités étaient traitées comme un seul et même contribuable, ce contribuable en question

³⁶ *Id.*, par. 4.117.

³⁷ *Id.*, par. 4.124.

³⁸ *Id.*, par. 4.122.

³⁹ *Id.*, par. 4.123 et 4.124.

serait incontestablement considéré comme exploitant activement une entreprise⁴⁰.

Finalement, dans son rapport, le Groupe consultatif recommande fortement de maintenir l'application de l'alinéa 95(2)a) L.I.R. qui traite comme revenus tirés d'une entreprise exploitée activement des paiements entre SÉA qui autrement, seraient considérés comme RÉATB. Le Groupe consultatif mentionne ceci :

« [...] cette règle fait en sorte que le revenu tiré d'une entreprise exploitée activement conserve son caractère lorsque versé entre sociétés étrangères affiliées, ce qui minimise les situations où ces paiements sont assujettis à l'impôt au Canada en vertu du régime concernant le RÉATB. L'élimination de cette règle entraverait la compétitivité des entreprises canadiennes vis-à-vis des entreprises étrangères qui bénéficient d'une règle identique ou semblable dans leur pays de résidence⁴¹. »

Recommandation 4.7 : N'imposer aucune nouvelle disposition visant à restreindre la déductibilité des frais d'intérêt des entreprises canadiennes à l'égard des emprunts effectués pour investir dans des sociétés étrangères affiliées et l'article 18.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu devrait être abrogé.

Lors du calcul du revenu tiré d'une entreprise exploitée activement à l'étranger, l'une des principales difficultés est le traitement des dépenses pouvant se rattacher, directement ou indirectement, à ce revenu.

En vertu des présentes règles du calcul du revenu, une déduction peut être prise pour des intérêts payés ou payables par un contribuable canadien à l'égard d'un emprunt utilisé pour acquérir des actions d'une société, que celle-ci soit résidente du Canada ou non.

Dans le Budget du 19 mars 2007, le gouvernement fédéral a proposé de restreindre la déductibilité des intérêts à l'égard d'emprunts utilisés pour investir dans des SÉA. À la suite de divers commentaires et critiques de la communauté fiscale et des contribuables, le gouvernement a limité l'application de cette restriction aux intérêts payés ou payables en vertu de certaines structures de financement qui permettent le cumul de déductions pour dépenses d'intérêt, appelées structures de *double-dip*. Ces structures

⁴⁰ *Id.*, par. 4.119.

⁴¹ *Id.*, par. 4.128.

permettent la déduction d'une dépense d'intérêt dans deux juridictions alors que le revenu d'intérêt correspondant est assujéti à un taux d'impôt plus bas ou nul dans un autre pays⁴².

Bien que le Groupe consultatif reconnaisse que permettre la déduction des intérêts courus pour gagner des dividendes de source étrangère exempts d'impôt canadien peut être incompatible avec le principe de rattachement des dépenses aux revenus, il soulève que cette déduction a toujours été permise par le régime canadien de fiscalité internationale⁴³. Il ajoute ceci :

« [p]our demeurer compétitives par rapport aux entreprises établies dans d'autres pays, les entreprises canadiennes ont besoin d'une plus grande marge de manœuvre lorsque vient le temps d'attirer des capitaux et de structurer le financement de leurs acquisitions et de leur croissance à l'étranger. De l'avis du Groupe consultatif, cette préoccupation pragmatique a plus de poids que les raisons théoriques avancées pour justifier la non-déductibilité de l'intérêt versé sur les sommes empruntées pour investir dans des sociétés étrangères ou à l'égard de structures de financement des investissements à l'étranger⁴⁴. »

À cet égard, la recommandation du Groupe consultatif d'éliminer l'article 18.2 L.I.R. n'étonne pas, d'autant plus que cet article restreignait l'application de l'alinéa 95(2)a) L.I.R. dont la préservation était fortement endossée par le Groupe consultatif⁴⁵.

Le gouvernement fédéral a accepté la recommandation du Groupe consultatif concernant l'abolition de l'article 18.2 L.I.R. dans son Budget du 27 janvier 2009.

⁴² *Id.*, par. 4.140.

⁴³ *Id.*, par. 4.151.

⁴⁴ *Id.*, par. 4.166.

⁴⁵ W. G. CONWAY, B. MUSTARD et N. PANTALEO, *loc. cit.*, note 2, 343.

2.2. RECOMMANDATIONS RELATIVES AUX INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS AU CANADA

Recommandation 5.1 : Maintenir le présent régime relatif à la capitalisation restreinte et réduire de 2:1 à 1,5:1 le ratio dettes-capitaux propres maximum prévu aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes.

Après avoir fait une analyse comparative approfondie de différents régimes de dépouillement de surplus adoptés par d'autres pays et avoir considéré si les dispositions relatives à la capitalisation restreinte devaient inclure les dettes garanties et celles contractées auprès de tierces parties, le Groupe consultatif en est venu à la conclusion que « l'approche actuelle du Canada a passé l'épreuve du temps et fonctionne bien : cette approche est efficace, transparente et relativement simple à administrer et à observer »⁴⁶.

Il suggère toutefois de resserrer le ratio dettes-capitaux propres de 2:1 à 1,5:1 afin qu'il soit plus représentatif des pratiques actuelles de l'industrie et des règles adoptées par les autres pays⁴⁷.

Recommandation 5.2 : Élargir la portée des dispositions relatives à la capitalisation restreinte de manière à inclure les sociétés de personnes, les fiducies et les succursales canadiennes de sociétés non résidentes.

Les sociétés étrangères qui font affaire au Canada par l'entremise de sociétés de personnes, de fiducies ou de succursales ne sont pas assujetties aux règles relatives à la capitalisation restreinte, car celles-ci ne s'appliquent qu'aux sociétés canadiennes détenues de l'étranger. Cela soulève des questions d'intégrité et d'équité à l'égard de ces règles. Le Groupe consultatif recommande donc au gouvernement de les élargir afin d'inclure ces autres entités d'affaires⁴⁸.

⁴⁶ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *op. cit.*, note 3, par. 5.7.

⁴⁷ *Id.*, par. 5.38.

⁴⁸ *Id.*, par. 5.40.

Recommandation 5.3 : Éliminer les transactions de transfert de dette au sein de groupes de sociétés liées lorsque ces transactions sont motivées par des considérations fiscales et qu'elles impliquent l'acquisition, directe ou indirecte, par une société canadienne contrôlée de l'étranger, d'une participation au capital d'une société étrangère liée, tout en veillant à ce que les opérations d'affaires authentiques ne soient pas entravées.

L'expression « transfert de dette » n'ayant pas de définition précise, elle peut, par conséquent, décrire un éventail de transactions où l'acquisition d'une société canadienne, par une société étrangère ou canadienne, est fortement financée par emprunt. Faisant référence à la recommandation 4.7, le Groupe consultatif mentionne qu'il ne croit pas que « les frais d'intérêt devraient être restreints dans des situations où une société canadienne emprunte dans le but de faire un investissement à l'étranger pour des raisons d'affaires courantes »⁴⁹. Il souligne toutefois qu'un certain type d'opération de transfert de la dette soulève d'importantes inquiétudes au plan de la politique fiscale. Cette opération est décrite de la manière suivante par le Groupe consultatif :

« Le type d'opération en question concerne une société canadienne sous contrôle étranger qui emprunte dans le but d'acquérir des actions privilégiées d'une autre société étrangère liée [...]. Dans une telle situation, une société étrangère ("Parent") qui possède toutes les actions ordinaires d'une filiale non canadienne ("FilÉt") prête des fonds à une filiale canadienne ("FilCan"). FilCan utilise les fonds empruntés pour acheter des actions privilégiées de FilÉt, de Parent par exemple. L'arrangement est structuré de manière à ce que les dividendes reçus par FilCan sur les actions privilégiées soient exempts d'impôt au Canada. Le dividende sera plus grand que les frais d'intérêt sur l'emprunt contracté par FilCan qui sont déductibles au Canada et qui réduisent l'impôt canadien à payer par FilCan sur ses profits dérivés de ses opérations canadiennes⁵⁰. »

Le Groupe consultatif ajoute ceci :

« [L]orsqu'il n'existe aucune connexion entre les affaires de FilCan et celles de FilÉt, et surtout lorsque FilCan ne participe pas à la gestion de FilÉt ni ne bénéficie de l'augmentation de la valeur des opérations de FilÉt par suite de l'investissement de FilCan, une telle opération a pour effet de réduire de façon inappropriée l'impôt à payer par FilCan au Canada⁵¹. »

⁴⁹ *Id.*, par. 5.51.

⁵⁰ *Id.*, par. 5.52.

⁵¹ *Id.*, par. 5.53.

Le Groupe consultatif considère qu'une règle spécifique antiévitement devrait être introduite pour contrer de telles transactions, puisqu'il estime que la réduction recommandée du ratio dettes-capitaux propres prévu dans les règles de capitalisation restreinte ne sera pas suffisante⁵². Le Groupe consultatif a dégagé deux approches possibles à cette règle spécifique antiévitement. La première consisterait à restreindre la déductibilité de l'intérêt payé par une société canadienne sous contrôle étranger à l'égard d'emprunts utilisés pour acheter, directement ou indirectement, une participation au capital d'une société étrangère liée. La seconde viserait l'application d'un impôt canadien approprié au prix d'achat payé par une société canadienne sous contrôle étranger à l'égard de l'acquisition, directe ou indirecte, d'une participation au capital d'une société étrangère liée. Par exemple, le prix d'achat pourrait être recaractérisé en dividende assujéti à une retenue d'impôt au Canada⁵³.

2.3. RETENUES D'IMPÔT DES NON-RÉSIDENTS

Recommandation 6.1 : Examiner l'opportunité de réduire davantage les retenues d'impôt de façon bilatérale dans les conventions fiscales et les protocoles futurs dans la mesure où le cadre financier du gouvernement et son agenda en matière de réductions supplémentaires du taux d'imposition du revenu des sociétés le permettent.

Lors de ces consultations, le Groupe consultatif a observé un consensus au sein de la communauté d'affaires pour que le Canada abolisse ou réduise les retenues d'impôt. Cette réduction ou abolition ferait disparaître un obstacle important aux flux transfrontaliers de revenus et capitaux en plus de permettre aux entreprises canadiennes de se développer à l'étranger⁵⁴.

Cependant, le Groupe consultatif a souligné que lorsque le choix leur était offert, la plupart des contribuables canadiens préféreraient voir diminuer le taux d'imposition du revenu des sociétés au lieu d'éliminer les retenues d'impôt probablement parce que la première option profiterait à toutes les entreprises canadiennes et contribuerait à les rendre plus compétitives. Une autre raison serait que, généralement, les retenues d'impôt perçues par le Canada sont soustraites de l'impôt payable à l'étranger et conséquemment,

⁵² *Id.*, par. 5.54.

⁵³ *Id.*, par. 5.57.

⁵⁴ *Id.*, par. 6.8.

n'augmente pas le fardeau fiscal des non-résidents qui investissent au Canada⁵⁵.

Or, parce que les recettes fiscales qui découlent des retenues d'impôt des non-résidents sont substantielles pour le gouvernement⁵⁶, le Groupe consultatif a souligné que « l'importance des bénéfices économiques rendus possibles par l'abolition des retenues d'impôt doit être évaluée en détail »⁵⁷.

Le Groupe consultatif a conclu en affirmant que « réduire davantage les retenues d'impôt est souhaitable pour le Canada »⁵⁸. Il a donc recommandé que le gouvernement continue à éliminer ou réduire les retenues d'impôt de façon bilatérale dans les conventions fiscales et protocoles futurs. Toutefois, le Groupe consultatif a souligné que « tout allègement futur des retenues d'impôt ne devrait entrer en vigueur que dans la mesure où le cadre financier du gouvernement le permet »⁵⁹, puisque de tels allègements se traduiraient nécessairement par une perte de revenus fiscaux.

2.4. ADMINISTRATION, OBSERVATION ET PROCESSUS LÉGISLATIF

Recommandation 7.1 : Intervenir immédiatement afin d'améliorer le dialogue entre les contribuables, les conseillers fiscaux et l'Agence du revenu du Canada afin de promouvoir la responsabilisation mutuelle et la coopération requises pour soutenir le régime d'autocotisation du Canada.

Le Groupe consultatif, ayant entendu plusieurs commentaires négatifs au sujet des relations entre l'ARC et les entreprises, s'est montré très inquiet considérant ceci :

« [L]aisser ces relations se détériorer davantage pourrait compromettre la viabilité de notre régime d'autocotisation, ce qui ferait augmenter les coûts d'observation et d'administration ainsi que les probabilités de différends et de

⁵⁵ *Id.*, par. 6.19.

⁵⁶ En 2005, 4,3 G\$ en retenues d'impôt ont été perçus par le gouvernement, dont 2,1 G\$ sur des dividendes versés à des non-résidents.

⁵⁷ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *op. cit.*, note 3, par. 6.9.

⁵⁸ *Id.*, par. 6.20.

⁵⁹ *Id.*

litiges. Les entreprises, leurs conseillers et l'ARC ont chacun la responsabilité de voir à ce que notre régime d'autocotisation fonctionne efficacement⁶⁰. »

Le Groupe consultatif considère qu'améliorer la communication et tenir davantage de consultations sont des « premiers pas importants vers la mise en place d'un régime d'autocotisation plus robuste »⁶¹.

Recommandation 7.2 : Adopter des mesures pour améliorer l'administration des règles de prix de transfert en ce qui touche le règlement de s différends, la centr alisation des c onnaissances visant à rehausser la cohérence et le règlement des questions techniques.

Le Groupe consultatif a étudié le régime des prix de transfert du Canada sous l'angle de son administration. Pour ce faire, il a formé un sous-comité chargé de lui apporter son aide au cours de cette étude. Ce sous-comité a fait plus de 20 recommandations visant à améliorer l'administration du régime par l'élaboration de solutions aux problèmes actuels que rencontrent les entreprises et l'ARC.

Les trois principaux thèmes qui se dégagent du rapport du sous-comité sont les suivants :

- « 1. Règlement de différends – La résolution de la double imposition requiert l'interaction de deux états et le recours à un processus qui est unique aux différends en matière de fiscalité internationale. Plutôt que d'appliquer dans le domaine des prix de transfert les règles et procédures internes généralement utilisées pour résoudre les autres différends fiscaux, il pourrait être mieux avisé d'adopter d'autres processus.
2. Centralisation et cohérence – La centralisation de l'expertise des employés de l'ARC dans le domaine des prix de transfert et l'adoption de mesures favorisant un meilleur partage des connaissances entre l'ARC, les entreprises et les conseillers fiscaux devraient encourager un climat de compréhension mutuelle et une approche plus uniforme aux problèmes et vérifications des prix de transfert tant pour les contribuables que pour l'ARC.
3. Directives et questions techniques – Le fait d'offrir des conseils et des directives plus complets sur les questions d'administration et de résoudre certaines questions techniques persistantes pourrait améliorer l'application

⁶⁰ *Id.*, par. 7.4.

⁶¹ *Id.*, par. 7.7.

et l'administration des règles de prix de transfert tant pour l'ARC que pour les contribuables⁶². »

Le Groupe consultatif a reconnu que modifier le régime actuel de fiscalité internationale pour un régime d'exemption élargie pourrait mettre beaucoup de pression sur l'application et l'administration du régime de prix de transfert du Canada. Dans la mesure où il pourrait en découler un nombre plus élevé de différends en matière de prix de transfert, le Groupe consultatif a recommandé d'éliminer les problèmes majeurs ciblés par le sous-comité et découlant du régime actuel en matière de prix de transfert afin que celui-ci fonctionne de la manière la plus harmonieuse possible.

Recommandation 7.3 : Éliminer les exigences de retenue d'im pôt afférentes aux services rendus et aux fonctions d'emploi exercées au Canada lorsque le non-résident atteste que le revenu est exempt d'impôt au Canada en vertu d'une convention fiscale.

Au Canada, tout non-résident qui fournit des services au Canada est assujéti à une retenue d'impôt sur les sommes qui lui sont payées à l'égard de ces services. La retenue, qui est prélevée en vertu de l'article 105 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁶³, n'est pas un impôt final, mais plutôt un acompte au titre de l'impôt qui sera déterminé ultérieurement lorsque le non-résident produira sa déclaration de revenus. Un non-résident peut obtenir une dérogation à la retenue lorsqu'il peut démontrer que la somme devant être retenue sera supérieure à l'impôt qu'il devra ultimement payer au Canada. Une autre retenue doit être faite, en vertu de l'article 102 R.I.R., par les employeurs non résidents sur la rémunération versée à un employé qui fournit des services au Canada au nom de cet employeur. Tout comme pour la retenue de l'article 105 L.I.R., une dérogation peut être obtenue et cette retenue constitue un acompte au titre de l'impôt qui sera déterminé ultérieurement dans la déclaration de revenus de l'employé.

Le Groupe consultatif a pris connaissance de plusieurs inquiétudes et frustrations à l'égard de la retenue de l'article 105 L.I.R. Entre autres, plusieurs entreprises sont choquées d'avoir à assumer la responsabilité administrative de l'obligation fiscale d'un non-résident. De plus, le Groupe consultatif a retenu les commentaires suivants :

⁶² *Id.*, par. 7.23.

⁶³ C.R.C. 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

- « • les coûts résultant de l'observation de l'article 105 sont importants;
- les fournisseurs de services majorent habituellement leurs frais afin de compenser la retenue d'impôt, ce qui peut augmenter les coûts encourus par les entreprises canadiennes et entraver leur capacité d'embaucher des travailleurs qualifiés venant de l'extérieur du pays;
- le processus de dérogation est lourd, de sorte qu'on ne l'utilise pas aussi souvent que l'on devrait;
- le fournisseur de services peut voir ses revenus réduits ou retardés et peut éprouver des problèmes de rentrée de fonds s'il n'a pas exigé du payeur une majoration de ses frais⁶⁴. »

Relativement à l'article 102 R.I.R., le Groupe consultatif a été informé de la portée trop large de celui-ci qui « impose de ce fait un fardeau administratif considérable aux non-résidents et aux entreprises canadiennes qui doivent exécuter les tâches administratives au nom d'employeurs non-résidents liés »⁶⁵.

Finalement, le Groupe consultatif, après avoir comparé l'approche américaine à celle canadienne, a recommandé de remplacer les dispositions réglementaires actuelles par un régime d'attestation semblable à celui des États-Unis⁶⁶. Il a souligné les nombreux avantages que cela pourrait avoir :

- « • un régime d'attestation transférerait le fardeau d'observation à l'étape de la retenue d'impôt du payeur au non-résident;
- les payeurs canadiens auraient probablement à effectuer des retenues moins fréquentes, ce qui réduirait le fardeau administratif des entreprises et de l'ARC;

⁶⁴ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *op. cit.*, note 3, par. 7.38.

⁶⁵ *Id.*, par. 7.39.

⁶⁶ En vertu de ce régime, le fournisseur de services non résident remet un formulaire au payeur. Si le payeur sait (ou a des motifs raisonnables d'en douter) que les faits ou déclarations indiqués sur le formulaire pourraient être faux ou pourraient ne pas être immédiatement vérifiables, le payeur est alors tenu d'effectuer la retenue d'impôt. Le non-résident est tenu d'obtenir un numéro d'assurance sociale des États-Unis ou un numéro de contribuable individuel et de produire une déclaration de revenus aux États-Unis lorsque la rémunération perçue dépasse le seuil d'exemption personnelle (présentement fixé à 3 500 \$).

- un moins grand nombre de retenues d'impôt réduirait l'incidence des majorations des frais, ce qui mènerait à des économies pour les entreprises canadiennes;
- les renseignements indiqués sur le certificat du non-résident et fournis par le payeur canadien maintiendraient la capacité de l'ARC de procéder à des vérifications et de faire observer la loi;
- le processus d'attestation réduirait la nécessité d'obtenir des dérogations, éliminant ainsi un fardeau administratif tant pour les entreprises que pour l'ARC⁶⁷. »

Recommandation 7.4 : Éliminer les exigences de retenue d'impôt relatives à la liéation d'un bien canadien imposable lorsque le non-résident certifie que le gain réalisé est exempt d'impôt au Canada en vertu d'une convention fiscale.

Recommandation 7.5 : Exclure la vente de toutes les valeurs canadiennes cotées en Bourse des exigences de déclaration et de retenue d'impôt en vertu de l'article 116 L.I.R.

Les non-résidents sont assujettis à l'impôt canadien sur les gains réalisés lors de la disposition de biens canadiens imposables, biens dont la valeur est dérivée de sources canadiennes. En général, les conventions fiscales conclues par le Canada peuvent toutefois donner droit à un allègement pour les biens autres que les biens immobiliers.

Lorsqu'un non-résident vend un bien canadien imposable, la *Loi de l'impôt sur le revenu* requiert qu'il avise l'ARC et l'acheteur du bien doit retenir et remettre au gouvernement 25 % du produit de la vente, à moins que le non-résident n'obtienne un certificat de conformité (ci-après « certificat en vertu de l'article 116 ») confirmant que les obligations de retenues et de remises sont réduites ou éliminées. Les obligations de retenues et de remises seront réduites ou éliminées si le non-résident démontre à l'ARC qu'il bénéficie d'une exemption fiscale en vertu d'une convention ou de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le non-résident doit également produire une déclaration de revenus déclarant la vente pour ultimement obtenir les avantages que lui octroie une convention fiscale ou pour obtenir un remboursement des sommes remises à l'ARC par l'acheteur.

⁶⁷ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *op. cit.*, note 3, par. 7.42.

Puisque plusieurs non-résidents ayant des participations dans des biens canadiens imposables ont droit à un allègement en vertu d'une convention fiscale, le processus qui mène à l'obtention du certificat en vertu de l'article 116 est souvent considéré comme coûteux, long et inutile. Bien que ce processus ait été revu récemment afin de réduire le fardeau administratif qui l'accompagne, plusieurs critiques se font toujours entendre au sein de la communauté d'affaires. Ainsi, le Groupe consultatif a recommandé ce qui suit :

« [que] le processus de conformité par certificats en vertu de l'article 116 [soit] simplifié en adoptant un régime d'attestation quant aux droits et avantages découlant d'une convention et en excluant l'ensemble des valeurs canadiennes cotées en bourse du processus de conformité par certificats en vertu de l'article 116⁶⁸. »

Dans son Budget du 4 mars 2010, le gouvernement fédéral modifie la définition de « bien canadien imposable » pour exclure les actions de sociétés (et certaines autres participations) dont la valeur ne découle pas principalement de biens immeubles ou réels situés au Canada, d'avoirs miniers canadiens ou d'avoirs forestiers (sous réserve de la règle des 60 mois). Ce changement élimine donc les obligations de conformité en vertu de l'article 116 L.I.R. pour les acquéreurs et vendeurs non résidents de ces catégories de biens et élimine les obligations de divulgation fiscale en vertu de l'article 116 L.I.R. pour plusieurs autres investissements.

Recommandation 7.6 : Élaborer un plan complet à long terme afin d'optimiser la collecte de renseignements auprès des contribuables et mettre sur pied les systèmes de gestion de l'information nécessaires pour traiter et analyser efficacement ces renseignements.

Dans l'exécution de son mandat, le Groupe consultatif a eu de la difficulté à obtenir certains renseignements fiscaux nécessaires à son étude de la part du gouvernement en raison de la piètre qualité des données recueillies ainsi que de l'absence d'obligation pour les contribuables de fournir ces renseignements. De plus, le Groupe consultatif a noté que les systèmes de gestion de l'information du gouvernement ne semblent pas aussi fonctionnels que ceux en place dans le secteur privé⁶⁹.

⁶⁸ *Id.*, par. 7.56.

⁶⁹ *Id.*, par. 7.69.

Par conséquent, le Groupe consultatif a encouragé le gouvernement à « prendre des mesures pour rationaliser et optimiser son approche vis-à-vis la collecte et l'utilisation des renseignements des contribuables dans le domaine de la fiscalité internationale »⁷⁰. Il a souligné l'importance pour l'ARC et le ministère des Finances de collaborer et de tenir des consultations afin d'élaborer un plan complet et à long terme visant à optimiser les méthodes de cueillette et d'utilisation des renseignements des contribuables.

« Ce plan devrait préciser :

- la nature et la quantité des renseignements requis et les raisons pour lesquelles ils sont requis;
- de quelle façon ces renseignements devraient être recueillis, à quel moment et auprès de qui;
- les méthodes de saisie, stockage, conservation, validation et distribution des renseignements;
- les systèmes à mettre en place pour analyser et optimiser l'utilisation des renseignements⁷¹. »

Le Groupe consultatif a indiqué que des démarches ont déjà été entreprises de concert avec l'ARC et l'Institut des cadres fiscalistes afin d'améliorer certains des formulaires utilisés pour recueillir des renseignements sur les opérations transfrontalières.

CONCLUSION

Le rapport final du Groupe consultatif avait pour objectif de moderniser le régime canadien de fiscalité internationale afin qu'il soit mieux adapté aux tendances mondiales et surtout, qu'il soit plus compétitif au regard des régimes fiscaux d'autres pays. Le Groupe consultatif a préparé des recommandations visant à simplifier ce régime en minimisant les coûts d'observation de la loi et en facilitant son administration et son exécution par l'ARC. Bien que le gouvernement n'ait pas exigé que les recommandations soient neutres au plan fiscal, de l'avis du Groupe consultatif, celles-ci ne devraient pas, dans leur ensemble, imposer de coût fiscal net au gouvernement⁷². Pour toutes ces raisons, la mise en œuvre de ces recommandations est donc souhaitable.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*, par. 1.13.

PARTIE B**Regard critique sur le régime canadien de fiscalité internationale**

Brian Bloom, avocat, associé

Davies Ward Phillips & Vineberg s.e.n.c.r.l.

Marie-Emmanuelle Vaillancourt, avocate, M. Fisc., associée

Davies Ward Phillips & Vineberg s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

Plusieurs aspects du régime canadien de fiscalité internationale ont été abordés par le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale. D'autres n'ont toutefois pas été pris en compte ou ont été discutés trop sommairement. Trois de ces aspects retiennent particulièrement notre attention, soit l'exploitation d'une entreprise au Canada, les clauses de restrictions apportées aux avantages (ci-après « LOB ») et la règle dite « Dudney ». À cet effet, les trois questions suivantes se posent :

- 1) Est-ce que le critère d'assujettissement des non-résidents à l'impôt canadien de l'exploitation d'une entreprise au Canada devrait être remplacé par celui, plus exigeant, de l'établissement stable?
- 2) Est-ce que la convention fiscale modèle du Canada (ci-après « convention modèle ») devrait systématiquement inclure une clause de type LOB similaire à celle que l'on retrouve à l'article XXIX-A de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*¹?
- 3) Est-ce que la convention modèle devrait inclure une « règle Dudney » telle que celle prévue à l'article V(9) de la Convention Canada-États-Unis?

1. EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE AU CANADA

Les non-résidents du Canada sont assujettis à l'impôt canadien en certaines circonstances bien définies, notamment lorsqu'ils exploitent une entreprise au Canada². Dans le cas toutefois où le non-résident réside dans un

¹ S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention Canada-États-Unis »).

² *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), al. 2(3)b).

pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale, il ne suffit pas de démontrer que le non-résident exploite une entreprise au Canada pour qu'il soit assujéti à l'impôt canadien, il doit exploiter cette entreprise par l'entremise d'un établissement stable situé au Canada. Le concept de l'exploitation d'une entreprise est donc seulement utile lorsque le non-résident réside dans une juridiction qui n'a pas conclu une convention fiscale avec le Canada et lorsque des entités sont expressément exclues de l'application d'une convention, par exemple les *Barbados International Business Corporations*, lesquelles ne sont pas protégées par la *Convention fiscale entre le Canada et la Barbade*³. Aussi, depuis l'entrée en vigueur du cinquième protocole à la Convention Canada-États-Unis, le concept de l'exploitation d'une entreprise est également pertinent lorsqu'un résident des États-Unis ne peut bénéficier de la Convention Canada-États-Unis car la clause LOB l'en empêche.

Compte tenu de la panoplie de conventions fiscales qu'a signées le Canada (plus de 80 au moment d'écrire ces lignes), il est légitime de se demander si le concept de l'exploitation d'une entreprise demeure pertinent, d'autant plus que l'étendue de son application n'est pas clairement établie. En effet, l'expression « exploiter une entreprise au Canada » n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il faut s'en remettre aux décisions de nos tribunaux et à la common law britannique, lesquelles peuvent parfois être contradictoires.

De façon générale, on peut dégager trois principes directeurs importants quant à l'exploitation d'une entreprise au Canada, lesquels nous viennent en grande partie de la common law britannique :

- a) l'entreprise doit faire affaire « au » Canada plutôt qu'« avec » le Canada⁴;
- b) les activités de l'entreprise au Canada doivent être « principales » (par opposition à « accessoires »)⁵; et

³ S.C. 1980-81, c. 44. Avant l'entrée en vigueur du cinquième protocole à la Convention Canada-États-Unis, le concept de l'exploitation d'une entreprise au Canada s'avérait également pertinent pour les *limited liability companies* américaines, lesquelles ne bénéficiaient pas de la Convention Canada-États-Unis en raison de certaines anomalies. Elles et/ou leurs membres/actionnaires devaient dorénavant en bénéficier en vertu de l'article IV(6) de la Convention Canada-États-Unis.

⁴ *Grainger & Son v. Gough (Surveyor of Taxes)*, (1896) 3 T.C. 462 (C.L.).

⁵ *F.L. Smidth & Co. v. Greenwood*, (1922) 8 T.C. 193 (ci-après « *F.L. Smidth* »).

c) le seul fait d'acheter des biens au Canada est insuffisant⁶.

Les premières décisions anglaises sur le sujet énonçaient par ailleurs que le lieu de conclusion des contrats était déterminant⁷. Ce test a toutefois été nuancé par la suite, tant en Grande-Bretagne qu'au Canada, puisqu'il pouvait donner lieu à des anomalies. Si, par exemple, toutes les activités d'une entreprise sont exercées à l'extérieur du Canada, mais pour une raison ou pour une autre, un contrat est conclu au Canada, est-ce suffisant pour que les profits provenant de ces activités soient imposables au Canada? Afin d'éviter de telles situations, les tribunaux ont développé une nouvelle approche, celle de déterminer le lieu où les activités qui génèrent les profits sont exercées⁸. Les cours canadiennes ont emboîté le pas à ce courant jurisprudentiel, notamment dans les affaires *Cutlers Guild Ltd. c. La Reine*⁹ et *La Reine c. Gurd's Products Co. Ltd.*¹⁰

Il faut dire que le lieu de la conclusion du contrat peut parfois être difficile à déterminer et à justifier à l'ère des communications virtuelles (courriel, télécopie, message texte, etc.) et du commerce électronique, d'autant plus que le contrat peut être régi par les lois d'un pays tiers (c'est-à-dire ni l'un ni l'autre des pays où résident les cocontractants). Par exemple, plusieurs ententes de financement sont régies par les lois de l'État de New York – comment alors déterminer l'endroit où le contrat est conclu? Faut-il s'en remettre au droit new-yorkais pour ce faire ou au droit canadien?

En common law¹¹, l'endroit où un contrat est conclu dépend du mode de communication utilisé pour accepter les modalités d'une offre. Dans le cas

⁶ 81 D.T.C. 5093 (C.F.) (ci-après « *Cutlers Guild* »).

⁷ *Erichsen v. Last*, (1881) 4 T.C. 422 (C.A.); *Werle v. Colquhoun*, (1888) 4 T.C. 466 (C.A.); *Watson v. Sandie and Hull*, (1897) 3 T.C. 611 (Q.B.); *Crookston Bros. v. Furtado*, (1910) S.T.C. 602 (Scot. Ex. Ct.).

⁸ *F.L. Smidth*, précité, note 5; *Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd. v. Lemellin (HM Inspector of Taxes)*, (1957) 37 T.C. 111 (H.L.).

⁹ *Cutlers Guild*, précité, note 6.

¹⁰ 85 D.T.C. 5314 (C.A.F.).

¹¹ Pour une revue détaillée des règles applicables en common law quant au lieu de la conclusion des contrats, voir notamment Craig M. McDOUGALL, Sandra E. JACK et D. Blair NIXON, « Income Tax Fundamentals in a Global Economy: Old Rules and the New Reality », *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 27:1-43. Quant aux règles applicables en droit civil, voir *infra*, note 16.

où l'offre est acceptée par courrier, les parties sont liées dès que la lettre est mise à la poste¹², à l'endroit où elle est mise à la poste¹³. Dans le cas où le mode de communication est instantané (téléphone, télécopieur, courriel), le contrat est conclu là où l'acceptation est reçue, c'est-à-dire là où se trouve la personne qui entend ou lit l'acceptation¹⁴.

En droit civil, les règles sont plus simples car le *Code civil du Québec*¹⁵ prévoit dorénavant que quel que soit le moyen utilisé pour communiquer (lettre, téléphone, télécopieur ou courriel), le contrat se forme au moment et au lieu de la réception de l'acceptation¹⁶. Ainsi, dans le cas où un contrat est conclu par échange de lettres, il pourrait arriver qu'une personne exploite une entreprise au Canada en vertu des principes de la common law mais n'en exploite pas une aux termes du droit civil et vice-versa.

En outre, comment appliquer ces règles aux entreprises non résidentes qui vendent des marchandises sur Internet si, comme pour les commerces au détail réguliers, l'acheteur est considéré comme étant l'offrant et le vendeur la personne qui accepte l'offre? Dans un tel cas, tant aux fins de la common law que du droit civil québécois, le contrat serait réputé avoir été conclu au Canada, c'est-à-dire là où se trouve le consommateur lorsque son offre est acceptée par le vendeur. Or, l'entreprise non résidente concernée peut n'avoir aucun lien avec le Canada si ce n'est le consommateur. Est-il approprié que l'entreprise non résidente soit imposable au Canada dans une telle situation?

On voit rapidement, au moyen des exemples ci-dessus, que la détermination du lieu de conclusion du contrat peut s'avérer problématique et qu'une approche trop formaliste peut mener à des absurdités.

En somme, le seul fait de signer un contrat en personne, par la poste ou par courrier électronique ne devrait pas avoir un impact majeur sur

¹² *Adams v. Lindsell*, (1818) 106 E.R. 205 (K.B.). Cette règle s'applique également aux télégrammes : *Melady v. The Jenkins Steamship Co.*, (1909) 18 O.L.R. 251 (Div. Ct.).

¹³ *Cowan v. O'Connor*, (1888) 20 Q.B.D. 640 (Q.B.); *Imperial Life Insurance Co. of Canada v. Colmenares*, (1967) 62 D.L.R. (2^e) 138 (C.S.C.).

¹⁴ *Entires Ltd. v. Miles Far East Corporation*, [1955] 2 Q.B. 327 (C.A.); *Brinkibon Ltd. v. Slahag Stahl GmbH*, [1983] 2 A.C. 34 (H.L.).

¹⁵ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

¹⁶ Art. 1387 C.c.Q.; aussi Pierre-Gabriel JOBIN, *Baudouin et Jobin. Les obligations*, 6^e éd., Éditions Yvon Blais, 2005.

l'imposition d'une entreprise alors qu'il s'agit là d'un élément pour le moins éphémère. Il n'existe en fait aucune justification économique au critère du lieu de la conclusion des contrats. Qui plus est, il s'agit d'un critère aléatoire pouvant être manipulé de façon à éviter l'imposition, et en contradiction avec le principe voulant qu'un non-résident doive faire affaire « au » Canada plutôt qu'« avec » le Canada.

Il faut préciser cependant que le récent critère du lieu où sont générés les profits, bien que plus facile d'application et moins aléatoire, ne semble pas toujours respecté par les autorités fiscales canadiennes. Par exemple, dans l'*Énoncé de politique* P-051R2¹⁷, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») indique qu'il suffit qu'un non-résident fasse de la publicité au Canada, maintienne un inventaire de biens au Canada et livre les biens vendus au Canada pour exploiter une entreprise au Canada.

Afin de s'assurer que le critère du lieu de conclusion du contrat ne serve pas à éviter l'impôt canadien, le Canada a par ailleurs choisi d'adopter l'article 253 L.I.R.

Selon l'alinéa 253a) L.I.R., un non-résident qui exerce certaines activités de production au Canada est réputé exploiter une entreprise au Canada, même si la vente des produits intervient après que ceux-ci eurent quitté le Canada.

Quant à l'alinéa 253b) L.I.R., il prévoit qu'un non-résident qui sollicite des commandes ou offre en vente quoi que ce soit par l'entremise d'un mandataire ou préposé au Canada est réputé exploiter une entreprise au Canada, et ce, même si le contrat est parachevé à l'étranger.

On évite de cette façon que la totalité des profits d'une entreprise soit imposée là où les contrats sont conclus dans la mesure où le non-résident exerce certaines activités au Canada. Bien que l'article 253 L.I.R. puisse s'avérer utile, il implique que le lieu de conclusion du contrat est un test valable (si ce n'était pas le cas, l'article 253 L.I.R. serait inutile). Ainsi, malgré les problèmes soulevés précédemment quant au test du lieu de la conclusion du contrat, le Canada pourrait prétendre qu'une portion des profits d'une entreprise étrangère est imposable au Canada au seul motif que cette entreprise a signé une entente au Canada.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique sur la TPS/TVH* P-051R2, « Exploitation d'une entreprise au Canada », 28 avril 2005, exemple 9.

Par ailleurs, on voit difficilement comment appliquer l'article 253 L.I.R. au commerce électronique. Est-ce que, par exemple, le fait pour un non-résident de rendre des services de design de sites Web à des commerçants électroniques canadiens via Internet constitue « des activités de production au Canada » aux fins de l'alinéa 253a) L.I.R.? Finalement, l'article 253 L.I.R. n'offre aucune indication quant à l'allocation des revenus une fois qu'il a été présumé que le non-résident exploite une entreprise au Canada.

Au regard de ce qui précède, il est apparent que l'article 253 L.I.R. ne clarifie pas le concept de l'exploitation d'une entreprise, au contraire, il le complexifie.

Compte tenu de l'ambiguïté du concept de l'exploitation d'une entreprise, il vaudrait mieux s'en tenir à celui de l'établissement stable, qui est beaucoup mieux encadré. Les pertes économiques qui pourraient s'ensuivre pour le Canada seraient sans doute minimales compte tenu du fait que la plupart des partenaires d'affaires du Canada bénéficient de conventions fiscales. Même en tenant compte de ce léger recul économique, le Canada en sortirait sans aucun doute gagnant puisque le concept de l'établissement stable crée moins d'incertitude, ce qui signifie moins de réticence pour les étrangers à faire affaire au Canada et avec des Canadiens. Les non-résidents doivent savoir d'emblée s'ils sont ou non assujettis à l'impôt canadien – il s'agit d'un facteur important qui doit être considéré avant de prendre la décision de faire affaire au Canada.

S'en remettre à la notion de l'établissement stable permettrait également de pouvoir faire une distinction nette entre les revenus imposables en vertu de la Partie I L.I.R. et ceux imposables en vertu de la Partie XIII L.I.R. En effet, il est parfois difficile de déterminer si un non-résident exploite une entreprise, ce qui implique une participation active, ou ne reçoit que des revenus d'investissement assujettis à la Partie XIII L.I.R. Par exemple, quel degré d'activités est requis pour qu'un non-résident qui effectue des prêts en faveur de résidents canadiens exploite une entreprise au Canada? La distinction entre les revenus d'entreprise et les revenus passifs est parfois mince et le critère de l'établissement stable permettrait d'endiguer ces incertitudes.

Finalement, mentionnons que l'adoption du critère de l'établissement stable signifierait que les liens économiques du non-résident avec le Canada sont plus importants, ce qui justifierait davantage l'imposition des non-résidents par le Canada et favoriserait l'échange de connaissances avec des pays étrangers, ce qui rendrait la « règle Dudley » (discutée ci-dessous) superflue.

2. CLAUSES LOB

Le cinquième protocole à la Convention Canada–États-Unis est entré en vigueur le 15 décembre 2008. L'un des changements les plus troublants est l'ajout d'une clause LOB applicable aux résidents des États-Unis faisant affaire au Canada ou ayant des revenus de source canadienne (avant l'entrée en vigueur du cinquième protocole, la clause LOB ne visait que les résidents canadiens faisant affaire aux États-Unis ou ayant des revenus de source américaine).

De façon sommaire, la clause LOB de la Convention Canada–États-Unis limite l'application de cette dernière aux « personnes admissibles ». Une « personne admissible » est un résident du Canada ou des États-Unis (selon le cas) qui est une personne physique, une entité gouvernementale, un organisme de bienfaisance ou à but non lucratif, une succession ou un fonds de pension. On y inclut également les sociétés et les fiducies qui résident au Canada ou aux États-Unis et qui remplissent l'une ou l'autre des conditions suivantes :

- i) la principale catégorie d'actions ou de parts de la société ou de la fiducie fait l'objet de transactions importantes et régulières dans au moins une Bourse de valeurs reconnue¹⁸;
- ii) plus de 50 % des actions (en vote et en valeur) de la société sont détenues par cinq personnes ou moins, dont chacune est une société ou une fiducie décrite au paragraphe i) ci-dessus, pourvu que chaque société ou fiducie de la chaîne de propriétaires soit une personne admissible; ou
- iii) plus de 50 % des actions (en vote et en valeur) de la société ou, dans le cas d'une fiducie, de la participation bénéficiaire, ne sont pas détenues par des personnes autres que des personnes admissibles, et les dépenses déductibles payées ou dues par la société ou la fiducie, directement ou indirectement, à des personnes qui ne sont pas des personnes admissibles sont inférieures à 50 % de son revenu brut pour la période précédente (*base erosion test*).

¹⁸ Cette expression désigne le NASDAQ et toute Bourse enregistrée auprès de la U.S. Securities and Exchange Commission comme étant une Bourse de valeurs nationale et, au Canada, les Bourses de Toronto et de Montréal ainsi que les groupes 1 et 2 de la Bourse de croissance TSX.

Ces tests mécaniques peuvent empêcher l'application de la Convention Canada-États-Unis sans justification apparente. Ainsi, pourquoi est-ce qu'une société américaine dont les actions appartiennent à six particuliers américains ne pourrait pas bénéficier de la Convention Canada-États-Unis si la société américaine reçoit des redevances d'un résident canadien et que 50 % des dépenses de la société américaine consistent en des honoraires payés à un avocat d'un pays tiers?

Il convient de noter toutefois que des entités qui ne sont pas des « personnes admissibles » peuvent néanmoins bénéficier de la Convention Canada-États-Unis en certaines circonstances.

Ainsi, selon le paragraphe 3 de l'article XXIX-A, une personne qui réside au Canada ou aux États-Unis mais qui n'est pas une personne admissible peut bénéficier de la Convention Canada-États-Unis si elle (ou une personne qui lui est liée) exerce activement des activités industrielles ou commerciales (autres que des activités de placements ou de gérance de placements) dans son pays de résidence, mais seulement dans la mesure où i) les revenus provenant de l'autre État découlent, directement ou de façon accessoire, de ces activités commerciales ou industrielles et ii) les activités commerciales exercées dans son pays de résidence sont importantes comparativement aux activités exercées dans l'autre État.

Cette exception s'avère peu utile car il y a souvent une certaine incertitude factuelle quant à savoir si le revenu découle, directement ou de façon accessoire, des activités commerciales ou industrielles du non-résident et si de telles activités sont « importantes » dans le pays de résidence du non-résident comparativement aux activités exercées dans le pays d'où les revenus proviennent. Sa portée est également limitée puisque la personne ne bénéficie de la Convention Canada-États-Unis que pour ses revenus relatifs aux activités commerciales ou industrielles. Ainsi, comment appliquer ce test lorsque le revenu est un gain en capital ou un dividende réputé? Lors d'un séminaire à Toronto le 4 juin 2008, un représentant de l'ARC a indiqué que le gain résultant de la vente des actions d'une filiale canadienne par une société américaine devrait faire l'objet d'une répartition dans la mesure où seulement une partie de la valeur des actions est attribuable à une activité liée à l'entreprise américaine. En d'autres termes, une partie du gain pourrait être exonérée et l'autre pas. L'ARC n'a malheureusement donné aucune indication quant à la façon dont le gain devait être imparti dans un tel cas.

Le paragraphe 4 de l'article XXIX-A de la Convention Canada-États-Unis prévoit pour sa part qu'un résident du Canada ou des États-Unis (selon le cas) peut bénéficier des avantages prévus aux articles X (Dividendes),

XI (Intérêts) et XII (Redevances) si i) au moins 90 % de ses actions (en vote et en valeur) sont détenues, directement ou indirectement, par des personnes admissibles ou des résidents d'un pays tiers qui pourraient bénéficier, si elle était applicable, d'une convention fiscale entre le Canada ou les États-Unis et ce pays tiers et seraient dans ce cas des personnes admissibles (ci-après « actionnaire tiers »); ii) l'actionnaire tiers aurait droit, en vertu de cette convention tierce, à un taux d'imposition égal ou inférieur à celui offert par la Convention Canada-États-Unis; et iii) les dépenses déductibles payées ou dues par la société, directement ou indirectement, à des personnes qui ne sont pas des personnes admissibles sont inférieures à 50 % de son revenu brut pour la période précédente (*base erosion test*).

Cette exception dite des « avantages dérivés » est encore une fois d'application fort limitée. Par exemple, dans le cas où un actionnaire tiers est une société publique, ses actions doivent être cotées à une Bourse de valeurs canadienne ou américaine pour pouvoir bénéficier des avantages dérivés. On peut par ailleurs se demander pourquoi la société ne pourrait pas au moins bénéficier du taux offert par la convention tierce. En effet, même si ce taux est supérieur à celui prévu par la Convention Canada-États-Unis, il est fort probablement inférieur à 25 ou 30 %.

Il existe une dernière exception à la clause LOB, celle relative aux autorités compétentes. En effet, lorsqu'une personne qui réside au Canada ou aux États-Unis ne peut en vertu des règles précédentes bénéficier de la Convention Canada-États-Unis et que les autorités compétentes jugent que l'existence de cette personne n'a pas pour objectif principal de tirer avantage des bénéfices de la Convention Canada-États-Unis ou que de lui refuser les avantages de la Convention Canada-États-Unis serait inapproprié, alors les autorités compétentes peuvent permettre à cette personne de bénéficier de la Convention Canada-États-Unis.

Au regard de ce qui précède, on peut sans l'ombre d'un doute conclure que la clause LOB sera problématique puisqu'on pourra rarement déterminer de façon concrète et définitive qu'une personne peut bénéficier de la Convention Canada-États-Unis. Il faudra donc s'en remettre aux autorités compétentes mais il y a fort à parier qu'on ne pourra obtenir les réponses nécessaires dans un délai raisonnable. Les contribuables et leurs conseillers se retrouveront alors face à un dilemme : laisser tomber la transaction ou y procéder en acceptant l'incertitude fiscale qui en découle. Encore une fois, on peut se demander si les abus à la Convention Canada-États-Unis étaient tellement nombreux ou importants qu'ils justifiaient l'élargissement de la clause LOB pour protéger le Canada. Le Canada pourrait perdre encore plus si les investisseurs américains choisissaient de réduire leurs investissements

canadiens pour éviter l'incertitude découlant de la clause LOB. Or, l'objectif principal de la Convention Canada–États-Unis n'est-il pas d'encourager les échanges commerciaux entre le Canada et les États-Unis? Fort heureusement, le Canada n'a pas l'intention d'ajouter une clause LOB similaire à celle que l'on retrouve dans la Convention Canada–États-Unis à tous ses traités fiscaux¹⁹.

3. LA « RÈGLE DUDNEY »

Le cinquième protocole à la Convention Canada–États-Unis élargira également à compter de 2010 la notion d'établissement stable afin d'y inclure la simple présence d'un individu (que cette personne ait ou non l'autorité générale de contracter) en certaines circonstances, et ce, afin de contrer la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *La Reine c. Dudley*²⁰.

Plus particulièrement l'alinéa a) de l'article V(9) prévoit dorénavant qu'une entreprise américaine a un établissement stable au Canada lorsque des services sont fournis au Canada par une personne physique qui y séjourne pendant 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de 12 mois et que pendant cette période, plus de 50 % des recettes brutes de l'entreprise consistent en un revenu tiré des services fournis au Canada. La même règle s'applique aux entreprises canadiennes qui font affaire aux États-Unis par le biais d'un particulier.

Quant à l'alinéa b) de l'article V(9) de la Convention Canada–États-Unis, on y énonce que lorsque des services sont rendus par une entreprise américaine au Canada pendant 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de 12 mois et que les services sont relatifs au même projet (ou un projet connexe) pour des clients qui sont des résidents canadiens ou maintiennent un établissement stable au Canada, il en résulte un établissement stable pour l'entreprise américaine (et vice-versa).

Dans l'affaire *Dudney*, la Cour d'appel fédérale avait conclu que William Dudley n'avait pas un établissement au Canada malgré le fait qu'il avait fourni des services au Canada pendant plus de 300 jours durant une année donnée. William Dudley était un entrepreneur américain indépendant qui avait été engagé afin de former les employés d'une société canadienne

¹⁹ ASSOCIATION FISCALE INTERNATIONALE (Chapitre canadien), « Table ronde de l'ARC et du ministère des Finances », 21 et 22 mai 2009.

²⁰ 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.) (ci-après « *Dudney* »).

relativement à une méthode de programmation informatique spécialisée appelée « technologie orientée objet » (*object-oriented programming*). Il s'agissait à l'époque d'une méthode d'avant-garde sophistiquée permettant de développer des systèmes informatiques. William Dudney, un autodidacte et ingénieur aérospatial, était devenu un expert en la matière. De par sa nature et sa nouveauté, il s'était avéré impossible pour l'entreprise canadienne d'engager des formateurs canadiens.

En analysant cette décision de plus près, il semble bien que William Dudney était en fait tout simplement payé pour partager ses connaissances en programmation informatique avec l'entreprise canadienne. Or, lors du Budget 1993, le ministre des Finances du Canada avait indiqué son intention d'éliminer, dans le cadre de ses négociations des conventions fiscales internationales, les retenues à la source sur les droits d'usage de brevets, de savoir-faire scientifique (*know-how*) et de logiciels entre personnes sans lien de dépendance. L'article XII de la Convention Canada-États-Unis exonère effectivement de tels paiements de retenues à la source. On peut en conclure que le Canada voulait permettre aux entreprises canadiennes d'avoir accès à meilleur coût aux technologies de pointe développées à l'étranger et favoriser l'exportation, par les entreprises canadiennes, de technologies développées au Canada. Tel qu'il avait été indiqué par le ministre des Finances à l'époque, « cette mesure devrait accroître la capacité des entreprises canadiennes de se tenir à jour sur l'évolution de la technologie à l'étranger et devrait développer les marchés d'exportation de la technologie canadienne ».

Il est donc plutôt étonnant que le ministre des Finances actuel et ses représentants aient décidé d'inclure une « règle Dudney » à la Convention Canada-États-Unis puisque celle-ci semble contredire la politique fiscale énoncée dans le Budget 1993 telle qu'elle est mise en application notamment à l'article XII (Redevances) de la Convention Canada-États-Unis. Est-ce que la présence temporaire de William Dudney au Canada afin de transmettre ses connaissances est importante du point de vue de la politique fiscale? On pourrait croire que donner aux Canadiens accès à de la technologie de pointe à moindre coût est l'essence même de la politique fiscale. Pourquoi alors est-ce que le Canada décourage maintenant le partage des connaissances entre le Canada et les États-Unis? Il semble bien que le ministère des Finances soit dorénavant à la solde de l'ARC, qui réclamait à grands cris la « règle Dudney ». Or, le rôle du ministère des Finances n'est pas de représenter l'ARC mais bien de décider objectivement des meilleurs intérêts économiques du Canada. En conséquence, la « règle Dudney » devrait être retirée de la Convention Canada-États-Unis afin d'encourager les transferts de connaissances entre le Canada et les États-Unis, de façon à promouvoir la

croissance de l'économie du savoir canadienne. Il reste à espérer que la convention modèle ne sera pas modifiée pour y inclure une « règle Dudley ».

CONCLUSION

En conclusion, bien que certains aspects du régime canadien de fiscalité internationale aient été traités par le Groupe consultatif, plusieurs autres demeurent en suspens. Il est important, pour assurer la survie et l'épanouissement de la vie économique canadienne, que ces aspects soient abordés et réglés dans les meilleurs délais.

**FAIRE AFFAIRE À L'ÉTRANGER –
LISTE DE CONTRÔLE ET PIÈGES À ÉVITER**



Marc Desrosiers
CA, associé
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 10:3

1. RÉSIDENCE ET SIÈGE DE CONTRÔLE ET DE GESTION 10:3

1.1. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN MATIÈRE DE RÉSIDENCE
DES SOCIÉTÉS – AFFAIRE *LAERSTATE* 10:4

1.2. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN MATIÈRE DE RÉSIDENCE
DES FIDUCIES 10:8

2. RÉATB – UN SURVOL 10:11

3. NOTION DE PAYS DÉSIGNÉ 10:13

3.1. NOTION DE « PAYS DÉSIGNÉ » 10:13

3.2. LE BUDGET FÉDÉRAL 2007 10:14

3.3. ÉLARGISSEMENT DE LA DÉFINITION DE « PAYS DÉSIGNÉ » 10:15

3.4. LE CANADA SIGNE UN AERF..... 10:17

4.	NOTION D'ENTREPRISE NON ADMISSIBLE.....	10:18
5.	ALINÉA 95(2)A.1) L.I.R.....	10:20
6.	NOTION D'ENTREPRISE DE PLACEMENT.....	10:25
7.	SURPLUS D'ENCAISSE ET RAPATRIEMENT DE PROFIT	10:28
	CONCLUSION	10:46

INTRODUCTION*

Lorsqu'une société canadienne se lance en affaires à l'étranger, elle doit prendre garde aux conséquences fiscales, tant canadiennes qu'étrangères. Il va sans dire que la liste de contrôle pour maintenir une structure internationale est longue et complexe. Le but de ce texte n'est pas de passer en revue tous les éléments qui peuvent se trouver sur une telle liste, mais plutôt de s'attarder à quelques éléments clefs et pièges à éviter en ce qui a trait aux opérations étrangères d'une société canadienne.

Compte tenu de l'importance du concept de résidence en matière de fiscalité internationale, nous traiterons, en premier lieu, de la jurisprudence récente portant sur le concept de « siège de contrôle et de gestion ». Nous ferons ensuite un bref survol des règles relatives au revenu étranger accumulé, tiré de biens (ci-après « RÉATB ») des sociétés étrangères affiliées (ci-après « SÉA »). Dans ce cadre, nous aborderons notamment le sujet des récentes modifications apportées au régime d'imposition des SÉA et des sociétés étrangères affiliées contrôlées (ci-après « SÉAC ») afin de tenir compte des accords généraux d'échange de renseignements fiscaux (ci-après « AERF ») que le Canada entend signer ou a déjà signés. Par la suite, quelques exemples de pièges à éviter lorsqu'une SÉA vend des biens au Canada seront présentés, ainsi que certaines particularités liées à la notion d'entreprise de placement. Enfin, nous analyserons des questions relatives au traitement fiscal du surplus d'encaisse et au rapatriement de profit.

1. RÉSIDENCE ET SIÈGE DE CONTRÔLE ET DE GESTION

Le concept de résidence est l'un des concepts les plus importants en fiscalité canadienne. L'assujettissement même à l'impôt sur le revenu en dépend. En effet, en vertu du droit « domestique », une personne résidant au Canada est assujettie à l'impôt sur le revenu sur ses revenus de source mondiale, alors que les personnes non résidentes ne sont assujetties à l'impôt que si elles exercent un emploi au Canada, si elles y exploitent une entreprise ou encore si elles disposent d'un bien canadien imposable¹.

* L'auteur tient à remercier M^{mes} Julie Bouthillier, Joanne Ivanski et Paulina Kallas de leur précieuse collaboration à la rédaction de ce texte. Toute erreur ou omission relève de la responsabilité de l'auteur.

¹ Le Canada dispose d'un vaste réseau de conventions fiscales selon lesquelles les individus et les sociétés pourraient finalement ne pas être assujetties à l'impôt au Canada.

Or, en règle générale, les sociétés sont considérées comme résidant à l'endroit où se trouve leur siège de contrôle et de gestion, c'est-à-dire à l'endroit où les décisions stratégiques et politiques sont prises. Ce test a été élaboré au début du siècle dernier par les tribunaux anglais dans l'affaire *De Beers Consolidated Mines Limited c. Howe*².

Deux décisions récentes méritent notre attention à ce sujet. La première est *Laerstate BV c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*³, une décision du Royaume-Uni où le test de siège de contrôle et de gestion a été appliqué pour déterminer si une société incorporée aux Pays-Bas résidait au Royaume-Uni. La seconde est *Garron Family Trust c. La Reine*⁴, une décision de la Cour canadienne de l'impôt où le test de siège de contrôle et de gestion a été appliqué pour déterminer la résidence de deux fiduciaires non résidentes du Canada.

1.1. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN MATIÈRE DE RÉSIDENCE DES SOCIÉTÉS – AFFAIRE LAERSTATE

Dans l'affaire *Laerstate*, la Cour devait déterminer si la société Laerstate BV résidait au Royaume-Uni selon le droit domestique anglais, de même qu'aux fins de la convention fiscale intervenue entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni⁵, le tout dans le but de déterminer si le gain réalisé par Laerstate BV lors de la disposition des actions de la société Lonrho PLC, une société résidant au Royaume-Uni (ci-après « Lonrho »), était imposable au Royaume-Uni.

Les faits pertinents dans l'affaire *Laerstate* se résument comme suit. En date du 9 décembre 1992, M. Bock, un résident du Royaume-Uni, a acquis la totalité des actions de Laerstate BV, une société constituée aux Pays-Bas, dans le but d'utiliser cette dernière comme véhicule d'investissement. M. Bock s'est alors joint à M. Trapman à titre d'administrateur. Laerstate BV a, par la suite, acquis les actions de Lonrho.

² [1906] A.C. 455 (ci-après « *De Beers* »).

³ [2009] U.K.F.T.T. 209 (T.C.) (ci-après « *Laerstate* »).

⁴ [2009] C.C.I. 450 (ci-après « *Garron* »). D'autres questions ont également été abordées par la Cour, mais celles-ci ne seront pas traitées dans ce texte.

⁵ *Convention between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital Gains.*

Quelques années plus tard, soit le 30 août 1996, M. Bock a démissionné de son poste d'administrateur. Le 24 septembre suivant, Laerstate BV disposait de son investissement dans Lonrho.

Pendant la période au cours de laquelle M. Bock a été administrateur de Laerstate BV, de nombreuses négociations relatives à l'acquisition et au financement d'actions supplémentaires de Lonrho sont intervenues. Au cours de cette période, M. Bock était souvent en voyage d'affaires.

Au total, neuf réunions du conseil d'administration ont eu lieu aux Pays-Bas. M. Trapman a assisté seul à quatre de ces réunions. Puis, entre novembre 1994 et mars 1996, aucune réunion n'a eu lieu.

En fait, une preuve détaillée a été soumise à la Cour quant aux allées et venues de M. Bock, aux conversations qui avaient eu lieu et à la documentation qui avait été échangée. Sur la base de la preuve qui lui a été soumise, la Cour en est arrivée à la conclusion que la société Laerstate BV résidait au Royaume-Uni puisque le siège de contrôle et de gestion de cette dernière se trouvait au Royaume-Uni.

Selon la Cour, pendant la période au cours de laquelle M. Bock était administrateur, ce dernier prenait des décisions d'ordre administratif, stratégique et politique et contrôlait, dans les faits, la société Laerstate. De plus, malgré les voyages d'affaires fréquents de M. Bock, la Cour a conclu, sur la base de la preuve détaillée qui lui avait été soumise, que les décisions administratives, stratégiques et politiques avaient été prises au Royaume-Uni. C'est pour cette raison et non à cause du fait que M. Bock résidait au Royaume-Uni que la Cour a conclu que Laerstate résidait au Royaume-Uni. Il était clair, pour la Cour, que la résidence de M. Bock ne constituait en aucun cas un facteur déterminant à l'égard de la résidence de Laerstate.

En ce qui concerne la période qui a suivi la démission de M. Bock de son poste d'administrateur, la Cour a examiné le processus décisionnel relativement à trois transactions spécifiques et a conclu que M. Trapman n'avait pas exercé son pouvoir décisionnel et que les décisions étaient plutôt celles de M. Bock. La Cour a également conclu que ces décisions avaient, encore une fois, été prises alors que M. Bock était au Royaume-Uni. Laerstate BV a donc été considérée comme résidente du Royaume-Uni pour la période débutant au moment de la démission de M. Bock à titre d'administrateur.

Ce faisant, la Cour a confirmé que le critère applicable était celui du siège de contrôle et de gestion, tel qu'il est énoncé dans l'affaire *De Beers*.

Elle a aussi confirmé qu'il n'y a généralement pas de présomption de fait selon laquelle le siège de contrôle et de gestion d'une société se trouve à l'endroit où ont lieu les réunions de son conseil d'administration. La Cour a également établi également une distinction entre les cas où le conseil d'administration exerce son rôle et les situations où il ne l'exerce pas. Selon la Cour, lorsque les administrateurs jouent leur rôle, le siège de contrôle et de gestion devrait normalement se trouver à l'endroit où les réunions du conseil d'administration ont lieu, alors que, dans le cas où les administrateurs ne jouent pas leur rôle, il est nécessaire de se demander qui prend les décisions stratégiques et politiques et où ces décisions sont prises.

À cet égard, la Cour énonce ce qui suit :

« There is no assumption that CMC [the centre of management and control] must be found where the directors meet. It is entirely a question of fact where it is found. Where a company is managed by its directors in board meetings it will normally be where the board meetings are held. But if the management is carried out outside board meetings one needs to ask who was managing the company by making high level decisions and where, even where this is contrary to the company's constitution⁶. »

Dans le cadre de cette analyse, la Cour a établi un lien entre le niveau d'information dont disposent les administrateurs pour prendre une décision et l'exercice de leur pouvoir de contrôle et de gestion. Selon la Cour, un administrateur peut être considéré comme prenant une décision s'il dispose au moins du niveau d'information nécessaire pour que toute personne raisonnable puisse prendre une décision, seuil que la Cour appelle le « seuil absolu d'information minimum ». Ainsi, l'administrateur peut être considéré comme prenant une décision même s'il ne remplit pas ses responsabilités en tant qu'administrateur selon le droit des sociétés. La Cour s'exprime comme suit :

« 34. There is nothing to prevent a majority shareholder, whether a parent company or an individual majority shareholder, indicating how the directors of the company should act. If they consider the wishes and act on them it is still their decision. The borderline is between the directors making the decision and not making any decision at all. At the extreme end is the case where, for example, an agreement is put in front of the directors open at the signature page and they sign it regardless. This is an example of the mindless signing to which Park J refers.

⁶ *Laerstate*, précité, note 3, par. 27.

35. Moving up the scale is the situation where the directors know what they are signing, for example that it is an agreement for the sale of shares, and sign it without considering whether it would be better to sign it or not. An objective way of testing whether this is the case is to ask whether the directors have the absolute minimum amount of information that a person would need to have in order to be able to make a decision at all on whether to agree to follow the shareholder's wishes or to decide not to sign: in our example this would include such matters as whether they had any knowledge of, or received any advice on, whether the price was sensible. In that case there is still no decision by the directors.

[...]

36. Next up the scale is the case where the directors follow the wishes of the shareholder after considering whether or not to follow them and have at least the absolute minimum information referred to in the previous paragraph but less information than a reasonable director would require in order sensibly to decide whether or not to follow the shareholder's wishes: "Ill-informed or ill-advised decisions taken in the management of a company remain management decisions" (Wood v Holden in the Court of Appeal at [43]). The distinction between this case and that in the previous paragraph is that in the latter there is no decision by the directors because nobody could have made a decision based on less than the absolute minimum of information necessary to make such a decision, while here there is at least such an absolute minimum of information and so there is a decision by the directors, although an ill-informed one.

37. At the other extreme is where the directors have sufficient information to make an informed decision. The relevance of whether the directors would have declined to do something improper or inadvisable, about which the parties were not in agreement, is in our view, merely an example of this category⁷. »

Ainsi, pour la Cour, le fait que les administrateurs puissent prendre de mauvaises décisions n'est aucunement important dans le cadre de la détermination de la résidence d'une société. Ce qui importe, c'est que ces derniers prennent réellement les décisions, aussi mal avisées soient-elles. En fait, la Cour semble d'opinion que l'information reçue par un administrateur constitue un excellent indicateur de la participation de ce dernier dans le cadre de la prise de décision.

Or, dans l'affaire *Laerstate*, les décisions n'étaient pas prises par le conseil d'administration, mais par M. Bock lui-même, alors qu'il se trouvait au Royaume-Uni. Selon la Cour, *Laerstate BV* résidait donc au Royaume-Uni selon le droit domestique anglais.

⁷ *Id.*, par. 34 à 37.

Laerstate BV était toutefois également résidente des Pays-Bas en vertu du droit domestique de ce pays. Par conséquent, la Cour se devait de déterminer dans quel pays résidait Laerstate BV aux fins de la convention fiscale intervenue entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Or, cette convention prévoyait que, lorsqu'une société réside dans plus d'un pays, cette dernière est réputée résider à l'endroit où se trouve son centre de gestion effectif (*place of effective management*).

À cet égard, la Cour note que le centre de gestion effectif dont parle la convention ne correspond pas nécessairement au centre de gestion et de contrôle, tel qu'il est déterminé selon l'affaire *De Beers*. Malgré tout, la Cour a conclu que le centre de gestion effectif de Laerstate BV se trouvait également au Royaume-Uni.

Bref, la décision *Laerstate*, en plus de confirmer l'application du critère de siège de contrôle et de gestion adopté dans l'affaire *De Beers*, alors que la fiscalité corporative internationale n'en était qu'à ses balbutiements, apporte un éclairage particulier quant à l'importance du processus décisionnel dans la détermination de la résidence d'une société.

1.2. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN MATIÈRE DE RÉSIDENCE DES FIDUCIES

Dans l'affaire *Garron*, une société de fiducie, résidente de la Barbade, agissait à titre de fiduciaire pour Fiducie D et Fiducie G, deux fiducies dont les bénéficiaires étaient les membres de la famille de M. D (ci-après « D ») et de M. G (ci-après « G ») respectivement. Le constituant de Fiducie D et Fiducie G, quant à lui, était un résident de St-Vincent.

D, G, les bénéficiaires de Fiducie D et de Fiducie G, deux sociétés de gestion (ci-après « Gesco2 » et « Gesco3 ») et une société exploitante (ci-après « Opco »), quant à eux, sont tous résidents du Canada.

En 2000, Fiducie D a vendu les actions qu'elle détenait dans Gesco2 et Fiducie G a vendu les actions qu'elle détenait dans Gesco3 à un tiers. La valeur des actions de Gesco2 et Gesco3 était attribuable aux actions que chaque entité détenait dans une même société exploitante, Opco, dont les biens étaient constitués en majorité des biens autres que des biens immeubles. Au moment de la vente, la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») d'Opco était d'environ 532 M\$. Un gain en capital total d'environ 450 M\$ a donc été réalisé par Fiducie D et Fiducie G. Aucun impôt n'était payable à la Barbade sur les gains en capital réalisés dans le cadre de ces ventes par Fiducie D et Fiducie G.

Les bénéficiaires de Fiducie D et Fiducie G étant non-résidentes du Canada, une retenue à la source (ci-après « RAS ») a été effectuée par le tiers acquéreur conformément à l'article 116 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸. Une demande de remboursement de cette retenue a été produite par Fiducie D et Fiducie G en vertu du paragraphe XIV(4) de l'*Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*⁹. En vertu de cette disposition, les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux qui sont mentionnés aux paragraphes 1, 2 et 3 de l'article XIV ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident. En d'autres termes, en vertu de la Convention Canada-Barbade, les gains provenant de l'aliénation des actions d'Opco ne pouvaient pas être imposés au Canada puisque la majorité des biens d'Opco n'étaient pas des biens immeubles. Les demandes de remboursement ont pourtant été refusées par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), car cette dernière considérait que l'exemption de la Convention Canada-Barbade ne s'appliquait pas. L'ARC a donc émis un avis de cotisation à l'encontre de Fiducie D et Fiducie G à l'égard du gain en capital réalisé au moment de la vente des actions.

Plus précisément, l'ARC était d'opinion que l'exemption prévue par la Convention Canada-Barbade ne s'appliquait pas puisque Fiducie D et Fiducie G avaient été administrées par D et G respectivement, deux résidents canadiens et que les fiducies résidaient par conséquent au Canada. L'ARC était également d'opinion qu'en tout état de cause, les fiducies étaient réputées résider au Canada en vertu de l'article 94 L.I.R. De plus, elle invoquait la règle d'attribution du paragraphe 75(2) L.I.R. et soutenait que la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») s'appliquait.

Les contribuables, au contraire, prétendaient que Fiducie D et Fiducie G ne résidaient pas au Canada puisque leur fiduciaire respectif résidait à la Barbade, que le concept de siège de contrôle et de gestion n'est pas applicable aux fiducies et qu'en tout état de cause, Fiducie D et Fiducie G avaient, dans les faits, été administrées par la société de fiducie à la Barbade.

La question en litige consistait donc à déterminer si le paragraphe XIV(4) de la Convention Canada-Barbade s'appliquait aux Fiducies D et G. Pour y répondre, la Cour canadienne de l'impôt devait déterminer si Fiducie D et Fiducie G étaient résidentes du Canada, de même que le test

⁸ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁹ Signé le 22 janvier 1980 (ci-après « Convention Canada-Barbade »).

applicable à cette détermination. Il est important de noter, à cet égard, que la résidence de la société de fiducie à la Barbade n'était pas remise en cause.

Or, dans une affaire antérieure, l'affaire *Thibodeau Family Trust c. La Reine*¹⁰, la section de première instance de la Cour fédérale avait dû se pencher sur la question de la résidence d'une fiducie et en était arrivée à la conclusion qu'une fiducie résidait dans le ressort où réside le fiduciaire.

La Cour canadienne de l'impôt, dans l'affaire *Garron*, considérant que la section de première instance de la Cour fédérale n'avait aucunement tenté d'élaborer un critère d'application générale dans l'affaire *Thibodeau*, est arrivée à la conclusion que cette décision était limitée aux faits particuliers en cause et n'était pas la position selon laquelle la résidence du fiduciaire constituait en soi un facteur décisif.

En fait, selon la Cour canadienne de l'impôt, rien ne justifie l'élaboration d'un test différent de celui du siège de contrôle et de gestion à l'égard de la détermination de la résidence des fiducies. Selon la Cour canadienne de l'impôt, malgré les importantes différences quant à la nature juridique des fiducies et des sociétés, le rôle de chacune de ces entités consiste à gérer des biens. Aux fins de déterminer leur résidence, les caractéristiques de ces dernières sont assez semblables. Par surcroît, en utilisant le même critère (*Mind and Management*) pour les sociétés et les fiducies, l'application des principes de cohérence, de prévisibilité et d'équité en vertu des lois fiscales est assurée.

Dans le cas particulier qu'elle devait trancher, l'analyse des faits a amené la Cour canadienne de l'impôt à conclure que la société de fiducie avait été choisie par D et G afin de fournir des services de nature administrative, telle la signature de documents, et que la responsabilité au regard de la prise de décisions demeurait entre les mains de D et G. Bien que la société de fiducie ait ratifié les transactions (proposées ou exécutées) pour Fiducie D et Fiducie G, selon la Cour canadienne de l'impôt, une telle approbation n'était pas suffisante pour conclure qu'une vérification diligente avait été effectuée au préalable. La preuve a démontré que la société de fiducie en question n'avait pas l'expertise requise pour gérer Fiducie D et Fiducie G. En fait, il y avait peu de preuve démontrant que la société de fiducie recevait des informations détaillées relativement aux transactions. La seule documentation disponible à cet égard était les documents signés par les fiduciaires, les comptes de fiducie et les déclarations de revenus.

¹⁰ 78 D.T.C. 6376 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *Thibodeau* »).

D a négocié la vente des actions en faveur du tiers acquéreur. D et G ont choisi le conseiller en placements pour les fiducies, ce qui leur permettait d'avoir un contact direct avec ce conseiller et de lui faire part de leurs instructions.

Sur la base de ce qui précède, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que le siège de contrôle et de gestion de Fiducie D et Fiducie G était au Canada (par l'entremise de D et G). Ainsi, Fiducie D et Fiducie G étaient résidentes au Canada et le gain en capital réalisé sur la disposition des actions de Gesco2 et Gesco3 était imposable au Canada. Il est important de noter que ce jugement a été porté en appel par la société de fiducie. Il s'agit d'un jugement important en matière de détermination de la résidence des fiducies avec des incidences importantes dans le contexte de SÉA.

2. RÉATB – UN SURVOL

Le concept de résidence fiscale a été introduit dans la législation fiscale canadienne dans le but de permettre au Canada d'imposer les revenus de ses résidents. Ainsi, les résidents du Canada sont imposables sur leurs revenus de toutes sources, alors que les non-résidents ne sont imposables que sur certains de leurs revenus gagnés au Canada. Un système d'imposition basé strictement sur la résidence n'étant pas sans lacunes, le législateur a adopté les règles de RÉATB qui permettent aux autorités fiscales canadiennes d'imposer les revenus passifs générés par une SÉAC d'un contribuable résidant au Canada, et ce, sur une base courante¹¹. Bref, les règles de RÉATB visent à empêcher l'évitement de l'impôt au Canada par l'entremise de sociétés de portefeuille situées à l'étranger.

Le RÉATB d'une SÉA comprend, entre autres, le revenu net tiré de biens, le revenu net tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement, le revenu net tiré d'une entreprise non admissible¹², le gain en capital imposable net sur la disposition de biens autres que des biens exclus et les montants inclus en vertu du paragraphe 80(13) L.I.R. lors d'une remise de dette¹³.

¹¹ Par. 91(1) L.I.R.

¹² Ce concept a récemment été ajouté à la définition de « RÉATB » afin de permettre au fisc d'imposer les revenus provenant d'une entreprise exploitée activement dans la mesure où ces revenus proviennent d'une entreprise non admissible. La notion d'« entreprise non admissible » est abordée dans la section 4. ci-dessous.

¹³ Par. 95(1) L.I.R.

Le RÉATB ne comprend pas le revenu d'une SÉA provenant d'une « entreprise exploitée activement ». Par définition, une entreprise exploitée activement est une entreprise exploitée par une SÉA, à l'exclusion des entreprises suivantes : a) une entreprise de placement; b) une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement; et c) une entreprise non admissible. Ainsi, le revenu provenant d'une entreprise exploitée activement est imposable au moment où il est versé à l'actionnaire sous forme de dividende¹⁴.

Dans certains cas, une société résidant au Canada qui a reçu un tel dividende aura droit à une déduction de son revenu aux fins du calcul de son revenu imposable. Lorsque le dividende versé provient du compte de surplus exonérés de la SÉA, le contribuable aura droit à une déduction égale à ce montant¹⁵. Dans la mesure où le dividende est versé à même le compte de surplus imposable de la SÉA, le contribuable pourra déduire un montant au titre de l'impôt étranger sous-jacent payé par la SÉA¹⁶. Enfin, si le dividende provient du compte de surplus antérieur à l'acquisition, le contribuable pourra déduire le montant total versé dans le calcul de son revenu imposable¹⁷ mais devra, par ailleurs, réduire le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de ses actions¹⁸.

Actuellement, dans le cas des pays avec lequel le Canada n'a pas conclu de convention fiscale, les dividendes versés à même les bénéficiaires tirés d'une SÉA qui exploite activement une entreprise sont imposables au Canada lorsqu'ils sont versés à l'actionnaire, et une déduction ou un crédit pour impôt étranger peut être accordé à l'actionnaire à l'égard de l'impôt étranger applicable au revenu en question. Par contre, si les dividendes sont versés par une SÉA qui réside et exploite une entreprise active dans un pays avec lequel le Canada a une convention fiscale en vigueur à une société résidant au Canada, les dividendes sont considérés comme versés à même les surplus exonérés de la SÉA. Dans un tel cas, le rapatriement au Canada a donc lieu libre d'impôt canadien. Le concept de résidence est également important dans le contexte de la caractérisation de surplus générés par une SÉA d'un contribuable résidant au Canada.

¹⁴ Art. 90 L.I.R.

¹⁵ Al. 113(1a) L.I.R.

¹⁶ Al. 113(1b) et 113(1c) L.I.R.

¹⁷ Al. 113(1d) L.I.R.

¹⁸ Par. 92(2) et al. 53(2b) L.I.R.

3. NOTION DE PAYS DÉSIGNÉ

Une SÉA qui réside dans un pays désigné peut inclure ses revenus provenant d'une entreprise exploitée activement dans le calcul de son surplus exonéré à l'égard d'une société résidant au Canada et ainsi les rapatrier au Canada libres d'impôt canadien. Afin de satisfaire à ce critère de résidence, la SÉA doit résider dans le pays désigné aux termes de la convention fiscale pertinente ainsi que selon le test jurisprudentiel. Tel qu'il a été mentionné précédemment, la résidence d'une SÉA dépend essentiellement du lieu de son siège de contrôle et de direction, c'est-à-dire l'endroit où le conseil d'administration de la société, instance décisionnelle suprême, tient ses réunions et prend ses décisions¹⁹.

3.1. NOTION DE « PAYS DÉSIGNÉ »

Les revenus provenant d'une entreprise exploitée activement entrent dans le calcul des « gains exonérés » d'une SÉA en vertu de l'alinéa d) de la définition de « gains exonérés » au paragraphe 5907(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*²⁰ dans la mesure où la SÉA réside dans un pays désigné et où l'entreprise est exploitée au Canada ou dans un pays désigné. Avant 2008, un « pays désigné » était un pays avec lequel le Canada avait conclu un accord ou une convention générale visant l'élimination de la double imposition du revenu (ci-après « convention fiscale »). Les territoires, possessions, départements, protectorats ou régions du pays auxquels les dispositions de la convention fiscale ne s'appliquaient pas n'étaient pas compris dans la définition de « pays désigné ».

Selon le paragraphe 5907(11.2) R.I.R., une SÉA est réputée ne pas résider dans un pays désigné sauf si, pour l'application de la convention fiscale visée au paragraphe 5907(11) R.I.R. : a) la SÉA réside dans le pays désigné; b) la SÉA résiderait dans le pays désigné si elle était considérée comme une personne morale aux fins de l'impôt sur le revenu de ce pays; c) dans le cas où la convention fiscale est entrée en vigueur avant 1995, la SÉA résiderait dans le pays désigné à ce moment si ce n'était une disposition de la convention fiscale – qui n'a pas été modifiée après 1994 – selon laquelle elle est exclue de son application; d) la SÉA résiderait dans le pays désigné si la convention fiscale était entrée en vigueur.

¹⁹ Voir l'affaire *Unit Construction Co. Limited c. Bullock*, [1959] 3 W.W.R. 1022 ainsi que l'affaire *De Beers*, précité, note 2, p. 458.

²⁰ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »)

Pour que les revenus d'une SÉA soient inclus dans le calcul de son compte de surplus exonéré, il ne suffit pas que cette dernière réside dans le pays désigné selon le test jurisprudentiel, c'est-à-dire selon le test de siège de contrôle et de gestion. La SÉA doit également résider dans le pays désigné aux fins de la convention fiscale applicable.

Or, les conventions fiscales signées par le Canada prévoient généralement que l'expression « résident » désigne toute personne qui est assujettie à l'impôt en raison de son domicile, de son lieu d'incorporation, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature semblable. À cet égard, la Cour suprême du Canada concluait dans l'arrêt *La Reine c. Crown Forest Industries Limited and the Government of the United States*²¹ que ces critères désignent généralement une personne assujettie à la forme d'imposition la plus compréhensive qui soit dans le pays en question, à savoir, généralement, l'impôt sur le revenu de source mondiale.

Ainsi, même si une SÉA réside dans un pays ayant conclu une convention fiscale avec le Canada selon le test jurisprudentiel, il se peut qu'elle ne réside pas dans ce pays aux fins de la convention fiscale en raison de l'application d'un régime fiscalement avantageux faisant en sorte que la SÉA ne serait pas considérée comme étant assujettie à la forme d'imposition la plus compréhensive qui soit. Dans de telles circonstances, la SÉA serait réputée non résidente du pays désigné en vertu du paragraphe 5907(11.2) R.I.R.

3.2. LE BUDGET FÉDÉRAL 2007

En 2007, dans le cadre de son budget, le gouvernement du Canada a annoncé l'adoption d'une politique pour promouvoir la négociation d'AERF avec les pays avec lesquels le Canada n'a pas conclu et n'entend pas conclure une convention fiscale complète. Un AERF désigne un accord bilatéral en vertu duquel deux pays conviennent d'échanger des renseignements pertinents pour l'administration et l'application des lois fiscales nationales de chacune des parties. Le gouvernement estime que la capacité d'échanger des renseignements fiscaux entre pays est une condition importante pour conférer aux autorités fiscales les moyens d'assurer l'application des lois.

²¹ 95 D.T.C. 5389 (C.S.C.) (ci-après « *Crown Forest* »).

D'ailleurs, l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») a mis de l'avant une norme ayant pour objet d'encourager les pays membres à conclure des AERF avec les pays auxquels ils ne sont pas liés par une convention fiscale dans le but de lutter contre l'évasion fiscale et le recours aux paradis fiscaux. À titre de membre de l'OCDE, le Canada désire se conformer à cette norme.

La politique du Canada à l'égard des AERF consiste à accorder une exonération à l'égard des dividendes versés par les SÉA qui exploitent activement une entreprise dans un pays avec lequel le Canada a un AERF en vigueur.

À titre d'incitation additionnelle à la conclusion d'AERF, la politique canadienne exige aussi que la société mère canadienne d'une SÉA paie de l'impôt sur le revenu tiré par la SÉA d'une entreprise exploitée activement à mesure que le revenu est gagné, lorsque ce revenu est gagné dans un pays avec lequel le Canada n'a pas conclu d'AERF dans les cinq années suivant la date du début de pourparlers en vue d'un AERF ou la date à laquelle le Canada a officiellement proposé de tels pourparlers, selon le premier de ces deux événements. L'imposition au Canada des bénéficiaires au moment où ils sont gagnés peut rendre les pays qui n'ont conclu ni un AERF ni une convention fiscale moins attrayants pour les investisseurs canadiens.

De plus, le gouvernement du Canada a annoncé sa politique selon laquelle toutes les nouvelles conventions fiscales ou révisions aux conventions existantes devront être conformes à la norme de l'OCDE concernant l'échange de renseignements.

3.3. ÉLARGISSEMENT DE LA DÉFINITION DE « PAYS DÉSIGNÉ »

À la suite du budget, le paragraphe 5907(11) R.I.R. a été modifié. Selon la nouvelle définition de « pays désigné », applicable à compter de 2008, un pays souverain ou autre territoire est un pays désigné pour une année d'imposition d'une SÉA d'une société résidant au Canada si le Canada a conclu une convention fiscale ou un AERF, relativement à ce pays ou territoire, qui est entré en vigueur et qui s'applique à cette année. Les dépendances, possessions, départements, protectorats ou régions de ce pays ou territoire auxquels les dispositions de la convention fiscale ou de l'AERF ne s'appliquent pas ne sont pas considérés comme faisant partie de ce pays ou territoire lorsqu'il s'agit d'établir si celui-ci est un pays désigné²².

²² Par. 5907(11) R.I.R.

En vertu du nouveau paragraphe 5907(11.11) R.I.R., lorsqu'un AERF entre en vigueur à une date donnée, l'accord est réputé entrer en vigueur et commencer à s'appliquer le premier jour de l'année d'imposition de la société affiliée qui comprend la date donnée.

Toujours en vertu du paragraphe 5907(11.2) R.I.R., une SÉA sera réputée ne pas résider dans un pays désigné sauf si l'une des conditions y mentionnées est remplie.

La SÉA doit donc résider dans le pays désigné selon le test jurisprudentiel (siège de contrôle et de gestion), ainsi qu'aux fins de la convention fiscale (assujettissement à la forme d'imposition la plus compréhensive qui soit dans le pays en question) ou de l'AERF.

Or, le concept de résidence n'est aucunement pertinent dans un AERF. Rien dans les AERF, contrairement aux conventions fiscales, ne permettrait donc de conclure qu'afin de résider dans le pays avec lequel un AERF a été conclu, une personne doit être assujettie à la forme d'imposition la plus compréhensive qui soit dans ce pays.

Ainsi, dans la mesure où une SÉA résiderait selon le test jurisprudentiel dans un pays avec lequel un AERF a été conclu, c'est-à-dire selon le test de siège de contrôle et de gestion, les revenus de la SÉA provenant de son entreprise exploitée activement dans un pays désigné ou au Canada pourraient être inclus dans le calcul de son surplus exonéré, et ce, même si cette dernière n'est pas assujettie à la forme d'imposition la plus compréhensive qui soit dans son pays de résidence²³.

Comme le souligne certains auteurs, il est difficile de comprendre pourquoi, en vertu du paragraphe 5907(11.2) R.I.R., les SÉA qui résident et exercent leurs activités dans un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale sont soumises à un test plus astreignant que les SÉA résidant dans un pays avec lequel le Canada a conclu un AERF, alors que la SÉA en question réside dans un paradis fiscal où il n'y a peut-être même pas de régime d'imposition²⁴.

²³ Voir les définitions de « surplus exonérés » et « gains exonérés » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

²⁴ Paul BARNICKE et Melanie HUYNH, « Le surplus exonéré et les AERFs », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 16, n° 2, Association canadienne d'études fiscales, février 2008.

Dans le cadre d'une table ronde récente²⁵, l'ARC a clarifié sa position à l'égard des AERF et des comptes de surplus. Dans le premier scénario, une SÉA est incorporée et réside dans le pays A selon le test jurisprudentiel (siège de contrôle et de gestion). La SÉA peut exploiter une entreprise dans le pays A, mais ne le fait pas nécessairement. La SÉA a une succursale qui constitue un « établissement stable » (au sens du paragraphe 5906(2) R.I.R.) dans le pays B et exploite une entreprise active par l'entremise de celle-ci. La question posée à l'ARC était à savoir si les revenus de la succursale seraient inclus dans la définition de « gains exonérés » du paragraphe 5907(1) R.I.R. Selon l'ARC, dans la mesure où les pays A et B n'ont pas signé de convention fiscale avec le Canada, afin que les revenus tirés de l'entreprise de SÉA se qualifient à titre de gains exonérés, le Canada doit avoir signé un AERF avec le pays A, le pays de résidence de la SÉA en vertu du droit commun, et avec le pays B, l'endroit où l'entreprise est exploitée.

Dans le deuxième scénario, une SÉA est incorporée dans le pays A qui n'a pas signé de convention fiscale ou AERF avec le Canada. La SÉA ne réside pas dans le pays A selon le droit commun applicable (siège de contrôle et de direction). La SÉA réside plutôt dans le pays B, soit où elle exploite son entreprise par l'entremise d'un établissement stable. Le pays B a signé un AERF avec le Canada. Les revenus de SÉA se qualifient à titre de revenus provenant d'une entreprise exploitée activement (au sens du paragraphe 95(1) L.I.R.). La question posée à l'ARC était à savoir si les revenus de la SÉA seraient inclus dans la définition de « gains exonérés » du paragraphe 5907(1) R.I.R. Selon l'ARC, dans la mesure où le pays B a signé un AERF avec le Canada, les revenus de SÉA provenant d'une entreprise exploitée activement seraient inclus dans le calcul de ses gains exonérés. L'ARC ajoute que le pays d'incorporation de SÉA n'est pas pertinent à l'analyse.

3.4. LE CANADA SIGNE UN AERF

Cependant, en date du 29 août 2009, le ministre des Finances a annoncé que le Canada a signé un premier AERF avec le Royaume des Pays-Bas concernant les Antilles néerlandaises²⁶ et les négociations sont en cours pour la signature de AERF avec les pays suivants : Anguilla (24 août 2009), Aruba (25 mai 2009), Bahamas (18 mai 2009), Bahreïn (29 juin 2009),

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2009-0316641C6, question 4, Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes, 1^{er} mai 2009.

²⁶ CANADA, ministère des Finances, *Le Canada signe un premier accord d'échange de renseignements en matière fiscale*, 29 août 2009.

Bermudes (30 avril 2009), Commonwealth de la Dominique (11 mars 2010), Gibraltar (14 mai 2009), Guernesey (4 mai 2009), îles Caïmans (9 juin 2009), île de Man (12 octobre 2009), îles Turques-et-Caïques (9 juin 2009), îles Vierges britanniques (6 décembre 2009), Jersey (17 octobre 2009), Saint-Kitts-et-Nevis (30 mars 2009), Saint-Martin (30 septembre 2009), Sainte-Lucie (2 avril 2009) et Saint-Vincent-et-les-Grenadines (18 février 2010). Toutefois, en date du 22 septembre 2009, aucun AERF n'était en vigueur.

Ainsi, les revenus d'entreprise exploitée activement (ci-après « REEA ») d'une SÉA résidant aux Antilles néerlandaises se qualifieront dorénavant à titre de surplus exonérés et pourront être rapatriés au Canada sans impôt canadien. À noter cependant que les Antilles néerlandaises, actuellement composées des îles Curaçao, Bonaire, St-Eustatius, St-Maarten et Saba, seront dissoutes prochainement. En effet, il est prévu que les îles de Bonaire, St-Eustatius, St-Maarten et Saba soit deviendront des municipalités, soit obtiendront un statut indépendant des Antilles néerlandaises. La dissolution progressive aurait dû entrer en vigueur le 15 décembre 2008, mais était, au moment de rédiger le présent texte, remise au 10 octobre 2010. Par conséquent, l'AERF ne concernera potentiellement que les REEA d'une SÉA résidant à Curaçao.

Voici un exemple simple pour illustrer l'effet de cette notion élargie de pays désigné en utilisant l'exemple d'un pays avec lequel un AERF a été conclu. Une société mère canadienne (ci-après « Socan ») détient la totalité des actions émises et en circulation d'une société constituée en vertu du droit des sociétés des Antilles néerlandaises (ci-après « SÉA 1 ») et la totalité des actions émises et en circulation d'une société constituée en vertu du droit des sociétés de la France (ci-après « SÉA 2 »). SÉA 1 octroie un prêt à SÉA 2 et SÉA 2 lui paie des intérêts au taux du marché. Le revenu de SÉA 1 provient d'une entreprise exploitée activement au sens de l'alinéa 95(2)a) L.I.R. Avant la signature d'un AERF, les revenus d'intérêts de SÉA 1 devaient être inclus dans son compte de surplus imposable, alors qu'après la signature d'un AERF, ces revenus d'intérêts seront inclus dans son compte de surplus exonéré.

4. NOTION D'ENTREPRISE NON ADMISSIBLE

Le RÉATB inclut maintenant le revenu qui se qualifie par ailleurs à titre de revenu provenant d'une entreprise exploitée activement lorsque ce revenu est gagné par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans un pays non admissible.

La définition de « revenu provenant d'une entreprise exploitée activement » exclut formellement le revenu provenant d'une « entreprise non admissible » d'une SÉA, soit une entreprise exploitée par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans un territoire qui est un « pays non admissible » à la fin de l'année d'imposition de la SÉA²⁷. En vertu du paragraphe 95(1) L.I.R., un « pays non admissible »²⁸ est un pays avec lequel le Canada, à la fois : a) n'a pas de traité fiscal à ce moment ni n'a signé, avant ce moment, un accord qui sera un traité fiscal dès son entrée en vigueur; b) n'a pas d'AERF qui est en vigueur et exécutoire à ce moment; c) a, plus de 60 mois avant ce moment, soit engagé des négociations en vue de la conclusion d'un AERF, soit tenté, au moyen d'une invitation écrite en ce sens, d'engager des négociations en vue de la conclusion d'un AERF²⁹.

Par conséquent, les revenus tirés d'une entreprise non admissible d'une SÉA contrôlée par un contribuable canadien seront imposables au Canada sur une base courante.

Prenons l'exemple des Bermudes pour illustrer l'effet de cette notion d'entreprise non admissible. Avant 2008, il n'y avait pas de convention fiscale entre le Canada et les Bermudes. Ainsi, les revenus d'une SÉA provenant d'une entreprise exploitée activement aux Bermudes étaient inclus dans le compte de surplus imposable de la SÉA, alors que les revenus passifs d'une SÉA contrôlée par un contribuable canadien étaient considérés comme du RÉATB.

Dans un premier scénario (applicable à la période débutant dès 2008 et se terminant avant 2014), il n'y a pas d'AERF en vigueur entre le Canada et les Bermudes. Dans ce cas, la conclusion est la même que pour les années antérieures à 2008; c'est-à-dire que les revenus d'une SÉA provenant d'une entreprise exploitée activement aux Bermudes seraient inclus dans le compte de surplus imposable de la SÉA alors que les revenus passifs d'une SÉA contrôlée par un contribuable canadien seraient considérés comme du RÉATB.

²⁷ Voir les définitions au paragraphe 95(1) L.I.R.

²⁸ La définition de « pays non admissible » est applicable aux années d'imposition d'une SÉA d'un contribuable commençant après 2008.

²⁹ Sauf si le moment en cause est antérieur à 2014 et que le Canada avait engagé, le 19 mars 2007, des négociations en vue de la conclusion d'un tel accord avec ce pays ou territoire.

Dans un deuxième scénario (applicable à la période débutant dès 2008), un AERF est en vigueur entre le Canada et les Bermudes. Dans ce cas, les revenus d'une SÉA provenant d'une entreprise exploitée activement aux Bermudes seraient inclus dans son compte de surplus exonérés, alors que les revenus passifs d'une SÉA contrôlée par un contribuable canadien seraient considérés comme du RÉATB.

Enfin, dans notre dernier scénario (applicable à la période débutant dès 2014), il n'y a pas d'AERF en vigueur entre le Canada et les Bermudes. Rappelons, aux fins de ce troisième scénario, que les négociations sont en cours pour la signature d'un AERF avec les Bermudes depuis le 30 avril 2009. Dans la mesure où aucun AERF n'est en vigueur à partir de 2014, les revenus d'une SÉA provenant d'une entreprise exploitée activement aux Bermudes ainsi que les revenus passifs d'une SÉA contrôlée par un contribuable canadien seront considérés comme du RÉATB.

La question qui se pose est de savoir s'il y a de nouvelles possibilités de planification qui découlent de cette concession législative relative aux AERF. Selon un auteur, les multinationales dont le siège se trouve au Canada et qui tireront profit d'un AERF en vertu des règles élargies sur le surplus exonéré sont généralement déjà entièrement conformes et divulguent à l'ARC tous les renseignements pertinents; de plus, elles ont manifesté peu d'intérêt pour le contenu des AERF. Celles que le contenu d'un AERF inquiète déplaceront vraisemblablement leurs activités dans un pays qui n'a pas conclu un tel accord³⁰.

5. ALINÉA 95(2)A.1) L.I.R.

L'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. a été édicté pour faire échec à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Irving Oil c. La Reine*³¹.

Cette décision a été rendue avant l'entrée en vigueur des règles de prix de transfert prévues à l'article 247 L.I.R. et portait avant tout sur l'application de la RGAÉ. Dans cette affaire, la société Standard Oil of California (ci-après « Socal »), une société non résidente du Canada, ainsi que les sociétés canadiennes Irving Oil Company Limited et Irving

³⁰ Nathan BOIDMAN, « Les AERF émergent », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 17, n° 6, Association canadienne d'études fiscales, juin 2009.

³¹ [1991] 1 C.T.C. 350 (C.A.F.).

Refining Ltd., dans lesquelles Socal détenait une participation importante³², avaient, afin de minimiser les conséquences fiscales d'un arrangement intervenu entre elles, acquis les actions d'une société étrangère résidant aux Bermudes, soit Irving California Oil Company Limited (ci-après « IrvB »). La principale activité de IrvB consistait en l'acquisition et la revente de pétrole brut. Plus précisément, IrvB acquérait le pétrole brut de Socal à un prix inférieur à sa JVM et revendait immédiatement ce dernier à Irving Refining Ltd. (au Canada) à un prix égal à la JVM du pétrole. IrvB n'avait même pas à supporter les coûts de livraison du pétrole, lesquels étaient supportés par Socal.

Selon la Cour, la société IrvB avait été ajoutée pour agir à titre d'intermédiaire dans la chaîne de transfert de titres, et ce, dans le seul et unique but de transférer le profit du Canada aux Bermudes et ainsi de minimiser l'impôt payable au Canada. Malgré cette conclusion, la Cour d'appel fédérale a refusé d'appliquer la RGAÉ aux transactions.

C'est donc en réaction à cette décision que l'alinéa 95(2)a.1.) L.I.R. a été introduit dans la loi. Cette disposition a pour but d'assimiler le revenu provenant de la vente de biens tiré par une SÉA à du RÉATB dans le cas où une société mère canadienne établit une filiale dans un territoire à faible imposition en vue d'acheter des biens dans un troisième pays et de les revendre à profit pour leur utilisation par l'entreprise canadienne.

Dans cette section, nous discuterons de quelques applications pratiques de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. dans un contexte de vente de biens au Canada. Rappelons que si l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. s'applique, le revenu de la SÉA sera inclus dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement et, par conséquent, dans le calcul du RÉATB de la SÉA d'un contribuable résidant au Canada.

En résumé, sauf exceptions³³, l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. vise le revenu provenant de la vente de biens lorsque le coût des biens pour une personne

³² La participation de Socal dans les sociétés Irving Oil Company Limited et Irving Refining Limited était de 49 % et 51 % respectivement jusqu'en 1973. En 1973, une réorganisation au cours de laquelle Irving Refining Limited et une société ayant acquis les actifs d'Irving Oil Company Limited ont fusionné. La participation de Socal dans la société issue de la fusion était de 48,9 %.

³³ Plusieurs exceptions sont possibles : plus de 90 % du revenu brut de la SÉA provient de la vente de biens à des personnes avec lesquelles la SÉA n'a aucun lien de dépendance, les biens désignés, *home country goods*, etc.

entre dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise exploitée a) soit par le contribuable ou par une personne résidant au Canada avec laquelle celui-ci a un lien de dépendance, b) soit au Canada par une personne non résidente avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance.

L'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. ne s'applique toutefois pas à tous les biens vendus par une SÉA aux personnes mentionnées plus haut. En effet, ce dernier ne s'applique pas à la vente de biens, autres que les biens suivants :

- les biens désignés;
- les biens manufacturés, produits ou transformés dans le pays où l'entreprise de la SÉA est principalement exploitée et sous le régime des lois duquel elle est régie et, selon le cas, existe, a été constituée ou organisée (sauf si elle a été prorogée) ou a été prorogée pour la dernière fois;
- les droits réels sur des immeubles ou des intérêts sur des biens immeubles situés dans le pays où l'entreprise de la SÉA est principalement exploitée et sous le régime des lois duquel elle est régie et, selon le cas, existe, a été constituée ou organisée (sauf si elle a été prorogée) ou a été prorogée pour la dernière fois; et
- les avoirs miniers étrangers à l'égard de ce pays.

Rappelons brièvement qu'en vertu du paragraphe 95(3.1) L.I.R., les biens désignés sont :

- a) les biens fabriqués, produits ou transformés au Canada par le contribuable, ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance;
- b) les biens fabriqués ou transformés par une SÉA à partir de biens corporels appartenant au contribuable ou à une personne qui lui est liée, pourvu que les biens soient fabriqués ou transformés selon les spécifications techniques de leur propriétaire, et ce, en vertu d'un contrat avec la SÉA;
- c) les biens acquis par le contribuable auprès d'un vendeur avec lequel il n'a aucun lien de dépendance;
- d) les biens acquis auprès d'une SÉA lorsque les biens ont été fabriqués dans le pays où l'entreprise de la SÉA est principalement exploitée et sous le régime des lois duquel elle a été constituée;

e) les droits réels sur des immeubles dans le pays ou des avoirs miniers étrangers à l'égard du pays dans lequel la SÉA est située.

Il est également important de noter que l'application de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. comporte deux exceptions importantes.

La première est une règle *de minimis* selon laquelle aucun montant n'a à être inclus dans le calcul du RÉATB d'une SÉA si plus de 90 % du revenu brut de cette dernière tiré de la vente de biens provient de la vente de biens à des personnes avec lesquelles la SÉA n'a aucun lien de dépendance.

La seconde vise les institutions financières réglementées relativement à la vente ou à l'échange de monnaie.

Dans l'exemple qui suit, nous illustrons un cas d'importation de biens visé par l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. Une société mère canadienne (ci-après « Socan ») détient la totalité des actions émises et en circulation d'une société constituée en vertu du droit des sociétés de la Suisse (ci-après « Suisse Co. »). Cette dernière exploite une entreprise en Suisse et acquiert, dans le cadre de cette entreprise, des biens auprès d'un fournisseur situé à Hong Kong (ci-après « HK »). Par la suite, Suisse Co. revend 50 % desdits biens à Socan (sans avoir effectué des travaux de transformation), réalisant ainsi des profits en Suisse. Dans cet exemple, il est raisonnable de conclure que le coût des biens en question entre dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise exploitée par Socan et que les biens n'ont pas été manufacturés, produits, cultivés, extraits ou transformés en Suisse (pays où l'entreprise de Suisse Co. est principalement exploitée et sous le régime des lois duquel Suisse Co. est régie et a été constituée). Ces profits doivent donc être inclus dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement et, par conséquent, dans le calcul du RÉATB de Suisse Co.

Notre prochain exemple vise une situation échappant à l'application de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. Cette fois, Socan détient Suisse Co., qui, dans le cadre de l'exploitation de son entreprise en Suisse, acquiert des biens auprès de HK. Par la suite, Suisse Co. revend lesdits biens (sans avoir effectué des travaux de transformation) à Socan (10 %) et à des personnes avec lesquelles SÉA n'a aucun lien de dépendance (90 %), réalisant ainsi des profits en Suisse. Dans la mesure où plus de 90 % du revenu brut provenant de la vente de biens de Suisse Co. provient de la vente de biens à des personnes avec lesquelles elle n'a aucun lien de dépendance, les profits réalisés par Suisse Co. ne devraient pas être inclus dans le calcul de son RÉATB, mais plutôt dans ses revenus provenant d'une entreprise exploitée activement. Par

ailleurs, dans la mesure où Suisse Co. exerce son entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable situé en Suisse, les revenus en question devraient être des revenus provenant d'une entreprise exploitée activement dans un pays désigné³⁴, de sorte que ces revenus devraient être inclus dans le calcul du surplus exonéré de Suisse Co. Ainsi, lorsque ces revenus feront l'objet d'un rapatriement au Canada par le biais d'un dividende versé par Suisse Co. à Socan, aucun impôt canadien ne devrait être payable.

Il est intéressant de noter, à l'égard de l'exemple précédent, que la résidence des personnes auxquelles les biens sont vendus est sans importance, du moins dans la mesure où les acheteurs n'ont pas de lien de dépendance avec Socan. Par conséquent, Suisse Co. peut vendre les biens achetés de HK tant à des résidents qu'à des non-résidents du Canada avec lesquels Socan n'a aucun lien de dépendance sans que Socan ait à inclure le revenu tiré des activités de Suisse Co. dans le calcul de son RÉATB. Une telle structure permet donc à Socan de transférer une partie de ses profits en Suisse. Par contre, il faut faire preuve de vigilance à l'égard des activités de Suisse Co. au Canada afin de s'assurer que celle-ci n'exploite pas une entreprise au Canada ou qu'elle ne détient pas un établissement stable au Canada³⁵.

Voici un autre exemple permettant d'échapper à l'application de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. Une société mère canadienne (ci-après « Socan ») détient la totalité des actions émises et en circulation d'une société constituée en vertu du droit des sociétés de Hong Kong (ci-après « HK »). HK exploite une entreprise à Hong Kong et acquiert, dans le cadre de cette entreprise, des biens fabriqués en Chine auprès d'un fournisseur situé en Chine. Par la suite,

³⁴ Puisque la Suisse et le Canada ont signé une convention fiscale, la Suisse devrait être un pays désigné aux fins des calculs de surplus d'une SÉA, et ce, en vertu du paragraphe 5907(11) L.I.R.

³⁵ Dans un tel cas, le revenu de HK pourrait être réputé constituer du revenu d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement et, par conséquent, entrer dans le calcul du RÉATB de HK puisque Suisse Co. pourrait être considérée comme exploitant une entreprise au Canada en vertu de l'article 253 L.I.R. À cet égard, il est intéressant de noter que l'alinéa 95(2)w) L.I.R. prévoit que lorsqu'une SÉA d'une société résidant au Canada exploite une entreprise exploitée activement dans plus d'un pays, la SÉA est réputée n'exploiter son entreprise au Canada que dans la mesure où le revenu en provenant est assujéti à l'impôt de la Partie I L.I.R. Dans le cas où le Canada aurait signé une convention fiscale avec le pays duquel la SÉA est résidente, le coût des biens ne devrait être considéré comme entrant dans le calcul d'une personne non résidente exploitant une entreprise au Canada que si cette personne y a un établissement.

HK revend lesdits biens à Socan (sans avoir effectué des travaux de transformation), réalisant ainsi des profits à Hong Kong. Dans cet exemple, même s'il est raisonnable de conclure que le coût des biens en question entre dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise exploitée par Socan, les biens sont produits dans le pays où l'entreprise de la SÉA est principalement exploitée et sous le régime des lois duquel HK est régie et a été constituée. En effet, puisque Hong Kong fait partie de la Chine (bien que non visé par la convention fiscale signée entre le Canada et la Chine), l'alinéa 95(2)a.1 L.I.R. ne s'appliquera pas dans cet exemple.

6. NOTION D'ENTREPRISE DE PLACEMENT

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, le RÉATB d'une SÉA comprend, entre autres, son revenu net tiré de biens. L'expression « revenu de biens » d'une SÉA est définie au paragraphe 95(1) L.I.R. et comprend le revenu de la SÉA pour l'année provenant d'une entreprise de placement, ainsi que son revenu pour l'année tiré d'un projet comportant un risque ou d'une affaire de caractère commercial.

L'expression « entreprise de placement » est également définie au paragraphe 95(1) L.I.R.

De façon générale, une entreprise de placement est une entreprise dont le principal objet consiste à tirer : a) un revenu de biens (intérêts, dividendes, loyers, redevances et rendements semblables); b) un revenu de l'assurance ou de la réassurance de risques; c) un revenu provenant de l'affacturage de comptes clients; ou d) des bénéfices provenant de la disposition de biens de placement.

Une entreprise ne sera toutefois pas considérée comme étant une entreprise de placement si elle remplit chacune des conditions suivantes :

- l'entreprise est menée principalement avec des personnes avec lesquelles la SÉA n'a aucun lien de dépendance;
- l'entreprise est réglementée quant à ses activités, ou consiste à mettre en valeur des biens immobiliers en vue de leur vente, à prêter de l'argent, à louer des biens, à concéder des licences sur des biens ou à assurer ou à réassurer des risques; et
- la SÉA emploie plus de cinq personnes à plein temps (ou l'équivalent) pour assurer la conduite active de l'entreprise.

Voici un exemple d'une situation où l'exception prévue dans la définition d'« entreprise de placement » s'applique. Une société mère canadienne (ci-après « Socan ») détient la totalité des actions émises et en circulation de deux sociétés constituées en vertu du droit des sociétés des États-Unis (ci-après « SÉA 1 » et « SÉA 2 »). SÉA 1 exploite une entreprise dans le domaine de la propriété intellectuelle. Environ 55 % des revenus de SÉA 1 proviennent de licences concédées à des personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance (SÉA 2), alors que 45 % des revenus proviennent de licences concédées à des tiers. Les revenus provenant des licences concédées à SÉA 2 pourront se qualifier comme des revenus provenant d'une entreprise exploitée activement, et ce, conformément à l'alinéa 95(2)a) L.I.R. Toutefois, en ce qui concerne les revenus provenant de tiers, ces revenus seront fort probablement considérés comme des revenus provenant d'une entreprise de placement et donc comme du RÉATB. En effet, puisque l'entreprise de SÉA 1 n'est pas menée principalement par des personnes avec lesquelles elle n'a aucun lien de dépendance (55 % de ses revenus proviennent de SÉA 2), les conditions de l'exclusion ne sont pas respectées.

Prenons maintenant l'exemple d'une situation ne remplissant pas le test relatif au nombre d'employés de la SÉA. Une société mère canadienne (ci-après « Socan ») détient la totalité des actions émises et en circulation d'une société constituée en vertu du droit des sociétés des États-Unis (ci-après « USCO »). USCO exploite une entreprise dans le domaine immobilier par l'entremise de trois sociétés étrangères dont USCO détient toutes les actions (ci-après « SÉA 1 », « SÉA 2 » et « SÉA 3 »). Chacune de ces trois sociétés emploie trois employés à plein temps. Or, une entreprise dont l'objet principal consiste à vendre des biens de placement ne sera considérée comme n'étant pas une entreprise de placement que si cette dernière emploie plus de cinq personnes à plein temps (ou l'équivalent) pour assurer la conduite active de l'entreprise. En l'espèce, puisque aucune des SÉA n'a plus de cinq employés ou l'équivalent de plus de cinq employés à temps plein, aucune des SÉA ne devrait être considérée comme ne tirant pas son revenu d'une entreprise de placement. Les revenus de SÉA 1, SÉA 2 et SÉA 3 tirés de leur entreprise devra donc être inclus dans le calcul de leur RÉATB respectif.

Une décision récente porte d'ailleurs sur un sujet similaire. En effet, dans l'affaire *48599 B.C. Ltd. c. La Reine*³⁶, la Cour canadienne de l'impôt devait déterminer si une société canadienne imposable exploitait une

³⁶ 2008 D.T.C. 4107 (C.C.I.) (ci-après « 48599 B.C. »).

« entreprise de prestation de services personnels » selon le paragraphe 125(7) L.I.R. Or, l'expression « entreprise de prestation de services personnels » contient un test similaire au test de plus de cinq employés à temps plein prévu au paragraphe 95(1) L.I.R. Il peut donc être utile de se référer à cette décision afin d'interpréter la définition d'entreprise de placement.

Dans cette affaire, le contribuable a fourni des services de consultation en gestion, d'achat et d'administration à une société résidant au Canada. Afin de fournir ces services, le contribuable a employé cinq personnes travaillant à temps plein tout au long de l'année, ainsi que deux personnes travaillant à temps partiel pendant les années en cause. La question en litige était de déterminer si plus de cinq personnes étaient employées à temps plein par le contribuable de sorte que la définition d'« entreprise de prestation de services personnels » au paragraphe 127(5) L.I.R. ne s'appliquait pas. Si l'entreprise du contribuable avait été considérée comme une entreprise de prestation de services personnels, le contribuable n'aurait pas pu demander la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »). En effet, selon l'alinéa 125(7)c) L.I.R., une société qui emploie tout au long de l'année plus de cinq personnes à temps plein dans l'entreprise n'exploite pas une entreprise de prestation de services personnels.

La position du contribuable était qu'il n'exploitait pas une entreprise de prestation de services personnels, car il satisfaisait au libellé de l'alinéa 125(7)c) L.I.R. en employant au cours des années d'imposition en question cinq personnes à temps plein et au moins une autre à temps partiel.

L'ARC soutenait, de son côté, que le contribuable était une entreprise de prestation de services personnels, car il n'avait pas employé plus de cinq personnes à temps plein, alors que l'alinéa 125(7)c) L.I.R. exige qu'au moins six personnes aient été employées à temps plein dans l'entreprise. Selon l'ARC, le fait d'employer des personnes à temps partiel ne pouvait satisfaire à cette disposition. L'ARC soutenait que l'expression « employé à temps plein » renvoie à une personne employée avec régularité, à des heures de travail régulières de chaque jour ouvrable, tout au long de l'année d'imposition visée.

Après avoir fait un rappel des règles d'interprétation applicables, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que le contribuable avait satisfait à l'obligation d'employer « tout au long de l'année plus de cinq employés à temps plein » en employant des personnes à temps partiel. La Cour canadienne de l'impôt s'exprime d'ailleurs ainsi à cet égard :

« Le bon sens impose que le législateur aurait employé un libellé complètement différent s'il avait voulu dire que, pour qu'une société soit considérée comme une entreprise exploitée activement, elle devait employer "au moins six employés à temps plein"³⁷. »

7. SURPLUS D'ENCAISSE ET RAPATRIEMENT DE PROFIT

Au cours de la vie d'une SÉAC exploitant activement une entreprise à l'étranger, il arrive fréquemment que cette dernière dispose de surplus d'encaisse. Le choix de rapatrier ces sommes au Canada ou de les réinvestir à l'étranger, de même que la méthode utilisée pour rapatrier ces sommes reposent sur une pléthore de considérations fiscales, légales et commerciales.

Surplus d'encaisse et traitement fiscal

L'une de ces considérations repose sur le traitement fiscal du revenu tiré de l'encaisse.

En effet, tel qu'il a été plus amplement expliqué précédemment, tout revenu provenant d'une entreprise exploitée activement par une SÉA ne doit être inclus dans le calcul du revenu de la société canadienne que lorsque ce revenu est rapatrié au Canada³⁸. Le revenu de biens d'une SÉAC, quant à lui, doit être inclus dans le calcul du revenu de la société canadienne pour chaque année de la SÉAC se terminant au cours de l'année d'imposition de la société canadienne, en fonction du pourcentage de participation³⁹ de la société canadienne dans la SÉAC⁴⁰.

Le traitement fiscal du revenu tiré de l'encaisse, d'un point de vue fiscal canadien, est donc fonction de la caractérisation de ce revenu à titre de revenu provenant d'une entreprise exploitée activement ou de revenu de bien.

³⁷ *Id.*, par. 17.

³⁸ Al. 12(1)k) et art. 90 L.I.R. Cela est vrai sous réserve du revenu tiré d'une entreprise non admissible, d'une entreprise de placement ou d'une entreprise réputée être une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement (voir la définition d'« entreprise exploitée activement » au paragraphe 95(1) L.I.R.).

³⁹ L'expression « pourcentage de participation » est définie au paragraphe 95(4) L.I.R.

⁴⁰ Voir le paragraphe 91(1) L.I.R. et la définition de « revenu étranger accumulé, tiré de biens » au paragraphe 95(1) L.I.R.

L'expression « revenu provenant d'une entreprise exploitée activement » est définie au paragraphe 95(1) L.I.R. Or, selon cette définition, le revenu de la société affiliée qui se rapporte ou est accessoire à l'entreprise exploitée activement par la société affiliée doit être inclus dans le revenu provenant d'une entreprise exploitée activement d'une SÉA, à l'exclusion du revenu tiré de biens de la société.

Jusqu'à maintenant, les tribunaux ne se sont pas penchés sur l'interprétation de l'expression « qui se rapporte ou est accessoire à l'entreprise exploitée activement » dans le contexte particulier de la définition de « revenu provenant d'une entreprise exploitée activement » au paragraphe 95(1) L.I.R. Cela étant dit, un consensus semble toutefois exister quant au sens à donner à cette expression.

Sur la base des commentaires des tribunaux à l'égard de la DPE et du remboursement au titre de dividende (RTD), un revenu peut généralement être considéré comme se rapportant ou étant accessoire à l'entreprise exploitée par une SÉA aux fins du paragraphe 95(1) L.I.R. si le bien générateur de revenu est employé ou détenu comme capital de risque dans l'entreprise.

Ce test a été élaboré, à l'origine, par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ensite Limited c. La Reine*⁴¹. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada devait déterminer si le revenu d'intérêts généré par des certificats de dépôt remis en garantie d'emprunts contractés dans le cadre de la mise en place de contrats de couverture de change constituait un revenu d'entreprise ou un revenu de placement étranger. Rejetant la présomption réfragable selon laquelle le revenu d'une société proviendrait de l'exploitation d'une entreprise énoncée dans l'affaire *Canadian Marconi Co. c. La Reine*⁴², la juge Wilson, au nom de la Cour, a émis l'opinion que le revenu tiré de tout bien « employé » ou « risqué » dans une entreprise se qualifie à titre de REEA. Cette dernière a également apporté les précisions suivantes :

« [...] Mais le terme “risqué” signifie plus qu'un risque éloigné. Il ne suffit pas que le bien soit utilisé à des fins commerciales. On satisfait aux exigences minimales du critère dès lors que le retrait du bien aurait “un effet nettement négatif sur les opérations de la compagnie” : *March Shipping Ltd. c. Ministre du Revenu national*, précité, à la p. 374. Cela créerait une distinction entre le placement de bénéfices provenant d'activités commerciales afin d'atteindre quelque but accessoire comme le remplacement à long terme d'un bien

⁴¹ [1986] 2 R.C.S. 509 (ci-après « *Ensite* »).

⁴² [1986] 2 R.C.S. 522.

immobilisé (voir, par exemple, *Bank Line Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue* (1974), 49 T.C. 307 (Scot. Ct. of Session)) et un placement effectué pour satisfaire à une condition qui doit obligatoirement être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales (voir, par exemple, *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Bennett*, [1913] A.C. 610 (H.L.), et *Owen v. Sassoon* (1951), 32 T.C. 101 (Eng. H.C.J.)). C'est dans ce dernier cas seulement que si on n'affectait plus ce bien de cet usage, l'exploitation de l'entreprise en souffrirait notablement. Il en va de même d'une condition qui n'est pas obligatoire, mais qui est néanmoins intimement liée aux activités commerciales en question, telle que la nécessité de régler certaines réclamations périodiques résultant de ces activités; voir, par exemple, *La Reine c. Marsh & McLennan, Ltd.*, précité, et *La Reine c. Brown Boveri Howden Inc.*, 83 D.T.C. 5319 (C.A.F.).

[...] Le critère applicable consiste non pas à déterminer si le contribuable s'est vu dans l'obligation d'employer un bien déterminé pour exploiter son entreprise, mais plutôt à se demander si ce bien a été utilisé pour satisfaire à une exigence qui devait être remplie pour qu'il puisse exploiter son entreprise. Dans cette dernière hypothèse, il s'agirait véritablement d'un bien employé et risqué dans l'entreprise. En l'espèce, le bien en cause a été employé pour satisfaire à une condition qui devait obligatoirement être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales; loin de revêtir un caractère accessoire, ce bien est employé et risqué au sens le plus strict dans l'entreprise du contribuable. Il s'agit d'un bien dont la société a eu l'usage ou la possession aux fins de son entreprise⁴³. » (Notre soulignement)

La question posée à la Cour ne reposait pas sur l'interprétation de l'expression « revenu qui se rapporte ou est accessoire à l'entreprise exploitée activement » puisque cette expression ne figurait pas dans la loi pour les années en litige. C'est d'ailleurs ce que note le juge Christie dans l'affaire *Atlas Industries Ltd. c. MRN*⁴⁴.

Dans l'affaire *Atlas*, la Cour devait déterminer si le revenu d'intérêts tirés de dépôts à terme par la société Atlas Industries Ltd. devait être inclus dans le calcul de son revenu d'entreprise de placement canadien. Considérant qu'une somme de 100 000 \$ était suffisante afin de couvrir son fonds de roulement, la société investissait ses surplus d'encaisse dans des placements à terme auprès de la Banque Scotia. La preuve présentée lors du procès indiquait que ces fonds n'avaient jamais été utilisés afin de garantir les obligations de la société, n'avaient jamais été utilisés afin de couvrir les dépenses courantes de l'entreprise ou même afin d'effectuer des

⁴³ *Ensite*, précité, note 41, par. 14-15.

⁴⁴ [1986] 2 C.T.C. 2392 (C.C.I.) (ci-après « *Atlas* »).

investissements en capital, les fonds ayant toujours été utilisés afin de verser des dividendes ou des bonis aux actionnaires de la société.

Selon le juge Christie, l'affaire *Ensité* n'offrait qu'un éclairage limité quant à l'interprétation à donner à l'expression « revenu qui se rapporte ou est accessoire à l'entreprise exploitée activement ». En fait, selon le juge, cette expression signifie qu'il doit y avoir une relation de dépendance financière suffisante entre le revenu d'intérêts et le revenu de l'entreprise exploitée activement pour que le revenu d'intérêts puisse être considéré comme se rapportant ou étant accessoire à l'entreprise exploitée activement. Il s'exprime ainsi :

« Giving the words “incident to or pertains to an active business” their grammatical and ordinary sense, and bearing in mind their context, there must I think be a financial relationship of dependence of some substance between the property and the active business before the exclusion in paragraph 129(4.1)(b) comes into play. The operations of the business ought to have some reliance on the property in the sense that recourse is had to it regularly or from time to time or that it exists as a back-up asset to be called on in support of those operations when the need arises. This I regard to be the basic approach to paragraph 129(4.1)(b). Whether income-producing property has crossed the dividing line into the paragraph will depend on the facts of each case. I am satisfied that the facts under consideration do not place the relevant property within it. The relationship between the debts created by the term deposits and the appellant's businesses was tangential at best. The debts were never resorted to in aid of the appellant's businesses nor was there any real expectation that they would be. The fundamental purpose of these term deposits was unrelated to sustaining the appellant's businesses, but it was to direct the profits therefrom into the hands of the shareholders, primarily by way of bonuses⁴⁵. »

Les tribunaux semblent toutefois considérer que le test relatif à l'existence d'une relation de dépendance financière suffisante développée dans l'affaire *Atlas* est rempli dès lors que les actifs sont à risque dans l'entreprise et continuent donc d'appliquer le critère élaboré dans l'affaire *Ensité*⁴⁶.

En fait, le ministre des Finances fait implicitement référence à la décision rendue dans l'affaire *Ensité* dans les notes explicatives accompagnant les amendements de février 1995 relatives à la définition de

⁴⁵ *Ensité*, précité, note 41.

⁴⁶ *McCutcheon Farms Ltd. c. MRN*, [1991] 1 C.T.C. 50 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *McCutcheon* »); *Farhills Farming Ltd. c. La Reine*, [1996] 1 C.T.C. 2296 (C.C.I.); *Skidmore c. La Reine*, [1998] 1 C.T.C. 1135 (C.C.I.); conf. [2000] 2 C.T.C. 235.

« revenu provenant d'une entreprise exploitée activement » au paragraphe 95(1) L.I.R. En effet, selon ces notes, le REEA inclut le revenu tiré d'actifs à risque dans cette entreprise ou essentiels à celle-ci, comme les intérêts provenant du placement de fonds excédentaires temporaires.

Au bout du compte, il s'agit d'une question de fait. Les facteurs suivants ont été analysés par les tribunaux :

- Les fonds sont-ils nécessaires au roulement de l'entreprise? (affaire *Atlas*)
- Permettent-ils de couvrir les dépenses courantes? (affaire *Atlas*)
- Les surplus d'encaisse servent-ils de garantie? (affaire *Atlas*)
- Les fonds ont-ils pour objet de permettre de faire des investissements dans le futur? (affaire *Atlas*)
- À quelle fin les fonds sont-ils utilisés lorsqu'ils sont retirés? Sont-ils utilisés pour verser des dividendes, des bonis ou autres formes de distributions? (affaire *Atlas*)
- Les sommes sont-elles placées à court terme ou à long terme? Y a-t-il quelque chose de statique? Y a-t-il un plan ou une intention d'utiliser les fonds dans le cadre des activités courantes de l'entreprise? (affaire *Atlas*)
- Quel est le pourcentage du revenu d'intérêts par rapport au revenu d'entreprise? (affaire *McCutcheon*)

Cela étant dit, dans la mesure où les fonds constitueraient des fonds excédentaires dont le revenu ne pourrait être considéré comme ayant un lien de dépendance financière suffisant, ce revenu devrait être inclus dans le calcul du RÉATB de la SÉAC du contribuable canadien.

Il est également important de noter que le surplus d'encaisse devrait, dans un tel cas, constituer un bien autre qu'un bien exclu et que la portion imposable ou déductible de tout gain ou perte en capital, calculé en dollars canadiens, réalisé selon les règles canadiennes lors de la disposition de

l'encaisse devrait également être incluse dans le calcul du RÉATB de la SÉAC⁴⁷.

Situation particulière des sociétés de gestion

L'interposition de sociétés de gestion à l'étranger est également fréquente. Ces dernières détiennent généralement des actions et des prêts et peuvent être considérées comme exploitant des entreprises de placement.

Or, lorsqu'une SÉAC tire un revenu de biens ou d'entreprise de placement et que le revenu de cette dernière est constitué de dividendes ou est inclus dans le calcul du revenu ou de la perte de la SÉAC provenant d'une entreprise exploitée activement en vertu du sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R., la règle de l'accessoire ne semble pas s'appliquer.

Dans un tel cas, à moins de pouvoir invoquer le sous-alinéa 95(2)a)(i) L.I.R., le revenu d'intérêts de la SÉAC doit être calculé selon les règles fiscales canadiennes en dollars canadiens et entre dans le calcul du RÉATB de la SÉAC.

Puisque l'encaisse génère du RÉATB et non du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, l'encaisse devrait constituer un bien autre qu'un bien exclu.

Toute disposition de l'encaisse peut donc déclencher un gain ou une perte en capital dont la portion imposable ou déductible, selon le cas, doit être incluse dans le calcul du RÉATB de la SÉA, lequel doit être calculé en dollars canadiens selon les règles canadiennes.

Surplus d'encaisse et rapatriement de profit

Les considérations commerciales, tels les besoins de liquidités des autres entités du groupe, la possibilité de rembourser certaines dettes ou encore de verser des dividendes aux actionnaires, gouvernent la décision de rapatrier ou non les fonds excédentaires au Canada. Toutefois, le taux d'impôt effectif

⁴⁷ Selon l'alinéa 95(2)f) L.I.R., une SÉA d'un contribuable est réputée résider au Canada en tout temps lorsqu'il s'agit de déterminer le gain en capital, la perte en capital, le gain en capital imposable ou la perte en capital déductible de la société provenant de la disposition d'un bien, ce qui signifie que le RÉATB d'une SÉA doit être calculé selon les règles fiscales canadiennes. L'alinéa 95(2)f.14) L.I.R. prévoit, quant à lui, que ce gain ou cette perte doit être déterminé au moyen de la devise canadienne.

auquel le revenu sur ces fonds est assujéti, compte tenu du régime de RÉATB, ainsi que des coûts fiscaux et légaux liés au rapatriement peuvent toutefois également avoir une incidence sur cette décision.

Toutefois, une fois que la décision est prise, il n'existe pas une seule et unique méthode pour rapatrier les profits. Le choix de la méthode de rapatriement est tributaire des attributs fiscaux des entités du groupe, de la structure corporative et, bien entendu, des juridictions concernées.

En règle générale, il existe quatre méthodes pouvant être utilisées pour rapatrier des fonds vers le Canada :

- i) le versement de dividendes;
- ii) la réduction du capital versé (ci-après « CV »);
- iii) le remboursement de prêts interco; et
- iv) le consentement de prêts interco.

i) Le versement de dividendes

Dans le cadre du versement de dividendes, il est important de tenir compte du traitement fiscal du dividende, tant d'un point de vue canadien que du point de vue du pays d'où il émane.

Or, au Canada, le traitement des dividendes reçus par une société résidant au Canada d'une SÉA dépend du compte de surplus sur lequel les dividendes peuvent être considérés comme ayant été prélevés, soit :

- le surplus exonéré (al. 113(1)a) L.I.R.);
- le surplus imposable (al. 113(1)b) et 113(1)c) L.I.R.);
- le surplus antérieur à l'acquisition (al.113(1)d) L.I.R.).

Dans la mesure où le dividende peut être considéré comme ayant été prélevé sur le surplus exonéré de la SÉA, le dividende est déductible dans le calcul du revenu imposable.

Il est possible que les dividendes soient assujétiés dans le pays où réside la SÉAC à une RAS dont le taux pourrait être réduit en vertu d'une

convention fiscale. Par exemple, le taux de RAS applicable aux dividendes dont le bénéficiaire effectif est résident du Canada est de 5 % en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis⁴⁸. À cet égard, il est important d'apporter une attention particulière aux clauses de restrictions apportées aux avantages et aux dispositions antihybrides contenues dans la Convention Canada-États-Unis.

Or, dans la mesure où le dividende est considéré, aux fins fiscales canadiennes, comme ayant été prélevé sur le surplus exonéré de la SÉA, la RAS imposée par le pays étranger devrait être considérée comme étant un coût réel pour le contribuable canadien puisque celui-ci ne devrait bénéficier d'aucune déduction à l'égard des impôts étrangers payés dans le calcul de son revenu, ou de son revenu imposable ou de ses impôts à payer.

ii) La réduction du capital versé

Dans l'éventualité où une RAS serait applicable au versement de dividendes, il pourrait être intéressant d'étudier la possibilité de procéder plutôt par retour de capital.

a) Conséquences fiscales canadiennes

À cet égard, il est intéressant de noter que la version proposée du paragraphe 88(3) L.I.R.⁴⁹ s'appliquera désormais à toute forme de distribution de biens effectuée par une SÉA en faveur d'un contribuable canadien. L'alinéa 88(3)d) L.I.R. prévoit, notamment, que si un contribuable canadien reçoit un bien distribué à titre de dividende ou de distribution de biens, le montant du dividende est réputé égal au montant obtenu selon la formule contenue à cette disposition.

Avant que cette modification proposée ne soit annoncée, la possibilité de rapatrier du capital avant de rapatrier les bénéfices non répartis d'une SÉA était largement acceptée. Il était également clair que, dans un tel cas, le

⁴⁸ *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997 (ci-après « Convention Canada-États-Unis »).

⁴⁹ Telle qu'elle est édictée selon le paragraphe 130(2) des *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu (Partie 2 – Sociétés étrangères affiliées)*, 27 février 2004. Cette modification devrait s'appliquer aux biens reçus d'une SÉA par un contribuable après le 27 février 2004.

retour de capital entraînait une réduction corrélative du PBR des actions de la SÉA en vertu du sous-alinéa 53(2)b)(ii) L.I.R. et que, dans la mesure où la réduction de capital excédait le PBR des actions, le contribuable canadien pouvait réaliser un gain en capital en vertu du paragraphe 40(3) L.I.R.

En apportant une présomption à l'égard du montant du dividende versé par une SÉA lors de toute distribution de biens, le libellé de la version proposée de l'alinéa 88(3)d) L.I.R. a donc provoqué une certaine incertitude quant à la possibilité de procéder ainsi. Toutefois, le ministère des Finances a confirmé dans une lettre d'intention du 9 juin 2006 que les modifications du paragraphe 88(3) L.I.R. n'avaient pas pour but de modifier le traitement des retours de capitaux⁵⁰. En fait, selon cette lettre d'intention, tout retour de capital devrait entraîner une réduction corrélative du PBR des actions de la SÉA.

Le ministère a également ajouté dans cette lettre que, dans la mesure où le montant de la distribution excéderait le CV étranger de la SÉA, l'excédent serait traité comme un dividende auquel les règles normales de distribution des surplus s'appliqueraient.

Or, le concept de « capital versé étranger » n'est pas défini à l'heure actuelle dans la loi. Selon les lettres d'intention du ministère des Finances, il semblerait que ce montant soit généralement égal aux apports de capitaux des actionnaires d'une SÉA, dans la mesure où les actions ont été émises en faveur ou sont détenues par ces actionnaires. La définition de cette expression est donc actuellement entourée par un certain flou juridique. En fait, en 2006, dans leur rapport conjoint, l'Institut des comptables agréés du Canada et l'Association du barreau canadien ont soulevé la nécessité de revisiter ce concept, notamment parce que ce dernier s'accorde mal avec celui de surplus antérieur à l'acquisition.

Toutefois, il semble généralement admis que le CV étranger d'une société, calculé en dollars canadiens⁵¹, peut être rapatrié au Canada sans déclencher d'impôt canadien jusqu'à concurrence du PBR des actions.

⁵⁰ CANADA, ministère des Finances, lettre d'intention, 9 juin 2006.

⁵¹ Compte tenu du fait que les concepts de « capital versé étranger » et de PBR sont appliqués aux fins de déterminer le revenu d'un contribuable et que, sous réserve du choix de l'article 261 L.I.R., le revenu doit être calculé en dollars canadiens, tant le CV étranger que le PBR doivent être maintenus en dollars canadiens en utilisant le taux affiché par la Banque du Canada à midi le jour donné, soit le jour où toute transaction pouvant toucher le CV et le PBR a lieu.

Dans l'éventualité où le PBR des actions de SÉAC deviendrait négatif, le contribuable canadien pourrait réaliser un gain en capital⁵² à l'égard duquel le paragraphe 93(1) L.I.R. permet de faire un choix afin que le gain en capital soit réputé constituer un dividende reçu par le contribuable canadien de la SÉAC. Ainsi, dans la mesure où ce dividende serait considéré comme prélevé sur le surplus exonéré de la SÉA, ce dernier devrait être déductible dans le calcul du revenu imposable de la société canadienne en vertu de l'alinéa 113(1)a) L.I.R.

b) Conséquences fiscales dans le pays étranger

Il arrive souvent que les sommes payées en réduction du CV ne soient assujetties à aucune RAS dans le pays étranger où réside la SÉA. Toutefois, dans de nombreux pays, notamment aux États-Unis, la SÉA pourrait être réputée avoir versé un dividende jusqu'à concurrence de ses gains et profits (*earnings & profits*), calculés aux fins fiscales du pays où réside la SÉA, auquel cas une RAS pourrait être applicable.

iii) Le remboursement de prêts

Dans la mesure où certaines sommes pourraient être dues par la SÉA en faveur de Canco, il serait également possible de rembourser les prêts afin de rapatrier les surplus d'encaisse au Canada.

Dans un tel cas, il est nécessaire de tenir compte des gains et pertes de change qui pourraient être déclenchés en raison d'un tel remboursement, de même que des avantages pouvant découler du paiement d'intérêts effectués par la SÉA en faveur de la société canadienne.

a) Gains et pertes de change réalisés aux fins fiscales canadiennes

En effet, le remboursement des prêts pourrait déclencher des gains ou pertes de change à l'égard de la société canadienne et de la SÉAC si le prêt consenti par la société canadienne est dans une devise autre que la devise canadienne.

Pour la société canadienne, un gain ou une perte en capital pourrait résulter du remboursement⁵³. La SÉAC, quant à elle, pourrait réaliser un gain

⁵² Par. 40(3) L.I.R.

⁵³ Par. 39(2) L.I.R.

ou une perte de change calculé en dollars canadiens dont la portion imposable ou déductible, selon le cas, devrait être incluse dans le calcul de son RÉATB.

En vertu de la définition de RÉATB au paragraphe 95(1) L.I.R., les gains en capital imposables et les pertes en capital déductibles réalisés par une SÉAC lors de la disposition de biens autres que des biens exclus doivent être inclus dans le calcul du RÉATB de la SÉAC. L'alinéa 95(2)f) L.I.R. prévoit, par ailleurs, que la SÉAC est réputée résider au Canada aux fins du calcul de ses gains et pertes en capital, ce qui signifie que le gain en capital, la perte en capital, le gain en capital imposable et la perte en capital imposable d'une SÉAC doivent être calculés selon les règles canadiennes.

Le paragraphe 39(2) L.I.R. s'applique donc au calcul du revenu d'une SÉAC. Or, ce dernier prévoit que, lorsqu'un contribuable réalise un gain ou une perte de change, ce dernier est réputé avoir disposé d'un bien. Ainsi, le prêt remboursé devrait être réputé constituer un bien dont la SÉAC a disposé et il faut se demander si ce bien réputé constitue ou non un bien exclu ou non.

L'alinéa 95(2)i) L.I.R. prévoit que le gain ou la perte en capital réalisé lors du remboursement d'un prêt est réputé constituer un gain ou une perte en capital réalisé lors de la disposition d'un bien exclu si, notamment :

- i) la totalité ou presque des fonds a été utilisée pour acquérir un bien qui, **à tout moment** après l'octroi du prêt, le bien était un bien exclu du débiteur; ou
- ii) la totalité ou presque des fonds a servi, **à tout moment**, à tirer un REEA d'un revenu étranger provenant d'une entreprise exploitée activement par le débiteur.

Si le prêt remboursé constitue un bien exclu, le gain ou la perte en capital réalisé par la SÉAC lors de son remboursement ne devrait pas être inclus dans le calcul de son RÉATB. Les conditions d'application de l'alinéa 95(2)i) L.I.R. ne sont pas toutefois pas faciles à remplir puisque ce test est applicable **à tout moment**. Il suffit donc que ce test ne soit pas rempli pendant une seule journée (voir une seule seconde) pour que cette disposition ne s'applique pas et que le bien ne soit pas un bien exclu.

Dans l'éventualité où le test n'est pas rempli, il est nécessaire de calculer le gain ou la perte en capital réalisé par la SÉAC en devise canadienne lors du remboursement du prêt⁵⁴.

Or, il y a absence d'appariement entre les gains et pertes réalisés par le contribuable canadien et la SÉAC. Ainsi, si une perte en capital est réalisée par la SÉAC et un gain en capital est réalisé par la société canadienne, la perte en capital déductible ne sera applicable qu'à l'encontre du RÉATB de la SÉAC et ne pourra pas être appliquée à l'encontre du gain en capital réalisé par la société canadienne. Si, dans le cas contraire, un gain en capital est réalisé par la SÉAC et une perte en capital est réalisée par la société canadienne, la perte en capital déductible de la société canadienne ne pourra pas être appliquée à l'encontre du RÉATB de la SÉAC.

Certaines techniques, dont nous discuterons ci-après, permettent toutefois de réduire les gains et pertes de change réalisés par la société canadienne et la SÉAC aux fins fiscales canadiennes par la société canadienne et la SÉAC.

b) Conséquences fiscales dans le pays étranger

Selon la devise du prêt et la devise utilisée aux fins fiscales dans le pays où réside la SÉAC, un gain ou une perte de change pourrait être réalisé dans ce pays. Les conséquences fiscales du remboursement dans le pays où réside la SÉAC doivent donc également être évaluées.

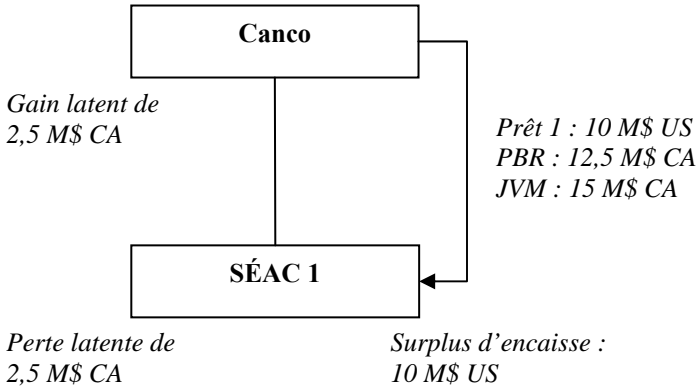
c) Élimination du gain en capital latent au niveau de la société canadienne

Afin d'illustrer les techniques visant à atténuer l'impact des gains latents au niveau d'une société canadienne d'un point de vue fiscal canadien, prenons l'exemple suivant :

- 1) Une société canadienne imposable (ci-après « Canco ») a consenti un prêt de 10 M\$ US à une SÉAC de Canco résidant dans un pays désigné (ci-après « SÉAC 1 ») à un moment où le taux de change était de 1,25 \$ CA = 1,00 \$ US (ci-après « Prêt 1 »).

⁵⁴ Al. 95(2)f.14) L.I.R. Nous notons, à cet égard, que l'alinéa 95(2)g) L.I.R. ne s'applique pas aux prêts octroyés par une personne résidant au Canada à une SÉAC et que le gain ou la perte ne sera donc pas réputé nul.

- 2) SÉAC 1 dispose de surplus d'encaisse et désire rembourser le prêt à un moment où le taux de change est de 1,5 \$ CA = 1,00 \$ US.
- 3) Il y a donc une perte de change latente de 2,5 M\$ CA au niveau de SÉAC 1 et un gain de change latent du même montant au niveau de Canco puisque le prêt converti au taux historique équivaut à 12,5 M\$ CA, alors qu'au moment du remboursement anticipé il équivaut à 15 M\$ CA.
- 4) Si rien n'est fait, Canco réalisera un gain en capital imposable de 1,25 M\$ CA contre lequel elle ne pourra pas appliquer la perte étrangère accumulée, tirée de biens de 1,25 M\$ CA de SÉAC 1.



Dans cet exemple, il serait possible de procéder de la manière suivante afin de reporter le gain en capital latent :

- Étape 1 : Un billet (ci-après « Billet ») est signé par Canco et SÉAC afin de constater le prêt.
- Étape 2 : Un droit de conversion en actions ordinaires de SÉAC est ajouté au prêt.

- L'ajout d'un droit de conversion ne constitue pas une disposition du Billet⁵⁵.

Étape 3 : Canco exerce son droit de conversion et acquiert des actions ordinaires en contrepartie du Billet.

- L'article 51 L.I.R. devrait s'appliquer à la conversion et Canco devrait être réputée ne pas avoir disposé du Billet et ne devrait donc réaliser ni gain ni perte à la suite de la conversion.
- L'article 51 L.I.R. ne s'applique pas en ce qui a trait au débiteur, ce dernier pourrait donc réaliser une perte étrangère accumulée, tirée de biens.
- Le PBR des actions ordinaires de SÉAC pour Canco sera égal au PBR du Billet, soit 12,5 M\$ CA.
- Le CV des actions est augmenté d'un montant égal au PBR du Billet, soit 12,5 M\$ CA.

Étape 4 : SÉAC procède à une réduction du CV d'un montant égal au PBR du Billet, soit 12,5 M\$ CA, et distribue les surplus d'encaisse en paiement de la réduction.

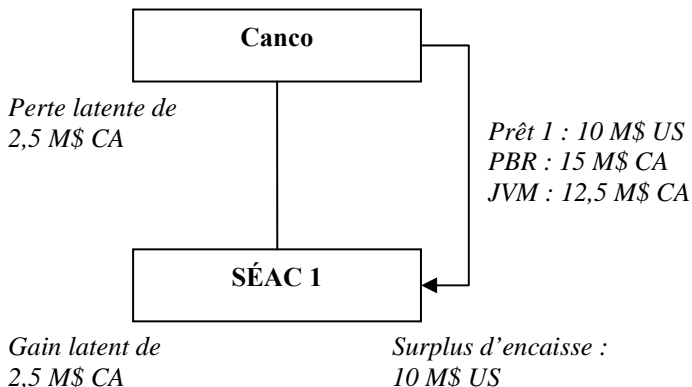
d) Élimination du gain en capital latent au niveau de la SÉAC

Afin d'illustrer les techniques visant à atténuer l'incidence des gains latents au niveau de la SÉAC d'un point de vue fiscal canadien, prenons l'exemple suivant :

- 1) Une société canadienne (ci-après « Canco ») a consenti un prêt de 10 M\$ US à une SÉAC de Canco résidant dans un pays désigné (ci-après « SÉAC 1 ») à un moment où le taux de change était de 1,5 \$ CA = 1,00 \$ US (ci-après « Prêt 1 »).
- 2) SÉAC 1 dispose de surplus d'encaisse et désire rembourser le prêt à un moment où le taux de change est de 1,25 \$ CA = 1,00 \$ US.

⁵⁵ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-448, « Disposition – Modification des conditions des titres », 6 juin 1980.

- 3) Il y a donc une perte de change latente de 2,5 M\$ CA au niveau de Canco et un gain de change latent du même montant au niveau de SÉAC 1.
- 4) Si rien n'est fait, Canco va devoir inclure le RÉATB de SÉAC 1 au montant de 1,25 M\$ CA dans le calcul de son revenu et ne pourra pas utiliser la perte en capital déductible de 1,25 M\$ CA de la SÉAC pour épouger cette inclusion.



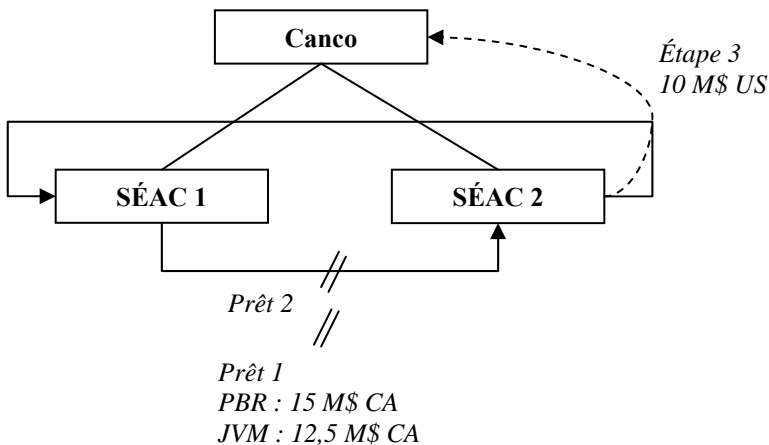
Dans cet exemple, il serait possible de procéder de la manière suivante afin de reporter le gain en capital latent :

- Étape 1 : Canco crée une nouvelle société étrangère affiliée (ci-après « SÉAC 2 »).
- Étape 2 : SÉAC 1 consent un prêt de 10 M\$ US à SÉAC 2 (ci-après « Prêt 2 »).
- Étape 3 : SÉAC 2 utilise les fonds reçus à l'étape 2 pour acquérir le Prêt 1 de SÉAC 1.
- Canco devrait réaliser une perte en capital de 2,5 M\$ CA, laquelle sera refusée en vertu de l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R.

- Le montant de la perte en capital refusée en vertu de l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R. sera ajouté au PBR du Prêt 1 de SÉAC 1, de sorte que le PBR du Prêt 1 pour SÉAC 2 sera de 15 M\$ CA⁵⁶.

Étape 4 : Le même jour, SÉAC 1 rembourse le Prêt 1 en annulant le Prêt 2.

- SÉAC 1 et SÉAC 2 ne devraient réaliser ni gain ni perte de change à l'égard de l'annulation du Prêt 2 puisque le Prêt 2 a été consenti le même jour où il est annulé.
- SÉAC 1 devrait réaliser un gain en capital de 2,5 M\$ CA à l'égard du remboursement du Prêt 1, alors que SÉAC 2 devrait réaliser une perte en capital de 2,5 M\$ CA. Toutefois, le gain de change réalisé par SÉAC 1 et la perte de change réalisée par SÉAC 2 devraient être réputés nuls en vertu de l'alinéa 95(2)g) L.I.R. et du paragraphe 95(2.2) L.I.R.



iv) L'octroi de prêts interco

Afin de rapatrier les surplus d'encaisse, la SÉAC pourrait également octroyer un prêt à la société canadienne.

⁵⁶ Al. 53(1)f.11) L.I.R.

Or, dans l'éventualité où ce prêt porterait intérêt, tout revenu d'intérêts reçu par la SÉAC sera inclus dans le calcul de son RÉATB. Ce montant devra également être inclus dans le calcul du revenu de la société canadienne. Puisque, comme nous avons vu précédemment, les revenus de biens d'une SÉAC sont inclus dans le revenu de la société canadienne qui la contrôle en fonction de son pourcentage de participation au fur et à mesure que ces revenus sont gagnés. Toutefois, une déduction devrait être disponible à l'égard de l'impôt étranger accumulé applicable au revenu d'intérêts⁵⁷.

Pour la société canadienne, la dépense d'intérêts devrait, sous réserve des règles de capitalisation restreinte prévue au paragraphe 18(4) L.I.R., être déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. si les conditions prévues à cet alinéa sont remplies.

L'octroi de prêts intersociétés n'est toutefois pas sans risque. En effet, tout comme les prêts consentis par la société canadienne à une société étrangère, l'octroi de prêts d'une société étrangère à une société canadienne expose cette dernière à des fluctuations des taux de change pouvant se concrétiser au moment du remboursement du prêt ou encore lors d'une acquisition de contrôle. Il est toutefois possible d'atténuer ce risque.

Il est par ailleurs impératif de considérer l'existence de règles équivalentes afin de s'assurer qu'un tel prêt ne donne pas lieu à un dividende réputé pouvant être assujéti à une retenue d'impôt.

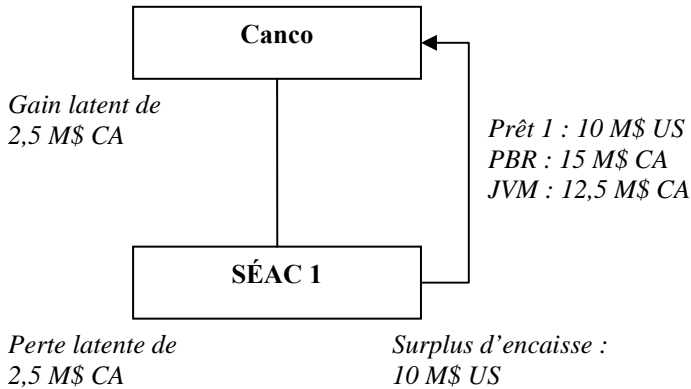
Élimination du gain en capital latent au niveau de la société canadienne

Afin d'illustrer les techniques pour atténuer des gains latents au niveau de la société canadienne d'un point de vue fiscal canadien, prenons l'exemple suivant :

- 1) Une SÉAC (ci-après « SÉAC 1 ») d'une société canadienne imposable (ci-après « Canco ») a consenti un prêt de 10 M\$ US à Canco (ci-après « Prêt 1 ») à un moment où le taux de change était de 1,5 \$ CA = 1,00 \$ US.
- 2) Canco désire rembourser le prêt à un moment où le taux de change est de 1,25 \$ CA = 1,00 \$ US.

⁵⁷ Par. 91(1) et 91(4) L.I.R.

- 3) Il y a donc un gain de change latent de 2,5 M\$ CA au niveau de Canco et une perte de change latente du même montant au niveau de SÉAC 1.
- 4) Si rien n'est fait, Canco va réaliser un gain en capital imposable de 1,25 M\$ CA contre lequel elle ne pourra pas appliquer la perte étrangère accumulée, tirée de biens de 1,25 M\$ CA de la SÉAC 1.



Dans cet exemple, il serait possible de procéder de la manière suivante afin de reporter le gain en capital latent :

Étape 1 : Canco crée une nouvelle société résidant au Canada (ci-après « FilleCan ») et souscrit à des actions du capital-actions de FilleCan pour 12,5 M\$ CA.

Étape 2 : FilleCan utilise les fonds reçus à l'étape 1 pour acquérir le Prêt 1.

- SÉAC 2 devrait réaliser une perte en capital de 2,5 M\$ CA, laquelle sera refusée en vertu de l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R.
- Le PBR du prêt pour FilleCan sera égal à la JVM du prêt en devise canadienne au moment du transfert, soit 12,5 M\$ CA, puisque les alinéas 53(1)f.1) et 53(1)f.11) L.I.R. ne s'appliquent pas lorsque la personne qui dispose du prêt est une société non résidente.

- Puisque le prêt existe toujours, une attention particulière devra être apportée aux gains et pertes de change, ainsi qu'aux gains sur règlement de dettes lors de réorganisations subséquentes.

CONCLUSION

Lorsqu'une société canadienne se lance en affaires à l'étranger, la liste de considérations fiscales est impressionnante et les pièges nombreux. Ces considérations s'ajoutent aux nombreuses considérations pratiques et commerciales auxquelles font face les entreprises faisant affaire à l'étranger.

À cet égard, les notions de résidence, les règles de RÉATB, les pièges à éviter lorsqu'une SÉA vend des biens au Canada, les particularités liées à la notion d'entreprise de placement ou encore les questions de surplus d'encaisse et le rapatriement de profits ne sont que quelques-unes des considérations fiscales auxquelles font face les sociétés faisant affaire à l'étranger.

Bref, en cette matière, chaque cas est un cas d'espèce et une attention particulière doit être portée aux activités étrangères d'une société canadienne.

**ENTREPRISES DE SERVICES FAISANT AFFAIRE
AU CANADA ET À L'ÉTRANGER**

Yves-André Grondin
Avocat, CPA, M. Fisc.
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.



Patrice Lareau
Avocat, D. Fisc.
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	11:3
1. SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE RENDANT DES SERVICES	11:4
1.1. RÈGLES RELATIVES AUX SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES AFFILIÉES.....	11:4
1.1.1. Définitions.....	11:4
1.1.2. Inclusion courante du RÉATB	11:5
1.1.3. Compte de surplus	11:6
1.2. RÉATB POUR SERVICES RENDUS POUR LE CANADA (S.-AL. 95(2)B)(I) L.I.R.)	11:8
1.3. RÉATB POUR SERVICES RENDUS PAR LE CANADA (S.-AL. 95(2)B)(II) L.I.R.)	11:10

1.4.	EXCLUSION DE CERTAINS SERVICES AU PARAGRAPHE 95(3) L.I.R.....	11:15
1.4.1.	Services rendus à l'occasion de l'achat ou de la vente de marchandises	11:16
1.5.	DÉGROUPEMENT D'OPÉRATIONS QUI CONTIENNENT DES SERVICES ET DES BIENS	11:20
2.	ENTREPRISE DE SERVICES AMÉRICAINNE EXPLOITANT UNE ENTREPRISE AU CANADA	11:22
2.1.	EXPLOITER UNE ENTREPRISE AU CANADA	11:23
2.2.	RETENUES À LA SOURCE SUR DES SERVICES RENDUS AU CANADA ET AU QUÉBEC.....	11:28
2.2.1.	Général	11:28
2.2.2.	Dérogations fondées sur une convention fiscale	11:28
2.2.3.	Dérogation fondée sur les revenus et dépenses	11:30
2.2.4.	Procédures administratives	11:30
2.3.	CONCEPT D'ÉTABLISSEMENT STABLE	11:31
2.3.1.	Général	11:32
2.3.2.	Article 14 – Services personnels indépendants	11:34
2.3.3.	Établissement stable dans les locaux d'un client.....	11:34
2.3.4.	L'affaire <i>Dudney</i>	11:37
2.3.5.	La position de l'ARC sur l'affaire <i>Dudney</i> et sur les commentaires de l'OCDE	11:38
2.3.6.	Établissement stable réputé pour les prestataires de services	11:40
2.3.7.	Le nouvel article V, paragraphe 9 du Protocole	11:43
2.4.	IMPOSITION AU QUÉBEC ET ABATTEMENT FÉDÉRAL POUR UN PRESTATAIRE DE SERVICES AYANT UN ÉTABLISSEMENT STABLE RÉPUTÉ AU CANADA.....	11:51
2.4.1.	Abattement fédéral de 10 % pour un revenu gagné dans une province	11:51
2.4.2.	La notion d'établissement au Québec.....	11:53
	CONCLUSION	11:55

INTRODUCTION

Avec l'avènement de la mondialisation, l'économie canadienne s'est profondément transformée depuis quelques années. Les entreprises de services constituent aujourd'hui le secteur principal de l'économie canadienne, ayant largement dépassé le secteur manufacturier¹. Dans cette nouvelle économie mondiale, de plus en plus d'entreprises de services font affaire dans un contexte transfrontalier. De plus, afin d'être plus compétitives dans cette nouvelle économie, certaines entreprises décident de sous-traiter une partie des services qu'elles rendent à des entreprises situées dans des pays émergents, tels que l'Inde et la Chine.

Cette nouvelle économie pose des défis fiscaux particuliers tant pour les autorités fiscales que pour les contribuables. Plusieurs des règles fiscales semblent avoir été conçues surtout pour des entreprises manufacturières et semblent mal adaptées pour les entreprises de services. Bien que nous ne puissions pas aborder toutes les règles en fiscalité internationale qui peuvent s'appliquer à une entreprise de services, nous nous concentrerons ci-après sur certaines règles qui posent des défis particuliers aux entreprises de services faisant affaire au Canada et à l'étranger.

Dans certaines situations qui seront décrites au moyen d'exemples dans le premier volet de cet article, les services rendus par la filiale étrangère d'une entreprise de services canadienne seront réputés être du revenu étranger accumulé, tiré de biens (ci-après « RÉATB ») et seront donc imposés de façon courante au Canada même si les services sont rendus à l'étranger. Certains exemples discuteront notamment des cas d'impartition de services par une entreprise canadienne qui sous-traite certains de ces travaux à des filiales situées dans des pays étrangers.

Le second volet de ce texte explorera la situation par laquelle, dans un contexte canado-américain, une société américaine qui décide de rendre des services au Canada sans avoir une installation fixe d'affaires dans ce pays pourrait être réputée avoir un établissement stable au Canada en vertu du

¹ Selon *The World Factbook* de la Central Intelligence Agency (CIA), le secteur des services représente 69,6 % du produit intérieur brut (PIB) canadien (estimé en 2008) et 76 % de sa force ouvrière (2006). Voir en ligne : <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ca.html>.

nouveau Protocole². Certains exemples discuteront notamment des cas d'impartition de services au Canada par une entreprise américaine.

1. SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE RENDANT DES SERVICES

1.1. RÈGLES RELATIVES AUX SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES AFFILIÉES

Avant de présenter les règles s'appliquant expressément aux entreprises de services exploitées par une société étrangère affiliée (ci-après « SÉA ») d'un contribuable canadien, il semble approprié de rappeler brièvement les principales règles canadiennes relatives aux SÉA. Le sommaire qui suit ne constitue pas une analyse détaillée des règles, mais plutôt un survol de leur application générale.

Les règles relatives aux SÉA se présentent sous deux volets, soit :

- l'inclusion courante dans le revenu d'un contribuable canadien du RÉATB de ses « sociétés étrangères affiliées contrôlées » (ci-après « SÉAC »);
- des comptes de surplus régissant l'imposition ou non des montants rapatriés au Canada en provenance des SÉA d'un contribuable canadien.

Un rappel des principales définitions pertinentes aux règles relatives aux SÉA précède le résumé de ces deux volets.

1.1.1. Définitions

Une SÉA d'un contribuable canadien est une société non résidente dans laquelle le contribuable a un pourcentage d'intérêt³ d'au moins 1 % et dans

² Voir CANADA, ministère des Finances, *Protocole modifiant la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, faite à Washington le 26 septembre 1980 et modifiée par les protocoles faits le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995, le 29 juillet 1997, signé à Chelsea, Québec, le 21 septembre 2007, incluant les notes diplomatiques (Annexes A et B de la convention)*. (ci-après « nouveau Protocole » ou « Protocole »).

³ Le « pourcentage d'intérêt » d'une personne dans une société est défini au paragraphe 95(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Il comprend essentiellement les pourcentages d'actions détenues directement et indirectement par cette personne dans la société.

laquelle le contribuable et les personnes qui lui sont liées ont un pourcentage d'intérêt d'au moins 10 %⁴.

Une SÉAC est une SÉA contrôlée par le contribuable, ou serait contrôlée par le contribuable si, en plus des actions qu'il détient, il était propriétaire des actions qui appartiennent à des personnes ayant un lien de dépendance avec lui, à un groupe d'au plus quatre autres personnes résidant au Canada ou à des personnes qui sont liées à ces personnes⁵.

Le RÉATB⁶ comprend principalement le revenu d'une SÉA pour l'année tiré de biens et d'entreprises autres que des entreprises exploitées activement, ainsi que la partie imposable des gains en capital réalisés par la SÉA (autres que lors de la disposition de biens exclus). Tel qu'il sera mentionné de façon plus détaillée ci-dessous, des services rendus par une SÉA à sa société mère canadienne peuvent parfois être réputés être du revenu d'une entreprise qui n'est pas exploitée activement, et donc du RÉATB.

Un « bien exclu » comprend un bien d'une SÉA utilisé ou détenu principalement en vue de tirer un revenu d'une entreprise exploitée activement, une action d'une SÉA dans la mesure où la totalité ou presque des biens de cette SÉA sont des biens exclus, ainsi qu'une dette d'une SÉA sur laquelle les intérêts seraient réputés du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement en vertu du sous-alinéa 95(2)a(ii) L.I.R.⁷

1.1.2. Inclusion courante du RÉATB

Le RÉATB d'une SÉAC d'un contribuable canadien doit être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année, peu importe que ce revenu ait été rapatrié au Canada ou non⁸.

Comme il a été indiqué précédemment, le RÉATB comprend les revenus de nature passive (tels les intérêts, redevances, loyers, dividendes, etc.) de la SÉA du contribuable. Plusieurs règles particulières réputent du

⁴ Par. 95(1) « société étrangère affiliée » L.I.R.

⁵ Par. 95(1) « société étrangère affiliée contrôlée » L.I.R.

⁶ La définition de RÉATB est incluse au paragraphe 95(1) L.I.R.

⁷ Par. 95(1) « bien exclu » L.I.R.

⁸ Par. 91(1) L.I.R.

revenu qui serait par ailleurs du revenu de bien-être du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. La principale de ces règles vise le revenu de bien d'une SÉA d'un contribuable tiré de montants payés (ou payables) par une autre SÉA du contribuable (dans laquelle le contribuable a une participation admissible⁹) dans la mesure où les montants se rapportent à des dépenses déductibles par le payeur dans le calcul de ses gains ou pertes provenant d'une entreprise exploitée activement¹⁰.

Un autre exemple de revenu de biens qui ne constituerait pas du RÉATB serait le revenu de placement provenant de placements temporaires de surplus d'encaisse d'une SÉA exploitant par ailleurs une entreprise active. Ce revenu, en principe, serait considéré comme accessoire à l'entreprise active et devrait ainsi être considéré comme du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement.

1.1.3. Compte de surplus

Le second volet des règles relatives aux SÉA prévoit le maintien de comptes de surplus pour chaque SÉA d'un contribuable canadien. Ces comptes de surplus déterminent le traitement fiscal des distributions faites par une SÉA à son ou ses actionnaires canadiens.

Les deux principaux comptes de surplus sont les suivants :

- Un compte de « surplus exonéré »¹¹ qui inclut entre autres le revenu d'une SÉA provenant d'une entreprise exploitée activement dans un pays désigné¹². Le revenu réputé par l'alinéa 95(2)a) L.I.R. être du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement est également inclus au compte de surplus exonéré de la SÉA. La partie non imposable des gains en capital réalisés par une SÉA est également incluse au surplus exonéré.

⁹ Le concept de « participation admissible » est défini à l'alinéa 95(2)m) L.I.R. Un contribuable est considéré comme ayant une participation admissible dans une SÉA s'il détient directement ou indirectement au moins 10 % des votes et 10 % de la juste valeur marchande de la SÉA.

¹⁰ Voir la division 95(2)a)(ii)(B) L.I.R.

¹¹ « Surplus exonéré » est défini au paragraphe 5907(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

¹² « Pays désigné » est défini au paragraphe 5907(11) R.I.R. comme étant un pays qui a conclu avec le Canada un accord ou une convention visant l'élimination de la double imposition, ou une entente d'échange de renseignements fiscaux en vigueur et applicable à l'année d'imposition visée.

Une distribution provenant du compte de surplus exonéré d'une SÉA en faveur de son actionnaire canadien sera reçue par l'actionnaire libre d'impôt canadien. En effet, une déduction égale au montant du dividende considéré comme étant prélevé sur le surplus exonéré est accordée au contribuable dans le calcul de son revenu imposable¹³.

- Un compte de « surplus imposable »¹⁴ qui inclut entre autres le RÉATB et le revenu provenant d'une entreprise exploitée activement dans un pays autre qu'un pays désigné d'une SÉA d'un contribuable canadien. Est également incluse au surplus imposable d'une SÉA la partie imposable des gains en capital réalisés par la SÉA.

Un dividende reçu par un contribuable canadien, considéré comme étant prélevé sur le surplus imposable d'une SÉA sera imposable au Canada. Des déductions pour l'impôt étranger applicable¹⁵ ainsi que pour la retenue à la source étrangère applicable¹⁶ sont disponibles pour le contribuable canadien afin d'éviter la double imposition au moment du rapatriement au Canada.

Lors du paiement d'un dividende par une SÉA, le dividende est considéré comme étant prélevé d'abord sur le surplus exonéré de la SÉA, puis sur son surplus imposable¹⁷. Dans la mesure où la SÉA n'a ni surplus exonéré ni surplus imposable, le dividende sera alors considéré comme étant prélevé du surplus antérieur à l'acquisition de la SÉA. Un dividende considéré comme étant prélevé du surplus antérieur à l'acquisition ne générera pas d'impôt lorsque rapatrié au Canada, mais aura pour effet de réduire le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions de la SÉA pour le contribuable canadien¹⁸. Dans la mesure où le PBR des actions de la SÉA

¹³ Al. 113(1)a) L.I.R. Voir également l'article 5901 R.I.R., qui prévoit que lors du paiement d'un dividende par une SÉA, le dividende est considéré comme étant prélevé d'abord sur le surplus exonéré de la SÉA, puis sur son surplus imposable.

¹⁴ « Surplus imposable » est défini au paragraphe 5907(1) R.I.R.

¹⁵ Al. 113(1)b) L.I.R.

¹⁶ Al. 113(1)c) L.I.R.

¹⁷ Art. 5901 R.I.R.

¹⁸ Voir l'alinéa 113(1)d) L.I.R. pour la déduction dans le calcul du revenu relatif à un dividende payé à même le surplus antérieur à l'acquisition, et l'alinéa 92(2)c) L.I.R. pour le rajustement correspondant au PBR des actions de la SÉA.

pour le contribuable canadien devient inférieur à zéro, le contribuable canadien réalise alors un gain en capital¹⁹.

1.2. RÉATB POUR SERVICES RENDUS POUR LE CANADA (S.-AL. 95(2)B)(I) L.I.R.)

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, le RÉATB représente généralement du revenu passif. Toutefois, le RÉATB inclut également le revenu provenant d'une entreprise qui n'est pas exploitée activement. Certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* réputé du revenu d'entreprise ne pas être actif. Entre autres, les revenus de services peuvent parfois être visés par cette règle dans certaines situations qui peuvent inclure, tel qu'il sera démontré dans certains exemples ci-dessous, l'impartition de services par une société canadienne à sa filiale étrangère.

Le sous-alinéa 95(2)b)(i) L.I.R. prévoit que la fourniture, par une SÉA, de services est réputée constituer une entreprise distincte, autre qu'une entreprise exploitée activement, que la société affiliée exploite et le revenu qui est tiré de cette entreprise, qui s'y rapporte ou qui y est accessoire est réputé être un revenu tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement (et donc du RÉATB) dans la mesure où le montant payé ou à payer en contrepartie de ces services ou de cet engagement est déductible dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise exploitée au Canada par le contribuable ou une personne liée au contribuable, ou le montant est déductible dans le calcul du RÉATB d'une SÉA du contribuable ou d'une personne liée au contribuable²⁰.

Tel qu'il sera discuté dans les exemples pratiques suivants, la portée du sous-alinéa 95(2)b)(i) L.I.R. peut être assez large²¹.

¹⁹ Par. 40(3) L.I.R.

²⁰ La portée de cette disposition a été élargie pour les années débutant après le 20 décembre 2002. Cependant, le langage du texte était différent pour les années débutant après le 20 décembre 2002, mais avant le 28 février 2004.

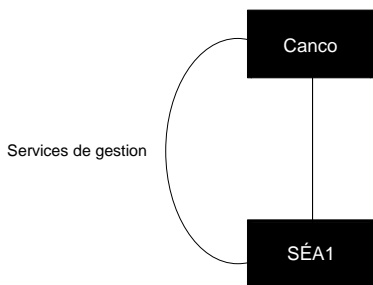
²¹ Pour plus de détails sur ces exemples, voir l'article suivant : Angelo NIKOLAKAKIS et Robert RAIZENNE, « Outsourcing, Off-Shoring and the Foreign Affiliate Rules », dans *2006 International Tax Seminar*, Montréal, Association fiscale internationale (section canadienne), 8 mai 2006.

Exemple 1

Le sous-alinéa 95(2)b(i) L.I.R. vise particulièrement le cas suivant (voir figure 1) : SÉA1, une SÉAC de Canco, exige des frais de gestion à sa société mère, Canco. En l'absence de l'alinéa 95(2)b) L.I.R., SÉA1 pourrait gagner du surplus exonéré qui ne serait pas imposé au Canada lorsque rapatrié par voie de dividende. Canco aurait alors trouvé une façon facile de réduire son fardeau fiscal au Canada.

Pour éviter ce résultat, le sous-alinéa 95(2)b(i) L.I.R. prévoit que la fourniture par SÉA1 de ces services sera réputée constituer une entreprise distincte, autre qu'une entreprise exploitée activement, que la société affiliée exploite, et le revenu qui est tiré de cette entreprise, qui s'y rapporte ou qui y est accessoire, sera réputé être un revenu tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement (et donc du RÉATB). Le sous-alinéa 95(2)b(i) L.I.R. s'applique parce que le montant payé ou à payer en contrepartie de ces frais de gestion est déductible dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise exploitée au Canada par Canco.

Figure 1 Services (par. 95(2) « érosion des revenus canadiens », s.-al. b)(i) L.I.R.)

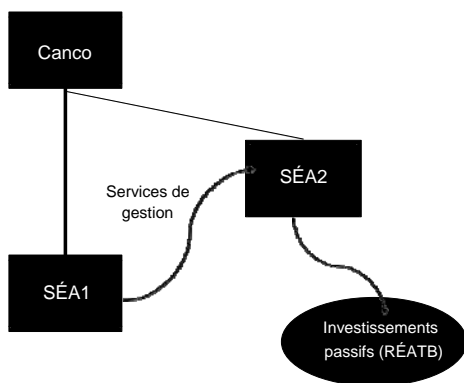


Exemple 2

Le sous-alinéa 95(2)b(i) L.I.R. vise également le cas suivant (voir figure 2) : SÉA1, une SÉAC de Canco, exige des frais de gestion à sa société sœur, SÉA2, une autre SÉAC de Canco, qui gagne du revenu de placement. En l'absence de l'alinéa 95(2)b) L.I.R., SÉA1 pourrait gagner du surplus exonéré qui ne serait pas imposé lorsque rapatrié par voie de dividende au Canada. Canco aurait alors trouvé une façon facile de réduire son RÉATB gagné par SÉA2.

Pour éviter ce résultat, le sous-alinéa 95(2)b(i) L.I.R. prévoit que la fourniture par SÉA1 de ces services sera réputée constituer une entreprise distincte, autre qu'une entreprise exploitée activement, que la société affiliée exploite, et le revenu qui est tiré de cette entreprise, qui s'y rapporte ou qui y est accessoire sera réputé être un revenu tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement (et donc du RÉATB). Le sous-alinéa 95(2)b(i) L.I.R. s'applique parce que le montant payé ou à payer en contrepartie de ces frais de gestion est déductible dans le RÉATB d'une SÉA de Canco.

Figure 2 Services (par. 95(2) « érosion du RÉATB », s.-al. b(i) L.I.R.)



1.3. RÉATB POUR SERVICES RENDUS PAR LE CANADA (S.-AL. 95(2)B)(II) L.I.R.)

Le sous alinéa 95(2)b(ii) L.I.R. prévoit aussi que la fourniture par une SÉA de services est réputée constituer une entreprise distincte, autre qu'une entreprise exploitée activement, que la société affiliée exploite, et le revenu qui est tiré de cette entreprise, qui s'y rapporte ou qui y est accessoire, est réputé être un revenu tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement (et donc du RÉATB) dans la mesure où les services sont exécutés par le contribuable canadien ou par un autre contribuable lié au contribuable canadien ou à la SÉA²².

²² *Supra*, note 20. Voir la définition de « contribuable » au paragraphe 248(1) L.I.R. et voir la décision *Oceanspan Carriers Ltd. c. MRN*, [1987] 1 C.T.C. 210 (C.A.F.). Cependant, voir la lettre de confort du ministère des Finances du 23 mars 2010, qui indique que la division 95(2)b(ii)(B) L.I.R. sera modifiée et que la notion de (à suivre...)

La portée du sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. peut être plus facilement expliquée à l'aide d'exemples pratiques²³.

Exemple 3

Le sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. vise le cas suivant (voir figure 3) : un artiste ou un athlète canadien fournit des services par l'intermédiaire d'une SÉAC (en l'occurrence, SÉAC1). En l'absence de l'alinéa 95(2)b) L.I.R., SÉAC1 pourrait gagner du revenu d'entreprise qui ne serait pas imposé au Canada. L'artiste ou l'athlète aurait alors trouvé une façon facile de réduire son revenu imposable canadien.

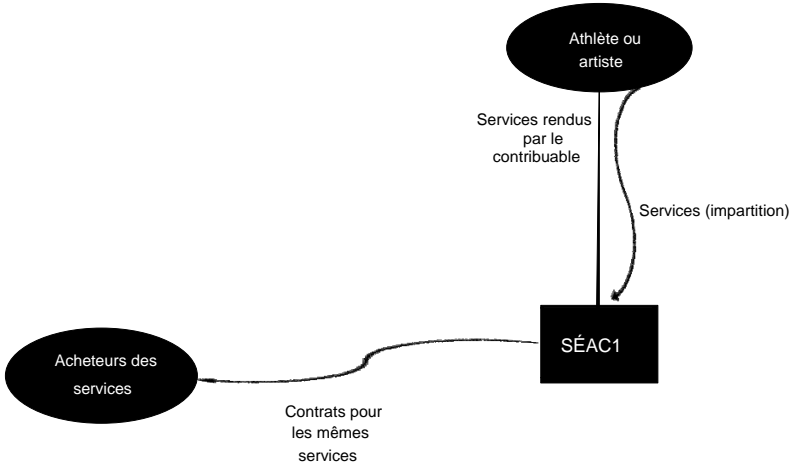
Pour éviter ce résultat, le sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. prévoit que la fourniture par SÉAC1 de ces services sera réputée constituer une entreprise distincte, autre qu'une entreprise exploitée activement, que la société affiliée exploite, et le revenu qui est tiré de cette entreprise, qui s'y rapporte ou qui y est accessoire, sera réputé être un revenu tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement (et donc du RÉATB). Le sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. s'applique parce que les services rendus par SÉAC1 sont exécutés par le contribuable canadien.

(...suite)

contribuable lié sera remplacée par les personnes suivantes ayant un lien de dépendance : un individu résident au Canada, une société résidente au Canada et un non-résident qui rend des services dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au Canada. Cette modification s'appliquera pour les années fiscales débutant après la date (éventuelle) de l'annonce de la législation proposée par le ministère des Finances. Par contre, si un choix est effectué par le contribuable, la modification s'appliquera alors rétroactivement pour les années débutant après le 27 février 2004. Cette modification fera en sorte que le sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer à l'exemple 6 ci-dessous.

²³ Pour plus de détails sur ces exemples, voir A. NIKOLAKAKIS et R. RAIZENNE, *loc. cit.*, note 21.

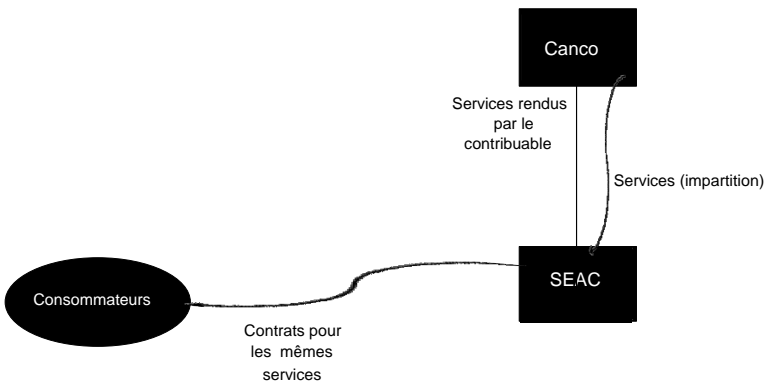
Figure 3 Services, application du sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. à des athlètes ou artistes



Exemple 4

Le sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. vise également le cas suivant (voir figure 4) : une société canadienne fournit des services à sa SEAC qui sont ensuite revendus par la SEAC à des consommateurs canadiens ou étrangers. Le sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. prévoit que la fourniture par SEAC de ces services sera réputée constituer une entreprise distincte, autre qu'une entreprise exploitée activement, que la société affiliée exploite, et le revenu qui est tiré de cette entreprise, qui s'y rapporte ou qui y est accessoire, sera réputé être un revenu tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement (et donc du RÉATB). Le sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. s'applique parce que les services vendus par SEAC sont « exécutés » par le contribuable canadien.

Figure 4 Services (s.-al. 95(2)b)(ii) L.I.R.)

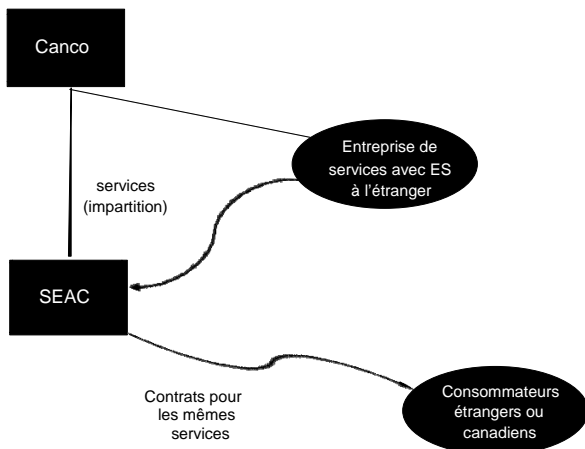


Exemple 5

Le sous-alinéa 95(2)b(ii) L.I.R. vise également le cas suivant (voir figure 5) : une société canadienne fournit, par l'intermédiaire d'un établissement stable situé à l'étranger, des services à sa SÉAC qui sont ensuite revendus par la SÉAC à des consommateurs canadiens ou étrangers. Le sous-alinéa 95(2)b(ii) L.I.R. prévoit que la fourniture par SÉAC de ces services sera réputée constituer une entreprise distincte, autre qu'une entreprise exploitée activement, que la société affiliée exploite et le revenu qui est tiré de cette entreprise, qui s'y rapporte ou qui y est accessoire sera réputé être un revenu tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement (et donc du RÉATB). Le sous-alinéa 95(2)b(ii) L.I.R. s'applique parce que les services vendus par SÉAC sont « exécutés » par le contribuable canadien.

Ce résultat semble un peu injuste puisqu'un contribuable qui utilise une filiale étrangère au lieu d'une succursale étrangère ne serait pas visé par l'alinéa 95(2)b L.I.R. (voir exemple 6).

Figure 5 Services (s.-al. 95(2)b(ii) L.I.R.) : F inance va -t-il modifier la loi dans cette situation?

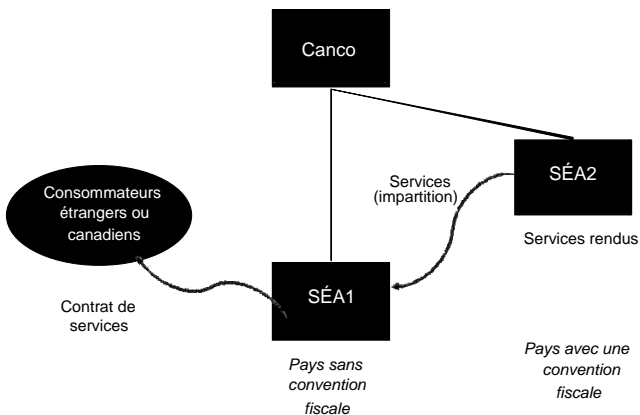


Exemple 6

L'alinéa 95(2)b) L.I.R. ne vise pas le cas suivant (voir figure 6) : une filiale étrangère, SÉA2, d'une société canadienne fournit des services à une autre filiale étrangère, SÉA1, qui sont ensuite revendus par la SÉA1 à des consommateurs canadiens ou étrangers. Le sous-alinéa 95(2)b)(i) L.I.R. ne s'applique pas parce que le montant payé ou à payer en contrepartie de ces services n'est pas déductible dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise exploitée au Canada par Canco ou par une partie liée à Canco. Le sous-alinéa 95(2)b)(ii) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer en vertu de la lettre de confort du 23 mars 2010 puisque SÉA2 n'exploite pas d'entreprise au Canada. Toutefois, en vertu de cette lettre de confort, un choix devra être effectué en temps opportun afin d'appliquer rétroactivement la modification proposée.

Par ailleurs, l'impartition des services dans cet exemple peut aussi être avantageuse du point de vue des surplus des filiales étrangères de Canco, puisqu'elle permet à SÉA2 de gagner davantage de surplus exonéré et de réduire le surplus imposable de SÉA1. Dans cet exemple, puisque SÉA2 réside dans un pays avec une convention fiscale, les revenus provenant des services pourront être considérés comme du surplus exonéré. Par ailleurs, SÉA1, qui ne réside pas dans un pays avec lequel le Canada a une convention fiscale dans cet exemple, réduira son surplus imposable en déduisant les paiements pour les services qui sont rendus par SÉA2.

Figure 6 Services l'alinéa 95(2)b) L.I.R. ne s'applique pas



1.4. EXCLUSION DE CERTAINS SERVICES AU PARAGRAPHE 95(3) L.I.R.

Le paragraphe 95(3) L.I.R. exclut certains types de services de la définition de services aux fins de l'application de l'alinéa 95(2)b) L.I.R., soit :

- services de transport de biens et de personnes (al. 95(3)a) L.I.R.);
- services à l'occasion de la vente ou l'achat de marchandises (al. 95(3)b) L.I.R.);
- services de télécommunications (c'est-à-dire de transmissions de signaux électroniques) et d'électricité si le système de transmission est situé à l'étranger (al. 95(3)c) L.I.R.)²⁴;
- services rendus dans le cadre de l'impartition de la production de biens corporels (*contract manufacturing*) (al. 95(3)d) L.I.R.).

L'exception pour l'impartition de la production de biens corporels (*contract manufacturing*) est limitée aux services rendus dans le cadre de l'impartition de biens corporels. Elle ne vise pas l'impartition de services²⁵.

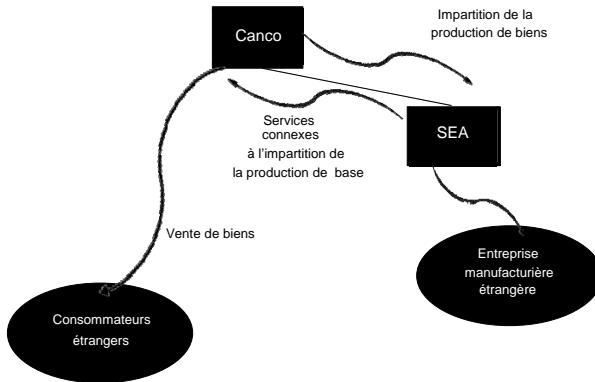
Exemple 7

Un exemple de l'application de l'exception de l'alinéa 95(3)d) L.I.R. est illustré à la figure 7. Canco sous-traite la production de ses biens à sa filiale dans un pays étranger. Dans le cadre de ce contrat, SÉA fournit des services à sa société mère, les services rendus dans le cadre de ce contrat seront réputés ne pas être des services aux fins de l'alinéa 95(2)b) L.I.R.

²⁴ Cette exception s'applique pour les années 2001 et suivantes à moins de faire un choix pour appliquer ces dispositions rétroactivement pour les années débutant après 1994.

²⁵ *Id.*

Figure 7 Services, application de l'alinéa 95(3)d) L.I.R.



1.4.1. Services rendus à l'occasion de l'achat ou de la vente de marchandises

Les « services rendus à l'occasion de l'achat ou de la vente de marchandises » sont exclus de la portée de l'alinéa 95(2)b) L.I.R. (dans la version anglaise de la loi, l'expression *services in connection with the purchase or sale of goods* est utilisée)²⁶. La portée de cette disposition n'est pas toujours facile à cerner lorsqu'appliquée à une situation concrète.

²⁶ Le paragraphe 95(3) L.I.R. se lit pour les années 2001 et suivantes de la façon suivante :

« (3) Définition de “services”

Pour l'application de l'alinéa (2)b), l'assurance de risques canadiens est comprise parmi les services mais le terme “services” ne vise pas :

- le transport de personnes ou de marchandises;
- les services rendus à l'occasion de l'achat ou de la vente de marchandises;
- la transmission de signaux électroniques ou d'électricité au moyen d'un système de transmission situé à l'étranger;
- la fabrication ou la transformation à l'étranger, selon les spécifications du contribuable et en vertu d'un contrat entre le contribuable et la société affiliée, d'un bien tangible ou, pour l'application du droit civil, d'un bien corporel appartenant au contribuable, à condition que le bien issu de la fabrication ou de la transformation soit utilisé ou détenu par le contribuable dans le cours normal des activités de son entreprise exploitée au Canada. »

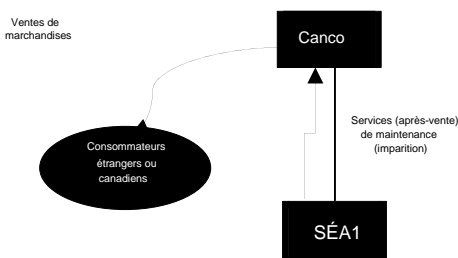
Exemple 8

Prenons l'exemple suivant : Canco vend des biens à des consommateurs étrangers ou canadiens. Le service après-vente d'entretien est effectué par la filiale étrangère de Canco, SÉA1.

Pour déterminer si l'exception de l'alinéa 95(3)b) L.I.R. est applicable dans ce cas, il faudra répondre aux questions suivantes :

- Les services rendus sont-ils à l'occasion de l'achat ou de la vente de marchandises?
- Le paiement en question est-il un paiement pour un service ou fait-il partie d'un groupe d'activités indivisibles liées à la vente d'un bien?

Figure 8 Cas où l'alinéa 95(2)b) L.I.R. peut s'appliquer selon l'ARC



L'ARC a émis plusieurs interprétations techniques²⁷ qui indiquent que les services après-vente, tels que des garanties, ne sont pas des services rendus à l'occasion de l'achat ou de la vente de marchandises. Par contre, tel qu'il sera discuté ci-dessous, il n'est pas clair que ces interprétations techniques sont conformes à la jurisprudence en la matière.

La jurisprudence sur l'alinéa 95(3)b) L.I.R. n'est pas abondante. Par contre, une disposition semblable à l'alinéa 212(1)d) L.I.R. (concernant les retenues à la source sur des redevances) a fait l'objet de certaines causes de jurisprudence.

²⁷ Voir *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétations techniques 9501595, 31 mai 1995 et 8M17870, 1^{er} décembre 1997.

L'alinéa 212(1)d) L.I.R. *in fine* prévoit en effet, dans sa version anglaise, que la retenue sur des redevances n'inclut pas *a payment made for services in connection with the sale of property or the negotiation of a contract*. Cette expression est semblable à celle utilisée à l'alinéa 95(3)b) L.I.R., à savoir que les *services in connection with the purchase or sale of goods* ne seront pas considérés comme des services aux fins de l'alinéa 95(2)b) L.I.R. Bien que le mot *property* soit plus large que le mot *good*, l'expression *in connection with* est utilisée dans ces deux dispositions et devrait vraisemblablement recevoir une interprétation semblable.

La cause *Hasbro Canada Inc. c. La Reine*²⁸ analyse l'alinéa 212(1)d) L.I.R. *in fine*, qui utilise une expression semblable à celle en vertu de l'alinéa 95(3)b) L.I.R. Les paragraphes 44 à 48 de cette décision semblent pertinents afin d'interpréter l'alinéa 95(3)b) L.I.R. :

« 44 Counsel for the appellant submitted that the phrase “in connection with” as found in the postamble of subparagraph 212(1)(d)(iii) should be interpreted broadly and similar in scope to a phrase like “having to do with”. According to a decision of the British Columbia Supreme Court referred to by the appellant, *Nanaimo Community Hotel Ltd. v. British Columbia (Board of Referees appointed under Excess Profits Tax Act, 1940)*, [1944] 4 D.L.R. 638 (B.C. S.C.) at page 639, “the words would include matters occurring prior to as well as subsequent to or consequent upon, so long as they are related to the principal thing”. To the same effect one can also refer to *Hutchinson v. Berridge* (1922), 18 Alta. L.R. 121, 66 D.L.R. 753 (Alta. C.A.); *I.G.T.C. Ltd. v. Minister of National Revenue* (1982), 82 D.T.C. 1581, [1982] C.T.C. 2570 (T.R.B.).

45 Given the breadth of the phrase “in connection with”, it seems clear to me that the whole of the payments from Hasbro to its purchasing agents can be said to have been made “in connection with the sale of property...”. The locating of manufacturers, the negotiating of purchase orders and the supervising of production and delivery were all undertaken in connection with the sale of toys and games from the Far East manufacturers to Hasbro. As remarked by counsel for the appellant, it is also worthy to note in this regard that Revenue Canada in its Customs Valuation Review had described the payments from Hasbro to its purchasing agents as services “in respect of sales”.

46 [...] It is worth noting that the phrase “in connection with” is clearly broader in its scope than the phrase “dependent on”. Likewise, the phrase “sale of property”, given the broad definition of the term “property” in subsection

²⁸ 98 D.T.C. 2129 (C.F.) (ci-après « *Hasbro* »). Par ailleurs, voir les paragraphes 40 et 41 de la décision *Barrie Public Utilities c. Association canadienne de télévision par câble*, 2001 CAF 236. Selon cette cause, il existe un principe d'interprétation, la présomption de cohérence, selon laquelle un mot ou une expression dans une même loi doit généralement être interprété comme ayant un seul sens clair.

248(1) of the Act, is broader than the phrase “sale of goods”. These observations add further support to the conclusion that, if I accept that the payments were “dependent ... on ... sales of goods”, then I must accept that they were also made “in connection with the sale of property” and allow the appeals to succeed.

47 I must admit that it is puzzling that the inclusion of the phrase “in connection with the sale of property” in the postamble of subparagraph 212(1)(d)(iii) appears to nullify the effect of the phrase “sale of goods” in clause 212(1)(d)(iii)(B) insofar as any payment which is “dependent ... on ... sales of goods” would necessarily also be made “in connection with the sale of property”. However, such an effect is less absurd and unreasonable than reading one of those phrases but not the other to apply to sales by third parties without some indication that this is what Parliament intended. One must also realize that in a situation where payments for services to a non-resident person would be dependent on sales by the payer, the same result would also occur. Such a situation has certainly been contemplated by Parliament.

48 [...] The Minister has not in this case specified which portion of the payments from Hasbro to its purchasing agents he believes is subject to taxation and which portion would have been non-taxable as related to services performed in connection with the negotiation of a contract. In *R. v. Farmparts Distributing Ltd.* (1980), 80 D.T.C. 6157 (Fed. C.A.), *Quality Chekd Dairy Products Assn. (Co-operative) v. Minister of National Revenue* (1967), 67 D.T.C. 5303 (Can. Ex. Ct.) and *Brad-Lea Meadows Ltd. v. Minister of National Revenue* (1990), 90 D.T.C. 1269 (T.C.C.), it has been decided that, where a payment can reasonably be considered to be in part for something taxable and in part for something non-taxable, there is an onus on the Minister to specify which portion of the payment is subject to the taxing provision relied upon. If the Minister fails to make this allocation, the taxpayer will not be subject to tax under that particular provision²⁹. » (Notre soulagement)

Étant donné l'interprétation très large dans l'affaire *Hasbro* de l'expression *in connection with*, on peut penser que les interprétations techniques de l'ARC refusant d'appliquer l'exception de l'alinéa 95(3)b) L.I.R. aux services après-vente tel que des garanties sur des marchandises semblent un peu strictes et peut-être non fondées si l'on se fie au langage utilisé dans cette disposition.

De plus, la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la cause *Nanaimo Community Hotel Ltd. c. British Columbia* (qui est citée dans la cause *Hasbro*) avait indiqué qu'*in connection with* devait s'interpréter de façon large :

²⁹ *Id.*, par. 44 à 48.

« 5 Mr. Cunliffe argues that that section presupposes that an assessment has been made, and that as I understand him, the words “in connection with” mean “Consequent upon”. I do not think that is the correct construction to be put upon these words. One of the very generally accepted meanings of “connection” is “relation between things one of which is bound up with or involved in another”; or again “having to do with”. The words include matters occurring prior to as well as subsequent to or consequent upon so long as they are related to the principal thing. The phrase “having to do with” perhaps gives as good a suggestion of the meaning as could be had³⁰. » (Notre soulignement)

Les causes *Hasbro* et *Nanaimo* laissent penser que les services après-vente (mais qui sont tout de même liés à la vente) pourraient donc être visés par l'exception de l'alinéa 95(3)b) L.I.R. malgré les interprétations techniques restrictives de l'ARC à ce sujet.

1.5. DÉGROUPEMENT D'OPÉRATIONS QUI CONTIENNENT DES SERVICES ET DES BIENS

Lorsque des opérations sont groupées, il faut parfois les dégroupier et parfois les laisser comme un tout. L'ARC a résumé sa position à l'égard du groupement d'opérations dans sa note de service PTM 06. Dans cette note, l'ARC a indiqué qu'un dégroupement est parfois nécessaire dans le cas où l'impôt ne s'applique qu'à un élément de l'opération et que l'ARC doit déterminer la valeur de cet élément.

La note PTM 06 fait également référence aux commentaires suivants de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») :

« Dans l'hypothèse d'un contrat mixte, il convient en principe de décomposer, à l'aide des indications contenues dans le contrat ou par une ventilation raisonnable, le montant total de la rémunération stipulée en fonction des diverses prestations auxquelles elle s'applique, et de soumettre chacune des parties de la rémunération ainsi déterminée au régime fiscal qui lui est propre.

Lorsque, toutefois, l'une des prestations convenues constitue de loin l'objet principal du contrat et que les autres prestations y prévues n'ont qu'un caractère accessoire et plutôt négligeable, le traitement applicable à la prestation

³⁰ [1944] 4 D.L.R. 638, 639 (C.S. C.-B.) (*Board of Referees appointed under Excess Profits Tax Act, 1940*) (ci-après « *Nanaimo* »).

principale devrait en général s'appliquer au montant total de la rémunération³¹. »

Cette idée de dégroupement possède un fondement jurisprudentiel. Dans la cause *Warsh c. MRN*³², la Commission d'appel de l'impôt a refusé de dégroupier des services qui étaient offerts avec d'autres droits offerts par le contribuable. Le juge s'était exprimé de la façon suivante en refusant de dégroupier certaines activités :

« I am strongly inclined to think that the rights obtained from Sophisticates and the services, as they are termed, are really indivisible. It seems to me that whatever information and data the appellant got from Sophisticates was really part and parcel of the right to use Sophisticates' styles and patterns. I have difficulty in understanding why the right to use certain dress designs should be treated as severable from information and advice of a kind pertinent thereto. It appears to me that one is complementary to the other³³. »

Dans l'exemple 8 ci-dessus, il est possible qu'un tel exercice soit nécessaire dans la mesure où la filiale fournit des services de façon accessoire à la vente de biens à Canco ou à des clients tiers. Dans la mesure où certaines filiales vendent effectivement principalement des biens à Canco ou à des tiers et que le service de garantie n'est qu'accessoire à la vente du bien, il pourrait être prétendu selon les faits que les services ne sont que des opérations accessoires à la vente des biens. Si tel était le cas, un dégroupement ne serait peut-être pas nécessaire et le tout pourrait être considéré comme une seule opération.

Il appartiendrait alors à l'ARC de démontrer qu'un dégroupement pour des activités qui incluent des ventes de biens et certains services soit nécessaire. L'ARC admet d'ailleurs ceci dans sa note de service :

« Lors de la détermination du montant assujéti à la retenue d'impôt, "lorsqu'on peut raisonnablement prétendre qu'un paiement a été fait en partie pour quelque chose qui est imposable et en partie pour quelque chose qui n'est pas

³¹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, 2000 (ci-après « Modèle de convention »), par. 11.6 de l'article 12 (sur les redevances).

³² [1962] CarswellNat 113.

³³ *Id.*, par. 5.

imposable”, il existe au Canada un précédent jurisprudentiel fiscal selon lequel il incombe à l’ARC de démontrer la nature et le montant de l’attribution³⁴. »

Tel qu’il a été mentionné ci-dessus, pour chaque situation donnée visant des services, il faudra donc déterminer si le paiement est un paiement pour un service ou s’il fait partie d’une seule opération de vente de biens ou de services qui ne peut être dégroupée. Si les transactions ne forment pas un tout, il serait alors peut-être nécessaire de dégroupier les paiements pour des biens (de ceux qui sont pour des services), puisque les paiements pour les biens ne seraient pas assujettis à l’alinéa 95(2)b) L.I.R.³⁵

2. ENTREPRISE DE SERVICES AMÉRICAINNE EXPLOITANT UNE ENTREPRISE AU CANADA

Cette seconde partie du texte discutera des enjeux fiscaux liés à l’exploitation d’une entreprise de services au Canada par une société étrangère en insistant particulièrement sur les sociétés américaines étant donné le changement des règles fiscales pour ces sociétés à la suite de l’entrée en vigueur du nouveau Protocole.

Tel qu’il a été mentionné ci-dessus, une société américaine qui décide de rendre des services au Canada sans avoir une installation fixe d’affaires pourrait être réputée avoir un établissement stable au Canada en vertu du nouveau Protocole³⁶. Certains exemples dans cette seconde partie du texte discuteront des règles du nouveau Protocole et des cas d’impartition de services au Canada par une entreprise américaine. Toutefois, avant de présenter les nouvelles règles du Protocole, il semble approprié de rappeler les principales règles fiscales canadiennes qui déterminent si une société

³⁴ Cette position de l’ARC se fonde sur certaines causes de jurisprudence, notamment les causes suivantes : *Hasbro*, précité, note 28; *La Reine c. Farmparts Distributing Ltd.*, 80 D.T.C. 6157 (C.A.F.); *Quality Chekd Dairy Products Association (Co-operative) c. MNR*, 67 D.T.C. 5303 (C. de l’É.) et *Brad-Lea Meadows Ltd. c. MRN*, 90 D.T.C. 1269 (C.C.I.).

³⁵ Par ailleurs, la vente de biens peut être considérée comme du RÉATB en vertu de l’alinéa 95(2)a.1) L.I.R. De plus, l’alinéa 95(2)a.1) L.I.R. peut parfois s’appliquer à des services puisqu’il peut inclure, lorsque certaines conditions sont réunies, le revenu pour l’année tiré de la prestation de services à titre de mandataire dans le cadre de l’achat ou la vente de biens. Pour plus de détails sur l’alinéa 95(2)a.1) L.I.R., voir l’article de Marc DESROSIERS, « Faire affaire à l’étranger – Liste de contrôle et pièges à éviter », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 10:1-46.

³⁶ Précité, note 2.

américaine (qui rend des services ou qui exploite un autre type d'entreprise) a suffisamment d'activités au Canada pour être imposable dans notre pays.

2.1. EXPLOITER UNE ENTREPRISE AU CANADA

Une société étrangère (qui rend des services ou qui exploite un autre type d'entreprise) est imposée au Canada généralement uniquement sur les revenus qui sont liés à l'entreprise qu'elle exploite au Canada³⁷. Par contre, si la société étrangère est située dans un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale, elle sera alors généralement imposée sur les bénéfices imputables à son établissement stable canadien.

Les critères pour déterminer si une entreprise de services exploite une entreprise au Canada sont les mêmes qui s'appliquent à d'autres types d'entreprises. Selon le *Bulletin d'interprétation IT-270R3*³⁸, afin de déterminer l'endroit où une entreprise donnée est exploitée (c'est-à-dire l'endroit où est située la source du revenu tiré d'une entreprise), il faut prendre en considération tous les facteurs pertinents, mais en règle générale c'est l'endroit où se déroulent essentiellement les activités.

Selon l'ARC, pour les genres particuliers d'entreprises qui suivent, il faut tenir compte, entre autres, des facteurs suivants afin de déterminer où l'entreprise est exploitée :

- la mise en valeur et la vente de biens immeubles – l'endroit où les biens sont situés;
- le commerce de marchandises – l'endroit où les ventes sont habituellement conclues, mais d'autres facteurs, tels que l'endroit où les stocks sont entreposés, l'endroit où s'effectue le paiement ou l'endroit de la fabrication peuvent entrer en ligne de compte dans certaines situations particulières;
- le commerce de biens incorporels (par exemple, des actions et des obligations) – l'endroit où se prennent habituellement les décisions d'achat ou de vente;

³⁷ Voir les paragraphes 2(3) et 115(1) L.I.R. au fédéral. Au Québec, voir *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci après « L.I. »), art. 22 et 27 et par. 771 2).

³⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-270R3*, « Crédit pour impôt étranger », 25 novembre 2004.

- le prêt d'argent – l'endroit où le montage financier est essentiellement réalisé;
- la location de biens meubles – l'endroit où le bien à louer est normalement situé;
- la location de biens immeubles – l'endroit où le bien est situé;
- les services – l'endroit où les services sont exécutés.

Selon un document administratif de l'ARC (qui concerne l'exploitation d'une entreprise aux fins de la taxe sur les produits et services (TPS))³⁹, afin de déterminer si une personne non résidente exploite une entreprise au Canada, il faut tenir compte des critères suivants :

- l'endroit où a été conclu le marché;
- l'endroit où sont exercées les activités lucratives;
- l'endroit où sont livrés les produits;
- l'endroit où est effectué le paiement;
- l'endroit où sont fabriqués les produits en question;
- l'endroit d'où sont sollicitées les commandes;
- l'endroit où sont conservés les stocks;
- l'endroit où sont situés une succursale ou un bureau de la société;
- l'endroit où se trouvent les mandataires ou les salariés autorisés à effectuer des activités commerciales au nom de la personne non résidente;
- l'endroit où sont gardés les comptes bancaires;
- l'endroit où sont dispensés des services de réserve en vertu du marché;

³⁹ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Mémoire sur la TPS/TVH, section 2.5*, « Inscription des non-résidents », mai 1999.

- l'endroit où le nom de la personne non résidente est inscrit dans un annuaire téléphonique.

Par ailleurs, l'ARC ajoute que les opérations effectuées au Canada dans le cadre d'une entreprise exploitée à l'extérieur du Canada par une personne non résidente ne sont pas considérées comme l'exploitation d'une entreprise au Canada dans la mesure où ces opérations sont isolées et pourvu que les critères susmentionnés ne soient habituellement pas remplis dans une mesure suffisante. Par exemple, même si un marché peut être conclu au Canada, d'autres facteurs importants, comme l'endroit où sont exercées les activités lucratives, peuvent indiquer que la personne non résidente n'exploite pas véritablement une entreprise au Canada.

Les critères suivants ont été énoncés dans une interprétation technique⁴⁰ (concernant « l'exploitation d'une entreprise » au Canada aux fins de l'impôt sur le revenu) de l'ARC :

- 1) l'endroit où le contrat est conclu⁴¹;
- 2) l'endroit où la marchandise est livrée ou l'endroit où les paiements sont effectués;
- 3) l'endroit où sont situés les actifs de l'entreprise;
- 4) un agent ou un entrepreneur indépendant a-t-il été utilisé;
- 5) l'endroit où l'activité a lieu en substance (et non l'endroit où les profits sont réalisés);
- 6) la nature des activités ou transactions;
- 7) le fait d'avoir un compte bancaire, une adresse ou un numéro de téléphone répertorié à cet endroit;
- 8) la raison de se conformer avec les règles du pays est-elle liée à des raisons d'affaires ou à des raisons juridiques;

⁴⁰ Voir *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 27, interprétation technique 9312986, 31 mai 1993.

⁴¹ *Grainger & Son v. Gough*, (1896), 3 T.C. 462 (U.K. H.L.).

- 9) le contribuable a-t-il l'intention de faire affaire au Canada;
- 10) l'endroit où les actifs de l'entreprise ont été achetés;
- 11) le degré de supervision ou d'autres activités exercées au Canada;
- 12) la substance ou l'objet de la transaction;
- 13) la présence d'un représentant ou d'experts locaux;
- les activités au Canada sont-elles accessoires à l'entreprise principale (celle d'acheter, d'entreposer, de vendre, ou de transformer ou fabriquer le produit);
- des individus au Canada aident-ils (ou sont-ils disponibles pour aider) le contribuable dans ses activités;
- 14) la raison de l'existence du contribuable;
- 15) comment un homme raisonnable répondrait-il à cette question?

Selon l'ARC, la jurisprudence canadienne et celle du Royaume-Uni indiquent que chaque décision est une question de fait et qu'un test définitif ne peut donc être établi. De plus, une revue de la jurisprudence démontre que les tribunaux canadiens ont interprété de façon assez large l'expression « exploiter une entreprise au Canada ». Les tribunaux canadiens déterminent généralement, d'abord, si l'article 253 L.I.R. s'applique et sinon, ils regardent, ensuite, les principes de la common law. L'ARC ajoute que bien qu'en l'absence d'autre preuve, le critère du lieu de conclusion du contrat peut sembler déterminant, le critère de l'homme raisonnable est celui qui importe le plus. En somme, les tribunaux n'interprètent pas l'expression « exploiter une entreprise » d'une façon stricte et purement technique mais plutôt d'une façon logique, en tenant compte de la réalité commerciale de l'entreprise⁴².

Par ailleurs, l'article 253 L.I.R. étend la définition d'exploiter une entreprise au Canada et répute qu'un non-résident exploite une entreprise au Canada si la personne, entre autres⁴³, « sollicite des commandes ou offre en

⁴² Voir *supra*, note 40.

⁴³ Un non-résident est également réputé exploiter une entreprise au Canada lorsqu'il dispose : soit d'un avoir minier canadien (sauf dans le cas où un montant relatif à la (à suivre...))

vente quoi que ce soit au Canada par l'entremise d'un mandataire ou préposé, que le contrat ou l'opération ait dû être parachevé au Canada ou à l'étranger ou en partie au Canada et en partie à l'étranger »⁴⁴. Une personne est également réputée exploiter une entreprise si « elle produit, cultive, extrait, crée, manufacture, fabrique, améliore, empaquette, conserve ou construit, en totalité ou en partie, quoi que ce soit au Canada, qu'elle l'ait ou non exporté sans le vendre avant l'exportation »⁴⁵.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que l'expression « exploiter une entreprise » dans un pays est également utilisée dans le cadre de l'article 7 du Modèle de convention. L'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 3 du Modèle de convention précise que le terme « entreprise » s'applique à l'exercice de toute activité ou affaire⁴⁶. Les commentaires de l'OCDE indiquent, toutefois, que la définition du terme « entreprise » doit s'interpréter en vertu du droit national de l'État contractant⁴⁷.

En vertu des critères mentionnés ci-dessus, une entreprise qui rend des services au Canada sera généralement considérée comme exploitant une entreprise dans ce pays. Par ailleurs, un paiement par une personne à une telle entreprise étrangère pourrait être assujéti à une retenue à la source de 15 % au fédéral (et de 9 % au Québec) si l'entreprise étrangère rend des services au Canada (et au Québec), qu'elle ait ou non un établissement stable au Canada.

(...suite)

disposition est inclus en vertu des alinéas 66.2(1)a) ou 66.4(1)a) L.I.R.); soit d'un bien (sauf un bien amortissable) qui est un avoir forestier, ou un droit ou une option y afférent; soit d'un bien (sauf une immobilisation) qui est un bien immeuble situé au Canada, y compris un droit ou une option relatif à un tel bien, que celui-ci existe ou non.

⁴⁴ Voir le paragraphe 253(b) L.I.R.

⁴⁵ Voir le paragraphe 253(a) L.I.R. Pour plus de détails sur la notion d'exploiter une entreprise au Canada, voir l'article suivant : Constantine A. KYRES, « Exploiter une entreprise au Canada », (1995), vol. 43, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1672-1718.

⁴⁶ L'alinéa h du paragraphe 1 de l'article 3 du Modèle de convention indique que les expressions « activité » et « affaires » comprennent l'exercice de professions libérales ou d'autres activités de caractère indépendant quelque soit la définition donnée au terme « entreprise » d'un État contractant. Cette précision est due aux faits que l'ancien article 14 a été supprimé étant donné que l'OCDE considérait qu'un entrepreneur indépendant était déjà visé par l'article 5 du Modèle de convention. Voir les commentaires 4 et 10.2 du paragraphe 1 de l'article 3 du Modèle de convention.

⁴⁷ Voir le paragraphe 4 des commentaires au paragraphe 1 de l'article 3 du Modèle de convention.

2.2. RETENUES À LA SOURCE SUR DES SERVICES RENDUS AU CANADA ET AU QUÉBEC

2.2.1. Général

En vertu de l'alinéa 153(1)g L.I.R. et de l'article 105 R.I.R., une retenue de 15 % doit être effectuée sur les honoraires, les commissions et les autres montants versés ou attribués à une personne non résidente à l'égard de services rendus au Canada même si elle n'a pas d'installation fixe d'affaires au Canada⁴⁸.

Au Québec, la retenue est de 9 % en vertu de l'article 1015 L.I. et de l'article 1015R8 du règlement afférent⁴⁹.

La retenue de 15 % prévue par l'article 105 R.I.R. au niveau fédéral ne représente pas un impôt définitif. Elle est plutôt considérée comme un acompte sur l'ensemble de l'impôt que le non-résident doit au Canada. Lorsque le non-résident peut démontrer de façon satisfaisante que, en vertu de la protection accordée par une convention ou d'une estimation des revenus et des dépenses, la retenue normalement exigée excède son impôt canadien total, l'ARC peut réduire la retenue en conséquence⁵⁰.

2.2.2. Dérogations fondées sur une convention fiscale

Bien que les conventions fiscales conclues entre le Canada et d'autres pays prévoient des allègements et souvent une exonération de l'impôt sur le revenu pour un non-résident exploitant une entreprise au Canada sans y avoir

⁴⁸ Cependant, cette obligation de faire une retenue de 15 % ne s'applique pas à la rémunération au titre d'une charge ou d'un emploi, puisque ce type de rémunération est visé par des dispositions autres que l'article 105 R.I.R. Voir, entre autres, l'article 102 R.I.R. Voir aussi : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 75-6R2*, « Retenue d'impôt obligatoire sur les montants versés à des non-résidents pour des services rendus au Canada », 23 février 2005; dans la partie II, on y traite, d'ailleurs, de l'application de l'article 102 R.I.R. à un employé non résident qui rend des services au Canada.

⁴⁹ *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

⁵⁰ Au fédéral, voir le paragraphe 153(1.1) L.I.R. et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 48. Les mêmes dérogations peuvent être obtenues au Québec, voir l'article 1016 L.I. et REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation ADM. 7-1*, « Réduction de la retenue d'impôt à l'égard d'un paiement pour services rendus au Québec par une personne qui ne réside pas au Canada », 30 novembre 2004.

un établissement stable, l'ARC ne renonce pas nécessairement à son droit aux retenues prévues à l'article 105 R.I.R.⁵¹

Selon les lignes directrices, les demandes de dérogation fondées sur des conventions fiscales seront accordées si le demandeur remplit l'un des critères suivants :

- A) un particulier non résident qui gagne moins de 5 000 \$ CAN pour l'année civile courante (y compris les dépenses remboursées ou payées au nom du demandeur de la dérogation); ou
- B) un non-résident dont la présence au Canada n'est pas « récurrente » et qui rend des services au Canada pendant moins de 180 jours dans le contrat ou la prestation de services courants; ou
- C) un non-résident dont la présence au Canada est « récurrente », mais dont la durée totale de la présence est moins de 240 jours pendant « la période », et moins de 180 jours dans le contrat ou la prestation de services courants.

Selon, les lignes directrices, la « période » signifie l'année courante, les trois années civiles précédentes et les trois années civiles suivantes. Par ailleurs, l'année courante est l'année du début des services.

Les lignes directrices indiquent dans quelles circonstances il sera possible d'obtenir une exemption de retenir de la part de l'ARC sur la base d'une convention fiscale seulement. Les lignes directrices ne doivent cependant pas servir à déterminer si le non-résident a ou non un établissement stable au Canada. Par exemple, dans la cause *Dudney c. La Reine*⁵², le contribuable ne se serait pas qualifié pour une exemption en vertu des lignes directrices de l'article 105 R.I.R. (puisqu'il sa présence au

⁵¹ Cependant, le paragraphe 1 de l'article XVII de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997 (ci-après « Convention Canada-États-Unis ») limite à 10 % le taux de retenue sur la première tranche de 5 000 \$ CAN de rémunération versée à un particulier (cette mesure ne s'applique pas à une société) par chaque payeur durant l'année civile, pour l'exercice de professions indépendantes.

⁵² 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.) (ci-après « *Dudney* »), voir plus loin, la section spécifique sur la cause *Dudney*. La Cour suprême a rejeté la demande d'autorisation d'appel de la décision.

Canada était d'environ une année) malgré le fait qu'il n'avait pas d'établissement stable au Canada.

2.2.3. Dérogation fondée sur les revenus et dépenses

Un non-résident qui n'a pas droit à une dérogation fondée sur une convention fiscale peut demander une réduction du montant de la retenue prévue à l'article 105 R.I.R. en fonction d'une estimation de ses revenus et dépenses se rapportant aux services devant être rendus au Canada.

Avec le processus de dérogation fondée sur les revenus et dépenses, un non-résident peut déduire des dépenses de son revenu gagné au Canada, et son revenu net est alors assujéti à l'impôt en vertu de la Partie I L.I.R. plutôt qu'à la retenue prévue à l'article 105 R.I.R. Si l'impôt à payer estimatif, après application de l'impôt de la Partie I L.I.R., est inférieur à la retenue à effectuer normalement selon l'article 105 R.I.R., le non-résident peut bénéficier du taux le moins élevé.

Dans les cas où une demande de dérogation fondée sur les revenus et dépenses est acceptée, il peut arriver qu'une garantie (comme une garantie bancaire) égale au montant de la retenue à la source qui n'a pas été prélevée en vertu de la dérogation soit exigée. Les non-résidents ayant rendu des services au Canada sont tenus de produire une déclaration de revenus du Canada, peu importe le résultat de la demande de dérogation fondée sur les revenus et dépenses.

2.2.4. Procédures administratives

Selon la *Circulaire d'information 75-6R2*⁵³, pour présenter une demande de dérogation fondée sur les revenus et dépenses ou sur une convention fiscale, le non-résident peut remplir le Formulaire R105⁵⁴ et l'envoyer à l'ARC. Une demande de dérogation doit être présentée au plus tard des dates suivantes : 30 jours avant le début des services devant être rendus au Canada ou 30 jours avant le paiement initial pour ces services. Une demande de dérogation peut être présentée après le début du versement des paiements, mais elle s'appliquera uniquement aux paiements effectués après l'octroi de la dérogation.

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 48; au Québec, voir REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 50.

⁵⁴ Au Québec, il s'agit du Formulaire TP-1016.

S'il est impossible d'obtenir une exemption, les montants retenus sur les paiements faits par le payeur envers un non-résident doivent être versés à l'ARC, au plus tard, le 15^e jour du mois suivant le mois où le paiement est effectué. Un payeur qui omet de retenir et de verser un montant prévu à l'article 105 R.I.R. est tenu de payer ce montant ainsi que les intérêts et pénalités applicables⁵⁵.

Peu importe si une dérogation ou une réduction des retenues est accordée au non-résident, une déclaration de renseignements T4A-NR faisant état de tous les montants versés à des non-résidents pour des services rendus au Canada doit parvenir à l'ARC au plus tard le dernier jour de février de l'année suivant la fin de l'année civile où les montants ont été versés. Par ailleurs, chaque non-résident doit également recevoir une copie du Feuillet de renseignements T4A-NR avant cette date.

Sur le plan administratif, l'ARC accepte que les montants retenus à la source, en vertu de l'article 105 R.I.R., soient déduits des acomptes provisionnels que le non-résident doit effectuer, le cas échéant.

2.3. CONCEPT D'ÉTABLISSEMENT STABLE

Tel qu'il a été mentionné précédemment, une société étrangère qui réside dans un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale et qui exploite une entreprise au Canada peut ne pas être imposable au Canada si elle n'a pas d'établissement stable dans ce pays. Avant de présenter les nouvelles règles du Protocole, il semble approprié de rappeler les principales règles fiscales en vertu d'une convention fiscale qui déterminent si une société étrangère (qui rend des services ou qui exploite un autre type d'entreprise) a suffisamment d'activités au Canada pour y avoir un établissement stable.

⁵⁵ Voir l'alinéa 153(1)g) et les paragraphes 227(8) et 227(8.3) L.I.R. Tel qu'il a été mentionné précédemment, cette retenue à la source de 15 % doit être prélevée même si le non-résident n'a pas d'établissement stable au Canada en vertu d'une convention fiscale. Ce non-résident pourra ensuite produire une déclaration d'impôt et réclamer un remboursement de la retenue à la source de 15 % à la condition d'être dans les délais pour le faire. Les défauts de retenir et de demander un remboursement à temps dans une telle situation peuvent être très coûteux tel qu'il a été démontré récemment dans la cause *FMC Technologies Co. c. MRN*, [2008] 5 C.T.C. 213 (C.F.). Cette décision a été ensuite confirmée par la Cour d'appel fédérale, [2009] C.T.C. 197 (C.A.F.), et la Cour suprême a ensuite rejeté la demande d'autorisation d'appel de la décision. Par ailleurs, les faits dans cette cause démontrent aussi la complexité de l'application de l'article 105 R.I.R. dans des situations d'impartition de services.

2.3.1. Général

Dans l'affaire *La Reine c. Crown Forest Industries*⁵⁶, la Cour suprême du Canada a déclaré que le Modèle de convention a une valeur hautement persuasive dans l'interprétation des conventions fiscales et que, par conséquent, elle pouvait se fier aux commentaires du Modèle de convention pour rendre sa décision. Dans cette mesure, il convient donc d'examiner les commentaires de l'OCDE sur la notion d'établissement stable.

Selon le Modèle de convention, l'expression « établissement stable » désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle un résident d'un État contractant exerce toute son activité ou une partie celle-ci. Elle comprend un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier et une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles⁵⁷.

Par ailleurs, un chantier de construction ou de montage ne constitue un établissement stable que si sa durée dépasse 12 mois (par. 3 de l'article 5).

Cependant, selon le Modèle de convention, le non-résident n'aura pas un établissement stable si l'installation fixe d'affaires dans le pays est utilisée aux seules fins d'exercer les activités de caractère préparatoires ou auxiliaires suivantes⁵⁸ :

- il est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise;
- des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison;
- des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise;

⁵⁶ 95 D.T.C. 5389 (C.S.C.).

⁵⁷ Pour plus de détails sur le concept d'établissement stable, voir l'article suivant : Richard TREMBLAY, « Permanent Establishments in Canada », dans *1989 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1990, pp. 38:1-69.

⁵⁸ Voir le paragraphe 4 de l'article 5 du Modèle de convention.

- une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise;
- une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité de caractère préparatoire ou auxiliaire⁵⁹.

Ainsi, en vertu de ces exceptions, un entrepôt au Canada ne constituera généralement pas en soi un établissement stable.

Par ailleurs, selon le Modèle de convention, un agent dépendant est considéré comme un établissement stable si cette personne dispose des pouvoirs qu'elle y exerce habituellement de conclure des contrats au nom du non-résident. Cependant, si les activités de l'agent dépendant se limitent à des activités préparatoires ou auxiliaires, un établissement stable n'est pas créé par celles-ci. Les commentaires à l'article 5 du Modèle de convention indiquent qu'un agent dépendant qui est autorisé à signer tous les éléments et détails d'un contrat qui lieront l'entreprise sera considéré comme exerçant cette autorité dans l'autre État (par exemple, au Canada) même si le contrat est signé par quelqu'un d'autre dans l'État de résidence de la société (par exemple, aux États-Unis). Les commentaires indiquent également qu'un agent dépendant n'est pas tenu d'être un résident de l'autre pays (c'est-à-dire du Canada), ni de posséder une installation fixe d'affaires dans ce pays. Cependant, les commentaires précisent que l'autorité de contracter doit être exercée de façon habituelle dans l'autre État (c'est-à-dire au Canada) par l'agent dépendant.

Par ailleurs, un non-résident n'est pas considéré comme ayant un établissement stable dans l'autre pays du seul fait qu'il y exerce son activité par l'entreprise d'un agent indépendant, à condition que cet agent agisse dans le cadre ordinaire de ses activités. Si l'agent n'agit pas dans le cadre de ses activités, il devient alors assujéti aux règles s'appliquant aux agents dépendants⁶⁰.

⁵⁹ L'alinéa f) du paragraphe 4 de l'article 5 du Modèle de convention prévoit que l'exercice cumulé de toutes ces activités peut ne pas constituer un établissement dans la mesure où l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires résultant de ce cumul garde aussi un caractère préparatoire ou auxiliaire.

⁶⁰ Voir le paragraphe 38.7 des commentaires de l'OCDE au paragraphe 6 de l'article 5 du Modèle de convention.

2.3.2. Article 14 – Services personnels indépendants

L'ancien article 14 du Modèle de convention était une disposition séparée pour les services de professionnels indépendants et utilisait le test traditionnel de la « base fixe ». Cet article indiquait ceci :

« Les revenus qu'une personne physique qui est un résident d'un État contractant tire d'une profession indépendante sont imposables dans cet État. Ces revenus sont aussi imposables dans l'autre État contractant si la personne physique dispose, ou a disposé, de façon habituelle d'une base fixe dans cet autre État mais uniquement dans la mesure où les revenus sont imputables à la base fixe. »

L'OCDE a éliminé cet article depuis le 29 avril 2000 puisqu'elle considérait qu'il n'y avait pas de différence entre le concept de base fixe de l'article 14 et le concept d'établissement stable des articles 5 et 7⁶¹. Le nouveau Protocole⁶² a également abrogé cet article pour les mêmes raisons.

2.3.3. Établissement stable dans les locaux d'un client

Un autre problème pratique qui se pose souvent est de déterminer si les locaux d'un client peuvent constituer un établissement stable lorsqu'une entreprise étrangère envoie un employé travailler chez un client situé au Canada pour une certaine période de temps. L'OCDE a publié un rapport qui s'intitule « Questions soulevées par l'article 5 (établissement stable) du

⁶¹ Les commentaires à l'article 14 du Modèle de convention expliquent les raisons pour lesquelles cet article a été abrogé de la façon suivante :

« L'article 14 a été supprimé du Modèle de Convention fiscale le 29 avril 2000 sur la base du rapport intitulé *Problèmes posés par l'article 14 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE* adopté par le Comité des Affaires fiscales de l'OCDE le 27 janvier 2000 et reproduit dans le volume II à la page R(16)-1. Cette décision traduit le fait qu'il n'existait pas de différence voulue entre les concepts d'établissement stable, tel qu'il figurait dans l'article 7, et celui d'installation fixe d'affaires, utilisé dans l'article 14; ni entre la façon de calculer les bénéfices et l'impôt selon que l'article 7 ou l'article 14 s'applique. En outre, il était parfois difficile de savoir clairement quelles activités relevaient de l'article 14 par opposition à l'article 7. La suppression de l'article 14 a pour effet que les revenus tirés de l'exercice de professions libérales ou d'autres activités de caractère indépendant sont désormais traités par référence à l'article 7 en tant que bénéfices des entreprises. »

⁶² Précité, note 2.

Modèle de convention fiscale »⁶³ qui touchait, entre autres, à la question de personnes qui travaillent chez leur client. Ce rapport a modifié les commentaires du Modèle de convention et a précisé l'application du concept d'établissement stable.

Le paragraphe 4.2 des commentaires sur l'article 5 du Modèle de convention indique ce qui suit :

« [...] la simple présence d'une entreprise à un emplacement particulier ne signifie pas nécessairement que cet emplacement soit à la disposition de l'entreprise. Ces principes sont illustrés par les exemples suivants, dans lequel les représentants d'une entreprise sont présents dans les locaux d'une autre entreprise. Le premier exemple est celui d'un vendeur qui se rend régulièrement chez un client important pour prendre des commandes et, à cette fin, rencontre le directeur des approvisionnements dans son bureau. Dans ce cas, les locaux du client ne sont pas à la disposition de l'entreprise pour laquelle travaille le vendeur et ne constitue donc pas une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle l'entreprise réalise son activité [...]. »

Plus loin au paragraphe 4.5, les commentaires sur l'article 5 du Modèle de convention indiquent ceci :

« [un autre] exemple est celui d'un peintre en bâtiment qui, deux ans durant, passe trois jours par semaine dans le grand immeuble de bureaux de son principal client. Dans ce cas, la présence du peintre dans l'immeuble de bureaux d'une autre entreprise où il exerce les fonctions les plus importantes de son activité d'entreprise (à savoir la peinture) doit être assimilée à l'existence d'un établissement stable de ce peintre. »

Les commentaires reprennent cet exemple au paragraphe 5.3 de cette manière :

« En revanche, lorsqu'il n'existe pas de cohérence commerciale, le fait que des activités aient lieu dans une zone géographique limitée ne doit pas conduire à considérer cette zone comme une installation fixe d'affaires. Par exemple, lorsqu'un peintre en bâtiment travaille successivement dans le cadre d'une série de contrats indépendants pour un certain nombre de clients distincts dans un grand immeuble de bureaux, on ne peut considérer que les travaux exécutés dans cet immeuble constituent un seul et même projet, et cet immeuble ne saurait être considéré comme une installation d'affaires distinctes aux fins de ces travaux. En revanche, dans l'exemple différent d'un peintre qui, aux termes d'un contrat unique, exécute des travaux dans l'ensemble d'un immeuble pour

⁶³ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, « Questions soulevées par l'article 5 (établissement stable) du Modèle de convention fiscale », Paris, OCDE, 7 novembre 2002.

un client unique, on peut considérer que cet immeuble constitue une installation d'affaires aux fins de ces travaux car il constitue un tout cohérent sur le plan commercial et géographique. »

La durée du contrat d'un employé travaillant dans un autre pays est un élément important afin de déterminer si un établissement stable existe. Le paragraphe 6 des commentaires de l'article 5 du Modèle de convention apporte les précisions suivantes à ce sujet :

« Puisque l'installation d'affaires doit être fixe, il s'ensuit aussi qu'un établissement stable n'est censé exister que si l'installation d'affaires a un certain degré de permanence, c'est-à-dire si elle n'a pas un caractère purement temporaire. Une installation d'affaires peut constituer un établissement stable, même si elle n'a existé que pendant une très courte période en raison du caractère particulier des activités de l'entreprise qui ne peuvent être exercées que sur une période très brève. Il est parfois difficile de déterminer si c'est le cas. Même si les pratiques des pays Membres n'ont pas été homogènes en ce qui concerne le critère temporel, l'expérience montre que l'on n'a pas normalement conclu à l'existence d'un établissement stable lorsque l'activité avait été exercée dans un pays par l'intermédiaire d'une installation d'affaires tenue depuis moins de six mois (à l'inverse, la pratique montre que dans beaucoup de cas on a conclu à l'existence d'un établissement stable quand l'installation d'affaires était entretenue durant une période plus longue.) »

En d'autres mots, selon ces commentaires, il est probable qu'une visite de quelques semaines chez un client n'a probablement pas le degré de permanence requis pour constituer en soi un établissement stable. Toutefois, un séjour chez un client par un employé ou un entrepreneur indépendant pour une période continue de six mois pourrait créer un établissement stable.

Il convient de souligner que ces modifications apportées par le rapport de l'OCDE ne sont pas passées inaperçues auprès des fiscalistes canadiens⁶⁴, puisque le rapport semble à l'encontre de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Dudney*⁶⁵.

⁶⁴ Albert BAKER, « Confusion en vue », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 10, n° 1, Association canadienne d'études fiscales, 29 janvier 2002.

⁶⁵ Précité, note 52.

2.3.4. L'affaire *Dudney*

En 2000, la Cour d'appel fédérale a rendu sa décision dans l'affaire *Dudney*, dans laquelle elle devait déterminer si M. *Dudney*, un ingénieur résident des États-Unis, était imposable au Canada sur ses revenus gagnés au Canada.

M. *Dudney* était un entrepreneur indépendant embauché par une entreprise canadienne (ci-après « OSG ») pour donner, au Canada, une formation dans un domaine des hautes technologies au personnel de la PanCan, une autre entreprise canadienne. En vertu de l'article XIV de la Convention Canada–États-Unis⁶⁶, les revenus de M. *Dudney* ne seraient imposables au Canada que si les revenus tirés de la formation donnée étaient attribuables à une base fixe qu'il pouvait utiliser régulièrement au Canada. Dans le cadre de son analyse, la Cour a établi que le concept de base fixe à l'article XIV équivalait au concept d'établissement stable aux fins de l'article V de la Convention Canada–États-Unis.

En vertu de son contrat, M. *Dudney* a travaillé dans les locaux de la PanCan pendant une période d'environ une année. Il exerçait ses activités soit dans les bureaux du personnel en formation, dans une salle de conférences ou dans une pièce avec d'autres consultants et ne pouvait pas utiliser ces locaux à des fins commerciales autres que son travail avec PanCan. Il avait accès à l'immeuble uniquement pendant les heures normales de travail de la semaine. M. *Dudney* ne possédait pas de papier à en-tête ou de cartes de visite le liant à PanCan et son nom n'était pas affiché dans le tableau répertoire à l'entrée de l'immeuble de PanCan et nulle part ailleurs dans l'immeuble. Il pouvait utiliser le téléphone chez PanCan uniquement pour des questions liées au contrat avec PanCan. Il préparait lui-même ses factures à domicile au Canada et les envoyait ensuite par télécopieur à OSG.

La Cour a conclu que les locaux de PanCan ne constituaient pas une base fixe disponible régulièrement pour M. *Dudney* et que ses revenus étaient ainsi exempts d'impôt au Canada en vertu de la Convention Canada–États-Unis. En effet, la Cour d'appel fédérale indique dans sa décision ce qui suit :

« En conséquence, lorsqu'une personne se voit refuser l'avantage conféré par l'article XIV pour le motif qu'elle dispose de façon habituelle d'une base fixe au Canada, il faut se demander si cette personne y a exercé les activités de son

⁶⁶ Précité, note 51.

entreprise durant la période pertinente. Les facteurs à prendre en considération comprennent l'utilisation effective des locaux qui, selon ce qui est allégué, constitue la base fixe de l'intimé, la question de savoir si et en vertu de quel droit la personne intéressée a exercé ou pouvait exercer un contrôle sur les locaux et la question de savoir jusqu'à quel point les locaux s'identifiaient objectivement à l'entreprise de la personne intéressée. Cette liste ne se veut pas une liste exhaustive applicable dans tous les cas, mais elle est suffisante en l'espèce⁶⁷. »

2.3.5. La position de l'ARC sur l'affaire *Dudney* et sur les commentaires de l'OCDE

Dans le numéro 22 du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, l'ARC avait, d'abord, commenté la décision *Dudney* de la façon suivante :

« L'ADRC appliquera la décision rendue dans l'affaire *Dudney* dans les cas où l'on peut conclure, à partir des faits, que le contribuable n'exerce pas un contrôle matériel suffisant sur les locaux pour exploiter son entreprise dans un lieu particulier. Nous ne comptons pas porter devant les tribunaux une autre cause en nous servant de l'utilisation que fait le contribuable de locaux situés dans des lieux appartenant à une autre personne, à moins de pouvoir raisonnablement faire valoir, sur la base des faits particuliers, que le contribuable exerce de fait un contrôle matériel suffisant sur les locaux pour exploiter les aspects de son entreprise qui conviennent aux locaux⁶⁸. »

Dans le numéro 33 du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, l'ARC a clarifié sa position sur la cause *Dudney* et sur le concept d'établissement stable (ES) en indiquant ceci :

« [...] l'analyse effectuée pour faire une détermination de l'ES ne devrait pas se terminer simplement parce que l'on a conclu à l'inexistence du contrôle légal. Le facteur de contrôle légal, tel qu'il est décrit dans la décision *Dudney*, est uniquement un des trois facteurs mentionnés par la juge pour étoffer sa décision et ces facteurs ne constituaient pas une liste exhaustive. Par conséquent, le fait de légalement exercer un contrôle sur un établissement n'est pas une exigence pour qu'une personne soit jugée comme ayant un ES au Canada, mais un facteur parmi d'autres⁶⁹. »

⁶⁷ Précité, note 52, par. 19.

⁶⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

⁶⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 33, 16 septembre 2005.

L'ARC précise, de plus, ce qui suit :

« [...] lors de l'établissement de l'existence d'un ES, de nombreux facteurs doivent être analysés, facteurs que l'on retrouve dans les Commentaires du Modèle de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui sont tirés de la jurisprudence. Les facteurs les plus importants dans un cas particulier dépendront de la nature de l'entreprise du contribuable. Lorsque les faits sont différents, d'autres facteurs pourraient supplanter ceux mentionnés par la juge dans la décision *Dudney*⁷⁰. »

En s'appuyant sur les commentaires de l'article 5 de l'OCDE⁷¹, l'ARC indique que la question de savoir si un établissement stable existe au Canada doit se faire selon les conditions suivantes :

- 1) l'installation d'affaires doit exister;
- 2) l'installation d'affaires doit être fixe;
- 3) le non-résident doit exercer toute son activité ou une partie de celle-ci par l'intermédiaire de cette installation fixe d'affaires.

En s'appuyant encore sur les commentaires de l'OCDE, pour déterminer si une installation d'affaires existe au Canada, l'ARC considère que l'on peut examiner, entre autres, les facteurs suivants : la disponibilité d'un espace quelconque pour le non-résident⁷² et la présence d'un employé au lieu d'affaires d'un client⁷³.

Pour déterminer si l'installation est fixe ou non, on peut examiner, entre autres, les facteurs suivants : la durée des activités dans le lieu au Canada, si les lieux constituent un ensemble cohérent sur le plan commercial et géographique, et si la présence du non-résident au lieu au Canada est récurrente.

Pour déterminer si le non-résident exerce toute son activité ou une partie de celle-ci par l'intermédiaire de cette installation fixe d'affaires, on peut examiner, entre autres, les facteurs suivants : la régularité des activités,

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Voir le paragraphe 2 des commentaires de l'OCDE sur le paragraphe 1 de l'article 5 du Modèle de convention.

⁷² Voir les paragraphes 4 à 4.5 des commentaires de l'OCDE sur l'article 5.

⁷³ Voir le paragraphe 4.3 des commentaires de l'OCDE sur l'article 5.

l'ampleur des activités et l'endroit où sont exercées les fonctions liées aux activités commerciales de l'entreprise.

L'ARC indique que l'affaire *Dudney* a également établi des facteurs additionnels à considérer afin de déterminer si une installation fixe d'affaires existe au Canada : l'usage que le non-résident fait actuellement du lieu au Canada, les droits reconnus par la loi en vertu desquels le non-résident exerce (ou pourrait exercer) un contrôle sur le lieu au Canada et le lieu au Canada peut-il être objectivement identifié aux activités commerciales du non-résident.

L'ARC prend le soin d'indiquer que différents facteurs pourraient être pertinents dans des cas différents et que tous les facteurs ne sont pas nécessairement applicables à toutes les situations.

L'ARC tente de réconcilier, dans ses nouvelles techniques n° 33, l'affaire *Dudney* et les commentaires de l'OCDE. Évidemment, cet exercice n'est pas des plus faciles, puisque l'application des commentaires de l'OCDE donnerait un résultat contraire à celui obtenu dans l'arrêt *Dudney*. Bien qu'elle ne l'ait pas indiqué dans ses nouvelles techniques, il semble évident que l'ARC préfère l'analyse de l'OCDE à celle de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Dudney*. En effet, on peut se demander si l'ARC ne tente pas, dans ses nouvelles techniques n° 33, de noyer, tout simplement, les critères établis dans l'arrêt *Dudney* avec ceux de l'OCDE, tout en limitant la portée de l'arrêt *Dudney* aux causes comportant des faits semblables.

2.3.6. Établissement stable réputé pour les prestataires de services

L'ancien article V de la Convention Canada–États-Unis définissait un « établissement stable » sans mention spécifique pour les prestataires de services. Ainsi, avant l'entrée en vigueur du nouveau Protocole, les règles pour les entreprises de services étrangères étaient semblables à celles mentionnées ci-dessus, qui s'appliquaient à toute autre entreprise. Cependant, cette situation a changé avec l'entrée en vigueur du nouveau Protocole.

En vertu du nouveau Protocole, le paragraphe 9 de l'article V répute un établissement stable pour les prestataires de services qui n'ont pas d'installation fixe au Canada lorsque certains tests de présence ou d'activités

sont remplis⁷⁴. Cet article a été inclus dans le nouveau Protocole à la demande du Canada. L'ARC s'inquiétait du fait que les prestataires de services, tel que M. Dudney, pouvait échapper à l'impôt canadien⁷⁵.

Le département du Trésor américain a déclaré, de son côté, que même s'il avait accepté de le faire dans le nouveau Protocole, il n'était pas en faveur d'insérer une telle disposition dans les conventions fiscales américaines. Lors du processus de ratification, certains sénateurs américains avaient d'ailleurs dit être très étonnés de voir une telle clause dans une convention fiscale avec un pays développé tel que le Canada. Une telle clause est en effet souvent préconisée par les pays en voie de développement qui s'inspirent d'une clause type qui se retrouve dans le Modèle de convention des Nations Unies⁷⁶.

2.3.6.1. Modèle de convention des Nations Unies

Comme le nouveau Protocole, le Modèle de convention des Nations Unies contient une disposition qui répute un établissement stable pour des entreprises de services lorsque des tests de présence ou d'activités sont remplis par l'entreprise étrangère.

En effet, le Modèle de convention des Nations Unies permet au pays de source d'imposer une entreprise étrangère lorsqu'un individu est présent dans le pays de source pendant plus de 183 jours au cours d'une période quelconque de 12 mois (test pour un particulier). De plus, un « établissement stable » est défini dans le Modèle de convention des Nations Unies comme incluant la fourniture de services par l'entremise des employés ou autre personnel si les activités se poursuivent (pour le même projet ou un projet connexe) pour des périodes totalisant plus de six mois (test pour un projet).

Par ailleurs, le Modèle de convention des Nations Unies conserve le test de base fixe de l'article 14 pour des services personnels (cet article a été

⁷⁴ Pour plus de détails sur la clause du protocole pour les prestataires de services, voir Douglas A. CANNON, Marc DARMO et Jeff OLDEWENING, « The Fifth Protocol to the Canada-US Income Tax Convention: A Review of Selected Provisions », dans *2007 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2008, pp. 24:1-72.

⁷⁵ Voir la discussion sur la cause *Dudney*, précité, note 52.

⁷⁶ NATIONS UNIES, *Modèle de convention des Nations-Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement*, New York, Publications des Nations Unies, 1980.

abrogé dans le nouveau Protocole). Le Canada a adopté le langage de la convention modèle des Nations Unies pour certaines de ses conventions fiscales avec des pays en voie de développement.

2.3.6.2. Disposition proposée dans les commentaires du Modèle de convention

À la suite de l'élargissement de l'OCDE à plusieurs nouveaux pays dont certains en voie de développement, l'OCDE s'est penchée en 2006 sur le concept d'établissement stable pour les prestataires de services. Le groupe de travail sur les services de l'OCDE a déterminé que l'article 5 existant du Modèle de convention était encore adéquat pour les prestataires de services, mais certains pays n'étaient pas d'accord avec cette position. Certains pays suggéraient l'ajout d'une disposition semblable à celle qui se retrouve dans le Modèle de convention des Nations Unies. Pour tenir compte des objections de ces pays, les commentaires de l'OCDE incluent depuis 2008 une disposition réputant un établissement stable pour les services concernant les pays qui veulent l'utiliser comme solution de remplacement au texte standard de la Convention modèle⁷⁷.

Bien qu'il soit controversé d'apporter des commentaires sur une disposition qui ne se retrouve pas dans le Modèle de convention, l'OCDE voulait tout de même apporter des précisions sur une telle clause type afin de limiter la portée de la disposition pour les pays membres qui opteraient d'inclure une telle disposition dans leurs conventions fiscales. L'OCDE voulait ainsi au moins s'assurer qu'une telle clause serait limitée aux services rendus dans un autre État et ne viserait donc pas ceux fournis dans l'État de résidence, aux profits et non aux recettes brutes et aux situations où le niveau de présence dans l'autre État est plus que minime.

Le Projet de l'OCDE de 2006 a été finalisé et ensuite introduit dans les commentaires du Modèle de convention de 2008. Les termes utilisés sont semblables à ceux que l'on retrouve dans le Protocole et le Modèle de convention des Nations Unies. Étant donné les similitudes entre les dispositions pour les prestataires de services, les commentaires concernant cette « disposition alternative » de l'OCDE, et ceux du Modèle de convention des Nations Unies, pourraient aider à l'interprétation du nouvel article V, paragraphe 9 du Protocole.

⁷⁷ Par. 42.23 des commentaires.

2.3.7. Le nouvel article V, paragraphe 9 du Protocole

Tel qu'il sera discuté plus amplement ci-dessous, le nouveau paragraphe 9 de l'article V a été introduit par le nouveau Protocole et s'applique à une « entreprise » qui fournit des services dans un autre État lorsque des tests de présence (test pour un particulier) ou d'activités (test pour un projet) sont remplis par l'entreprise étrangère.

Ces nouvelles dispositions pour les prestataires de services s'appliqueront à partir de la troisième année fiscale du résident finissant après le 15 décembre 2008. Ainsi, pour les contribuables dont la fin d'exercice est le 31 décembre, la nouvelle disposition s'appliquera à partir de l'année 2010. Par ailleurs, on ne doit pas tenir compte des journées de présence, services rendus et recettes brutes actives qui proviennent ou ont lieu avant 2010 lors de l'application de ces tests.

2.3.7.1. Qu'est-ce qu'une « entreprise » de services?

Le terme « entreprise » n'est pas défini dans la convention ou discuté dans l'explication technique. Dans le Modèle de convention, l'OCDE précise que le terme « entreprise » s'applique à l'exercice de toute activité ou affaire⁷⁸. Par ailleurs, l'ARC a mentionné à la conférence de l'Institut des cadres fiscalistes (ci-après « ICF ») de novembre 2008 qu'elle faisait référence à une entreprise particulière qui est exploitée par ce résident et non à toutes les entreprises du non-résident. Ainsi, un non-résident pourrait avoir plusieurs entreprises dont certaines pourraient être des établissements stables réputés mais d'autres, selon les faits, pourraient ne pas l'être.

2.3.7.2. Le test pour un particulier

La nouvelle disposition du Protocole pour les prestataires de services s'applique à une « entreprise » qui fournit des services dans un autre État. Elle répute un établissement stable si l'un de deux tests est rempli. Le premier test qui répute un établissement stable pour les entreprises de services est un test pour un « particulier » et sera surtout important pour les consultants indépendants ou pour les petites entreprises de services, parce que la majorité du revenu doit être gagné par l'individu dans l'autre pays. Par contre, tel qu'il sera discuté ci-dessous, le second test qui répute un établissement stable pour les entreprises de services est un test pour un

⁷⁸ Voir l'alinéa c du paragraphe 1 de l'article 3 du Modèle de convention.

« projet » et sera plus pertinent pour les autres entreprises de services puisqu'il peut concerner plusieurs personnes.

Le premier test, celui visant un particulier, est rempli lorsque les services sont rendus dans un autre État par un individu qui est présent dans l'autre État pour une période ou des périodes totalisant 183 jours ou plus durant une période de 12 mois, et, pendant la période ou les périodes, plus de 50 % des « recettes actives brutes » de l'entreprise sont des revenus de services rendus dans l'autre État par l'individu. Le test de revenu est basé sur une période ou des périodes de présence, et non pas la période complète de 12 mois ou de l'année fiscale.

Ce test exige la présence physique de l'individu dans l'autre pays, mais n'exige pas que l'individu travaille là pendant chacun des 183 jours et plus. Dans un cas extrême, le test serait applicable si un individu travaillait un jour dans la période de 183 jours, était en vacances pour 182 jours dans ce pays, et le revenu qu'il gagnait pour la journée était plus de 50 % des revenus pertinents pour l'entreprise pour la période pendant laquelle il était au pays. À l'opposé, le test ne serait pas rempli si l'individu travaillait plus de 183 jours dans l'autre pays, mais que son entreprise gagnait la plupart de ses revenus pendant les jours qu'il passait dans son pays de résidence⁷⁹.

2.3.7.3. Le test pour un projet

Un résident d'un État contractant pourra également avoir un établissement stable réputé lorsque le test pour un projet est rempli. Ce test sera rempli lorsque les services fournis par une entreprise dans l'autre État sont pour un total de 183 jours ou plus dans une période de 12 mois par rapport au « même ou projet connexe », pour des clients soit qui sont résidents de l'autre État ou qui maintiennent un établissement stable dans l'autre État et que les services sont fournis relativement à cet établissement stable.

Les explications techniques au Protocole clarifient que seulement les jours durant lesquels les services sont rendus pour le test du projet sont comptés et non les jours de présence comme c'est le cas dans le test pour un particulier. De plus, ce test ne compte pas les jours par personne, mais plutôt les jours de services. Par exemple, 20 employés travaillant pour 10 jours égalent 10 jours de services et non 200 jours de services.

⁷⁹ Par contre, dans un tel cas, il est possible que l'entreprise ait un établissement stable réputé si le test pour un projet est rempli.

Les projets qui constituent, du point de vue de l'entreprise, un « ensemble commercialement et géographiquement homogène » seront considérés comme un « même projet ou un projet connexe » selon l'annexe B du Protocole (Note générale). Il y aura homogénéité commerciale de projets soit lorsque les projets sont inclus dans un contrat en l'absence de planification fiscale, lorsque la nature du travail est la même ou lorsque les mêmes individus participent aux travaux pour les deux projets. En ce qui concerne l'homogénéité géographique de projets, l'explication technique indique que la vérification de plusieurs succursales bancaires dans différentes villes (par exemple au Canada) n'est pas un même projet, car géographiquement non homogène.

Pour interpréter la notion de projet, l'ARC a indiqué récemment à la Table ronde de la conférence de l'ICF de 2008⁸⁰ qu'elle regarderait l'explication technique et ses exemples, ainsi que les commentaires et exemples de l'OCDE sur l'article V. Par ailleurs, l'ARC a aussi indiqué qu'elle pourrait regarder les exemples prévus dans les commentaires au Modèle américain de convention fiscale relativement au chantier (le terme *project* est utilisé en anglais) de construction ou de montage (développement résidentiel, plateformes de forages dans une même région) et pourrait aussi se fier aux commentaires du Modèle de convention de 2008 portant sur l'article proposé sur les prestataires de services (notamment, l'exemple sur l'impartition de services de support technique). Par ailleurs, dans l'interprétation technique 981253117, l'ARC a fait appel aux dictionnaires *Oxford* et *Webster* pour définir ce qu'est un projet aux termes du paragraphe 3 de l'article 5 du Modèle de convention⁸¹.

⁸⁰ Voir *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 27, conférence 2008-0300941C6, 28 septembre 2009.

⁸¹ Voir *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 27, interprétation technique 981253117, 14 janvier 1999. Dans cette interprétation technique, l'ARC a indiqué ceci :

« The word "project" is defined in the Concise Oxford Dictionary as "plan, scheme; planned undertaking, esp. by student(s) for presentation of results at specified time". In the Webster Third New International Dictionary, a "project" is explained as a "special plan or design" or a "planned undertaking". The activities carried out by the non-resident suppliers in Canada to assemble/erect the equipment/plant would generally be considered to be a project of the suppliers to be completed in Canada. This project includes assembling, planning, scheduling, managing, supervising, co-ordinating and training and is different from the functions of designing, developing, manufacturing and selling the equipment/plant which functions were performed in the non-resident suppliers' own countries. Although the assumption is that one contract is one project, in the cases at hand, the placing of equipment in a building for use can also be
(à suivre...)

Par ailleurs, rien ne porte à croire que le concept de « projet » sera uniquement applicable aux « entreprises de services ». Le test pour un projet semble s'appliquer à n'importe quel type d'entreprise. Par exemple, il pourrait même viser une entreprise manufacturière qui fournirait des services à ses clients. Ce test pourrait aussi viser la situation fréquente d'une société mère qui fournirait des services dans l'autre pays à sa filiale.

2.3.7.4. Société de personnes

Avant l'entrée en vigueur du Protocole, une société de personnes dans laquelle certains associés travaillent occasionnellement dans l'autre pays ne créait pas d'établissement stable pour les associés dans la mesure où la société de personnes n'avait pas d'établissement stable dans ce pays. Selon les nouvelles règles du Protocole, lorsqu'un associé ou des associés passeront plus de 183 jours dans l'autre pays sur un même projet, la société de personnes aura vraisemblablement un établissement stable et ainsi tous les associés seront individuellement assujettis à l'impôt dans l'autre pays⁸².

2.3.7.5. Application de la disposition pour les prestataires de services lorsque d'autres règles de l'article V s'appliquent

La disposition pour les prestataires de services ne s'appliquera que lorsque le prestataire n'a pas autrement une installation fixe d'affaires au Canada en vertu d'un autre paragraphe de l'article V. Par exemple, un prestataire de services qui loue un bureau au Canada pour son entreprise aura une installation fixe d'affaires en vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article V. Il ne sera alors donc pas nécessaire de déterminer si le prestataire de services a aussi un établissement stable réputé en vertu du paragraphe 9 de l'article V.

Par ailleurs, la disposition sur les prestataires de services s'appliquera « sous réserve du paragraphe 3 ». En d'autres mots, si un chantier de

(...suite)

considered as a project different from the functions of selling the equipment. It would not seem appropriate to say it is an installation project of an arm's length sub-contractor of the non-resident supplier if the installation is done by the sub-contractor but it is not if it is done by the supplier himself. »

⁸² Si la société de personnes a un établissement stable au Canada, l'associé sera également considéré comme ayant un établissement stable dans ce pays. Voir le paragraphe 5 des commentaires de l'OCDE sur l'article 1 du Modèle de convention et la cause N^o 630 c. MRN, 59 D.T.C. 300 (C.A.I.), selon laquelle un établissement stable de la société de personnes au Canada sera également un établissement stable pour l'associé. Voir également R. TREMBLAY, *loc. cit.*, note 57, 38:60.

construction ou un projet d'installation dure moins de 12 mois en vertu du paragraphe 3, le paragraphe 9 ne réputera pas qu'il y a un établissement stable même si l'un des deux tests pour les entreprises de services est rempli⁸³.

Par ailleurs, il n'y aura pas d'établissement stable réputé si l'exception du paragraphe 6 s'applique pour des activités préparatoires ou auxiliaires⁸⁴. En d'autres mots, si le prestataire de services n'exerce au Canada que des activités préparatoires ou auxiliaires, il ne devrait pas avoir d'établissement stable réputé en vertu du paragraphe 9 de l'article V.

2.3.7.6. Commentaires de l'OCDE relativement à l'impartition des services

Lorsque l'on applique la disposition du Protocole sur les prestataires de services à des cas d'impartition, il peut parfois être difficile de déterminer qui est le fournisseur de services et qui est le client. Par exemple, si un consultant basé aux États-Unis est embauché par une multinationale américaine pour effectuer un travail au Canada pour sa filiale canadienne⁸⁵, est-ce que le client est la multinationale américaine ou la filiale canadienne?

Malheureusement, l'explication technique au Protocole ne permet pas de répondre à cette question, puisqu'elle ne traite pas des cas d'impartition de services. Par contre, l'OCDE prévoit dans les commentaires au Modèle de convention les cas d'impartition et édicte ceci :

⁸³ Contrairement aux descriptifs de l'OCDE qui prévoient que la disposition sur les services s'applique « nonobstant le paragraphe 3 ».

⁸⁴ La référence au paragraphe 9 a été ajoutée au paragraphe 6 de l'article V. Cet ajout n'est pas des plus clairs, puisque le paragraphe 6 suppose qu'il y a autrement une installation fixe d'affaires, alors que le paragraphe 9 répute qu'il y a un établissement stable mais ne répute pas pour autant qu'il y a une installation fixe d'affaires.

⁸⁵ Cette situation sera discutée plus en détail dans l'exemple 10 ci-dessous.

« [...] si une personne physique exécute des prestations de services pour le compte d'une entreprise, [...] les prestations de services exécutées par cette personne ne seront prises en compte en ce qui concerne une autre entreprise que dans la mesure où le travail de cette personne est effectué sous la supervision, la direction ou le contrôle de cette autre entreprise⁸⁶. »

Selon les commentaires, ce principe serait applicable même si le sous-traitant est lié avec l'entrepreneur. Ainsi, une filiale canadienne qui rend des services à une tierce partie pour le compte de la société mère américaine pourra créer un établissement stable pour la société américaine si le travail de la société canadienne est effectué sous la supervision, la direction ou le contrôle de la société américaine et que les autres conditions de la disposition sur les prestataires de services sont remplies. Il est à noter que le concept de supervision mentionnée par l'OCDE se retrouve dans le texte de la disposition proposée par l'OCDE mais ne se retrouve pas au nouveau paragraphe 9 de l'article V de la Convention Canada-États-Unis.

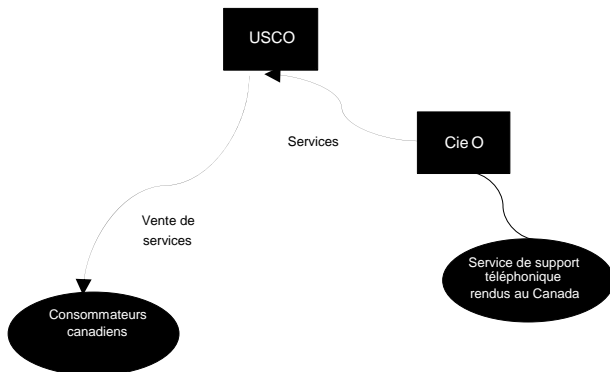
Exemple 9

L'OCDE donne un exemple d'une situation d'impartition dans les commentaires au Modèle de convention qui est d'une utilité pratique. L'exemple de l'OCDE peut être résumé de la façon suivante : USCO⁸⁷, une société non résidente, sous-traite ses activités de support téléphonique pour ses clients situés dans l'autre pays (Canada) à une société non liée, Cie O, afin que ses clients soient desservis dans cet autre pays (Canada).

⁸⁶ Par. 42.43 du Modèle de convention.

⁸⁷ Par. 42.44, exemple 3 du Modèle de convention. L'OCDE n'utilise pas le Canada et les États-Unis aux fins de son exemple, mais pour en faciliter la compréhension, le nom des pays et des sociétés concernés dans cet exemple ont été modifiés.

Figure 9 Est-ce que USCO a un étab lissement stable au Canada? Non selon l'OCDE



Puisque les employés de Cie O ne sont pas sous la supervision, gestion ou contrôle de USCO, l'OCDE indique que USCO ne fournit pas de services dans l'autre État (Canada). La disposition proposée sur les prestataires de services de l'OCDE ne trouverait donc pas application puisque USCO ne rend pas de services au Canada.

À la Table ronde de la conférence de l'ICF de 2008⁸⁸, l'ARC a dit qu'elle était en accord avec cet exemple de l'OCDE malgré le fait que cet exemple soit fondé sur une disposition qui ne se retrouve pas dans le Protocole.

2.3.7.7. Qui est le client?

Selon le Protocole, le client du prestataire de services doit être un résident de l'autre État ou avoir un établissement stable dans l'autre État. Selon l'explication technique au Protocole, la disposition sur les prestataires de services est seulement applicable aux services fournis à des « tierces parties » et exclut donc les services fournis à « cette entreprise ».

Ces commentaires pourraient porter à confusion en laissant croire que les services fournis à des personnes liées ne seraient pas visés. Mais tel n'est pas le cas, l'ARC ayant indiqué à la Table ronde de la conférence de l'ICF de 2008⁸⁹ que « tierce partie » dans ce contexte inclut une partie liée et

⁸⁸ Voir *supra*, note 80.

⁸⁹ *Id.*

signifie toute personne autre que la personne qui exploite l'entreprise en question⁹⁰. En d'autres mots, les services entre les différentes divisions d'une même société seraient exclus. Par contre, une société mère américaine qui fournit des services au Canada à sa filiale canadienne ne serait pas considérée comme une tierce partie et pourrait donc être visée par la disposition sur les prestataires de services si les autres conditions sont remplies.

Exemple 10

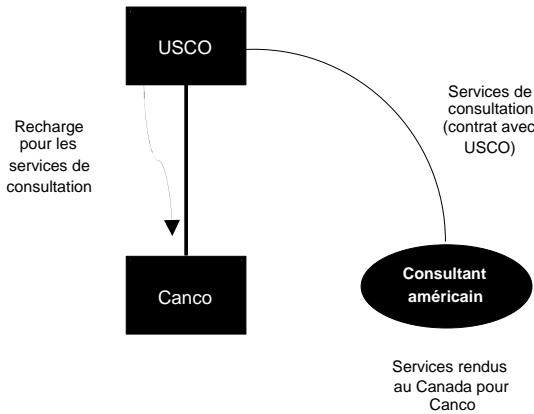
Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, étant donné le manque d'exemples dans le Protocole sur les cas d'impartition, il peut parfois être difficile de déterminer qui est le prestataire de services et qui est le client dans un tel cas. Si l'on reprend l'exemple, mentionné précédemment, d'un consultant basé aux États-Unis qui est embauché par une multinationale américaine pour effectuer un travail au Canada pour sa filiale canadienne (voir figure 10), il peut être difficile de déterminer qui est le client et qui est le prestataire de services en vertu du Protocole.

Cependant, les commentaires de l'OCDE sur les cas d'impartition peuvent être utiles dans cette situation. En vertu du principe énoncé par l'OCDE, la société Canco pourrait être considérée comme le client de USCO dans la mesure où USCO (à titre d'entrepreneur des services rendus à Canco) supervise le consultant américain (qui agit alors à titre de sous-traitant). Si les services fournis par USCO à titre d'entrepreneur constituent un projet cohérent commercialement et géographiquement et que les autres conditions du test pour un projet sont remplies, USCO pourrait alors avoir un établissement stable réputé au Canada.

Dans la mesure où USCO a un établissement stable au Canada, la société USCO peut également être considérée comme le client du consultant américain. Si les services du consultant américain constituent un projet cohérent commercialement et géographiquement et que les autres conditions du test pour un projet sont remplies, le consultant américain pourrait aussi avoir un établissement stable réputé au Canada.

⁹⁰ Il semblerait que le département du Trésor américain serait d'accord avec la position de l'ARC sur ce sujet.

Figure 10 Qui est le client? Qui est le fournisseur? Établissement stable pour USCO et pour le consultant?



2.4. IMPOSITION AU QUÉBEC ET ABATTEMENT FÉDÉRAL POUR UN PRESTATAIRE DE SERVICES AYANT UN ÉTABLISSEMENT STABLE RÉPUTÉ AU CANADA

Cette section présente certaines particularités inhérentes à l'impôt provincial dont celui du Québec relativement à un prestataire de services non résident ayant un établissement stable réputé au Canada.

2.4.1. Abattement fédéral de 10 % pour un revenu gagné dans une province

L'abattement de 10 % du paragraphe 124(1) L.I.R. permet aux provinces de lever un impôt sur les sociétés sur les revenus attribuables à un établissement stable dans une province. Une société qui gagne un revenu dans une province a droit à un abattement fédéral de 10 % sur ce revenu⁹¹.

⁹¹ Ainsi, une société étrangère qui gagne du revenu d'entreprise au Canada par l'intermédiaire d'un seul établissement stable au Canada situé au Québec sera imposée en 2010 à un taux d'imposition fédéral de 38 % moins l'abattement de 10 % moins la réduction d'impôt de 10 % pour un taux fédéral total de 18 %. Par ailleurs, ce revenu d'entreprise sera imposé en 2010 à un taux de 11,9 % au Québec. La société étrangère sera donc imposée en 2010 à un taux total fédéral et québécois de 29,9 %.

Aux fins de l'article 400 R.I.R., le terme « établissement stable »⁹² a une définition différente de celle que l'on retrouve dans les conventions fiscales. En effet, un établissement stable en vertu du paragraphe 400(2) R.I.R. s'entend d'un lieu fixe d'affaires d'une société, y compris un bureau, une succursale, une mine, un puits de pétrole, une exploitation agricole, une terre à bois, une usine, un atelier ou un entrepôt, et :

- lorsque la société n'a pas de lieu fixe d'affaires, s'entend de l'endroit principal où ses activités sont exercées;
- lorsqu'une société exploite une entreprise par l'intermédiaire d'un employé ou mandataire, établi à un endroit particulier, qui a l'autorité générale de passer des contrats pour son employeur ou mandant ou qui dispose d'un stock de marchandises appartenant à son employeur ou mandant et dont il remplit régulièrement les commandes qu'il reçoit, la société est censée avoir un établissement stable à cet endroit;
- lorsqu'une société qui autrement a un établissement stable au Canada est propriétaire de terrain dans une province, ce terrain est censé être un établissement stable;
- lorsqu'une société utilise des machines ou du matériel substantiels à un endroit particulier, à toute époque de l'année d'imposition, elle est censée avoir un établissement stable à cet endroit;
- le fait qu'une société a des relations d'affaires par l'intermédiaire d'un agent à commission, d'un courtier ou autre agent indépendant et qu'elle maintient un bureau seulement pour acheter des marchandises ne signifie pas en soi que la société a un établissement stable; et
- le fait qu'une société a une filiale contrôlée qui est située ou qui exploite une entreprise dans un endroit donné ne signifie pas en soi qu'elle exploite un établissement stable à cet endroit.

Aux fins de l'article 400 R.I.R., le terme « établissement stable » n'inclut pas le concept d'établissement stable réputé pour les prestataires de services qui se retrouve dans le nouveau Protocole (et dans certaines autres conventions fiscales conclues par le Canada). Ainsi, une entreprise américaine qui aurait un établissement stable réputé en vertu du paragraphe 9

⁹² Voir les paragraphes 124(1) et 181(2) L.I.R. ainsi que le paragraphe 400(2) R.I.R.

de l'article V du Protocole n'aurait donc pas droit à l'abattement fédéral puisqu'elle n'aurait pas d'établissement stable aux fins de l'article 400 R.I.R.

2.4.2. La notion d'établissement au Québec

Aux fins de la *Loi sur les impôts*, l'« établissement » d'un contribuable signifie un lieu fixe où il exerce son entreprise ou, à défaut, l'endroit principal où il exerce son entreprise. Un établissement comprend également un bureau, une succursale, une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une exploitation agricole, une terre à bois, une usine, un entrepôt, ou un atelier⁹³.

Un entrepôt constitue un établissement aux fins de la *Loi sur les impôts*; contrairement aux définitions que l'on retrouve dans les conventions fiscales qui l'excluent généralement. Toutefois, lorsqu'un contribuable utilise un entrepôt ou un dépôt qui n'est nullement sous son contrôle, cet entrepôt ou ce dépôt n'est pas un établissement du contribuable⁹⁴.

Par ailleurs, une société a un établissement dans une province où est situé un immeuble dont elle est propriétaire et qui est utilisé principalement aux fins de gagner ou de produire un revenu brut qui constitue un loyer⁹⁵.

Lorsqu'un contribuable exerce une entreprise par l'intermédiaire d'un employé, agent ou mandataire qui est établi à un endroit donné, qui a autorité générale pour conclure des contrats au nom de son employeur ou mandant ou qui dispose d'une provision de marchandises appartenant à ces derniers et servant à remplir régulièrement les commandes qu'il reçoit, le contribuable est réputé avoir un établissement à cet endroit⁹⁶.

Toutefois, un contribuable n'est pas réputé avoir un établissement du seul fait qu'il a des relations d'affaires avec quelqu'un d'autre par l'intermédiaire d'un agent à commission, un courtier ou autre agent indépendant, ou qu'il maintient un bureau ou un entrepôt dans l'unique but d'acheter des marchandises. De même, il n'est pas réputé avoir un

⁹³ Art. 12 L.I.

⁹⁴ Voir REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP 12-1/R2, « Établissement d'un contribuable », 30 décembre 1992, par. 11.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Art. 13 L.I.

établissement à un endroit du seul fait de son contrôle sur une filiale qui y exerce une entreprise⁹⁷.

Un contribuable qui utilise dans un endroit donné une quantité importante de machines ou de matériel à un moment donné d'une année d'imposition est réputé avoir un établissement à cet endroit⁹⁸.

Au Québec, lorsque dans une année d'imposition une société qui ne réside pas au Canada exploite une mine, produit, transforme, conserve, emballe ou construit, en tout ou en partie, un bien ou produit ou présente au public un spectacle, elle est réputée avoir un établissement à l'endroit, au Canada, où elle exerce l'une ou l'autre de ces activités⁹⁹.

De plus, une société qui possède autrement un établissement au Canada et qui est propriétaire d'un terrain dans une province est réputée avoir à l'égard de ce terrain un établissement dans cette province¹⁰⁰.

Cependant, le Québec prévoit qu'un montant reçu par une société non résidente exonéré de l'impôt sur le revenu au Québec¹⁰¹ ou au Canada en raison d'une disposition d'un accord fiscal conclu avec un pays autre que le Canada ne doit pas être inclus dans le revenu du contribuable¹⁰².

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Art. 15 L.I.

⁹⁹ L'article 16.1 L.I. ressemble quelque peu au paragraphe 253a) L.I.R.

¹⁰⁰ Art. 14 L.I.

¹⁰¹ Le Québec a signé une convention fiscale avec la France. D'ailleurs, un nouvel Avenant (c'est-à-dire un protocole) est entré en vigueur le 1^{er} août 2005 afin de mettre à jour cette convention fiscale afin qu'elle soit plus conforme à la Convention fiscale Canada-France (telle que modifiée par le protocole de 1998), L.C. 1974-75-76, c. 104, partie I et mod. Voir à ce sujet le *Règlement sur la Mise en œuvre de l'entente fiscale entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de la République française en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, R.Q. c. M-31, r.2.1.

¹⁰² Voir le paragraphe 488R1d.1) R.I.

En d'autres mots, une société non résidente qui n'a pas d'établissement stable au Canada aux fins d'une convention fiscale signée par le Canada ne devrait pas avoir d'impôt des sociétés à payer au Québec¹⁰³.

Aux fins de la *Loi sur les impôts*, le terme « établissement » n'inclut pas le concept d'établissement stable réputé pour les prestataires de services qui se retrouve dans le nouveau Protocole (et dans certaines autres conventions fiscales conclues par le Canada). Ainsi, une entreprise américaine qui aurait un établissement stable réputé en vertu du paragraphe 9 de l'article V du Protocole ne serait donc pas imposée au Québec, puisqu'elle n'aurait pas d'établissement aux fins de la *Loi sur les impôts*.

CONCLUSION

En résumé, lorsqu'une entreprise rend des services transfrontaliers, plusieurs questions fiscales peuvent se poser :

- Le revenu est-il un service ou une vente de biens?
- Si les services sont rendus dans le cadre de la vente de biens, les services sont-ils accessoires ou peuvent-ils être dégroupés de la vente de biens?
- Si une SÉA rend des services à sa société mère canadienne ou vice versa, il faudra considérer si le revenu pourra être réputé du RÉATB.
- Si une entreprise étrangère (non américaine) rend des services au Canada, il faudra considérer si l'entreprise a le contrôle des lieux où le prestataire des services est situé (cause *Dudney*).
- Si une entreprise américaine rend des services au Canada, a-t-elle un établissement stable réputé au Canada en vertu du nouveau Protocole?

Dans une situation d'impartition, les réponses à ces questions sont encore plus compliquées étant donné que les règles de RÉATB et les règles pour les prestataires de services du Protocole ne sont soit pas entièrement adaptées à ce type de situations ou encore pas assez détaillées.

¹⁰³ À ce sujet, voir « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 44:15-80, question 8.1.1., aux pages 44:51-52.

Malgré le fait que le secteur des services soit un véritable moteur pour l'économie canadienne, les règles fiscales canadiennes ne semblent pas encore adaptées aux entreprises de services qui font affaire dans un contexte transfrontalier. Tel qu'il est discuté dans plusieurs exemples ci-dessus, les règles de RÉATB ne semblent pas adaptées aux situations non abusives fréquentes où des services sont rendus par une filiale étrangère à sa société mère canadienne dans le cours normal des affaires du groupe. Par ailleurs, les nouvelles règles pour les prestataires de services du Protocole semblent plutôt strictes et punitives pour des investisseurs américains qui veulent faire affaire au Canada sans y avoir d'installation fixe. De telles règles semblent beaucoup plus fréquentes dans des pays en voie de développement qui n'ont pas un secteur des services aussi avancé et prospère que celui du Canada. Si le Canada désire promouvoir davantage la libre circulation des services dans un contexte nord-américain ou international, plusieurs de ces règles fiscales internationales devront être révisées dans un avenir rapproché.

DISPOSITION PAR UNE PERSONNE NON RÉSIDENTE D'UN BIEN CANADIEN IMPOSABLE : OÙ EN SOMMES-NOUS?



Joël L. Boucher

Avocat

Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	12:3
1. LA RAISON D'ÊTRE DE L'ARTICLE 116 L.I.R.....	12:3
2. LES MÉCANISMES PRÉVUS À L'ARTICLE 116 L.I.R.	12:4
2.1. L'OBLIGATION DE PAYER DE L'ACHETEUR.....	12:4
2.2. LA DISPENSE DE L'OBLIGATION DE PAYER DE L'ACHETEUR	12:5
2.3. LES EXCEPTIONS À L'ARTICLE 116 L.I.R.	12:6
3. LES NOUVELLES RÈGLES DU BUDGET FÉDÉRAL DE 2008.....	12:7
3.1. LES BIENS PROTÉGÉS PAR TRAITÉ	12:7
3.2. LA PROTECTION ACCRUE DE L'ACHETEUR	12:9
3.3. NON-ASSUJETTISSEMENT À L'EXIGENCE DE PRODUCTION D'UNE DÉCLARATION DE REVENUS	12:10
3.4. HARMONISATION QUÉBÉCOISE	12:10

4.	OÙ EN SOMMES-NOUS?	12:11
4.1.	LES PROBLÈMES PRATIQUES LIÉS À L'APPLICATION DES NOUVEAUX AMENDEMENTS	12:11
4.1.1.	La possibilité pour le vendeur de se soustraire à toute forme de notification auprès du ministre.....	12:11
4.1.2.	La responsabilité de l'acheteur	12:12
4.1.3.	L'absence de disposition visant les sociétés de personnes	12:14
4.1.4.	Le taux trop élevé de la remise	12:14
4.1.5.	Les délais d'émission des certificats	12:15
4.2.	LE RAPPORT DU GROUPE CONSULTATIF	12:16
	CONCLUSION	12:17

INTRODUCTION

Dans le cadre de cet article, nous tenterons de déterminer où nous en sommes relativement à l'article 116 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ à la suite des modifications proposées dans le Budget fédéral déposé par le ministre Flaherty le 26 février 2008². Afin de guider notre analyse, nous étudierons d'abord la raison d'être de l'article 116 L.I.R., puis les mécanismes qui y sont prévus et enfin les modifications ayant été apportées par le Budget fédéral de 2008. Cette analyse nous permettra alors de déterminer où nous en sommes relativement à l'environnement fiscal actuel³.

1. LA RAISON D'ÊTRE DE L'ARTICLE 116 L.I.R.

Tout d'abord, il convient de revisiter les raisons qui ont motivé l'introduction de l'article 116 L.I.R. Essentiellement, l'article 116 L.I.R. a pour objectif d'empêcher qu'une personne non résidente du Canada ne se soustraie à son obligation de payer un impôt sur le revenu au fisc canadien à l'égard de la disposition d'un bien assujéti à l'impôt canadien, en l'occurrence un bien canadien imposable (ci-après « BCI »)⁴. De manière générale, les BCI constituent une catégorie de biens dont la source de leur valeur est canadienne.

Le montant payé aux termes de l'article 116 L.I.R. ne constitue pas un impôt définitif et n'assujéti pas une personne non résidente à l'impôt canadien⁵. Il s'apparente plutôt à un acompte provisionnel, en ce sens qu'il

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

² CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2008*, 26 février 2008. Les modifications proposées se trouvent aux pages 329 à 331, ainsi qu'aux pages 360 à 362 (ci-après « Budget fédéral de 2008 »).

³ L'auteur souhaite remercier M^e Emmanuel Sala (Blakes, Cassels & Graydon) et M^e Marie-Josée Lapierre (Groupe Pages Jaunes) de leurs commentaires lors de la révision de ce texte.

⁴ Par. 248(1) « bien canadien imposable » L.I.R.

⁵ Une personne non résidente est assujéti à l'impôt canadien en vertu du paragraphe 2(3) L.I.R. sur certains revenus de source canadienne si elle a été employée au Canada, a exploité une entreprise au Canada ou si elle a disposé d'un BCI. Son revenu doit être calculé conformément à l'article 115 L.I.R.

permet au contribuable de remettre une somme au fisc en gage de l'impôt qu'il aura à payer à la suite de la disposition d'un BCI⁶.

Le certificat délivré en vertu de l'article 116 L.I.R. (ci-après « Certificat 116 ») sert donc à prouver que l'obligation de remise a été satisfaite.

2. LES MÉCANISMES PRÉVUS À L'ARTICLE 116 L.I.R.

Il est pertinent de faire un bref survol des règles qui étaient applicables à la disposition d'un BCI par un non-résident avant les différentes modifications proposées dans le Budget fédéral de 2008 pour bien comprendre la portée de ces dernières. D'ailleurs, les règles dont nous ferons état demeurent en application⁷.

2.1. L'OBLIGATION DE PAYER DE L'ACHETEUR

Le paragraphe 116(5) L.I.R. crée l'obligation⁸, pour l'acheteur d'un BCI, de payer un montant égal à 25 % de la différence entre le coût⁹ pour le

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2005-0141101C6, 7 octobre 2005, publiant la question 4.1. de la « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:1-72, aux pages 59:29-30.

⁷ Ces règles peuvent être résumées comme suit : a) l'avis au ministre par le vendeur et l'émission du certificat par le ministre relativement aux dispositions éventuelles d'un BCI en vertu des paragraphes 116(1) et 116(2) L.I.R. respectivement; b) l'avis au ministre par le vendeur et l'émission du certificat par le ministre relativement à la disposition passée d'un BCI en vertu des paragraphes 116(3) et 116(4) L.I.R. respectivement; c) l'obligation de l'acheteur prévue au paragraphe 116(5) L.I.R. de payer au ministre lorsque le certificat prévu aux paragraphes 116(4) L.I.R. n'a pas été émis; d) l'émission d'un certificat par le ministre au vendeur à l'égard de certains biens particuliers relativement à la disposition éventuelle ou passée d'un BCI prévu au paragraphe 116(5.2) L.I.R.; e) l'obligation de l'acheteur prévue au paragraphe 116(5.3) L.I.R. de payer au ministre lorsque le certificat prévu au paragraphe 116(5.2) L.I.R. n'a pas été émis; et f) les règles déterminant les biens soustraits à l'application des règles susmentionnées.

⁸ En plus d'être redevable du montant prévu au paragraphe 116(5) L.I.R., l'acheteur qui omet de payer ledit montant au Receveur général pourrait, entre autres, se voir imposer la pénalité prévue au paragraphe 227(9) L.I.R. en plus de l'intérêt prévu au paragraphe 227(9.3) L.I.R.

⁹ Dans le cas d'une donation entre vifs, les règles prévues au paragraphe 116(5.1) L.I.R. trouveront généralement application afin de présumer qu'aux fins des paragraphes 116(5) et 116(5.3) L.I.R., le produit de disposition est égal à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du bien.

BCI acquis et le montant indiqué sur le Certificat 116, le cas échéant, au Receveur général pour le compte du vendeur non résident. Évidemment, l'acheteur a le droit de déduire du prix de vente toute somme payée au Receveur général¹⁰.

L'acheteur est soumis à une obligation semblable, mais plus précise, en vertu du paragraphe 116(5.3) L.I.R., à l'égard de certains biens qui ne sont pas généralement détenus à titre de bien en capital, soit une police d'assurance vie au Canada¹¹, un avoir minier canadien, un bien immeuble situé au Canada qui n'est pas détenu à titre d'immobilisation, un avoir forestier et un bien amortissable qui est un BCI. Le montant à payer au Receveur général sera alors de 50 % de la différence entre le produit de disposition du BCI et le montant indiqué sur le Certificat 116.

En l'absence d'un Certificat 116, la remise sera égale à 25 % du coût pour l'acheteur ou correspondra à 50 % du montant payable par ce dernier, dans certaines circonstances particulières¹².

2.2. LA DISPENSE DE L'OBLIGATION DE PAYER DE L'ACHETEUR

Une personne non résidente peut choisir d'envoyer un avis au ministre préalablement à la disposition d'un BCI¹³. En l'absence d'un tel avis, la personne non résidente sera tenue d'envoyer un avis au ministre dans les 10 jours suivant la disposition¹⁴. L'acheteur pourra se soustraire à l'obligation de payer le montant prévu au paragraphe 116(5) ou 116(5.3)

¹⁰ Le paragraphe 116(5) L.I.R. *in fine* prévoit en effet que : « L'acheteur a le droit de déduire d'un montant qu'il a versé à la personne non résidente, ou porté à son crédit, ou de retenir sur un tel montant, ou de recouvrer autrement d'une telle personne, tout montant qu'il a payé au titre de cet impôt. »

¹¹ Dans ce cas, l'assureur sera présumé être l'acheteur de la police en vertu du paragraphe 116(5.4) L.I.R. De plus, les définitions prévues au paragraphe 138(12) L.I.R. à l'égard des produits d'assurance trouveront application à l'article 116 L.I.R. en vertu du paragraphe 116(7) L.I.R.

¹² Les notions de « coût » et de « montant payable » sont remplacées par la notion de « juste valeur marchande » dans les cas de donation entre vifs et ceux de transferts entre personnes ayant un lien de dépendance.

¹³ Il s'agit alors de l'avis qui peut être envoyé par un contribuable en vertu du paragraphe 116(1) L.I.R.

¹⁴ Dans ce cas-ci, il s'agit plutôt de l'avis qu'un contribuable est tenu d'envoyer au ministre en vertu du paragraphe 116(3) L.I.R. si, par ailleurs, ledit contribuable n'a pas envoyé l'avis prévu au paragraphe 116(1) L.I.R.

L.I.R., selon le cas, lorsque le ministre a émis un Certificat 116 à l'égard d'une disposition passée conformément au paragraphe 116(4) L.I.R., ou lorsque le ministre a délivré un Certificat 116 à l'égard d'une disposition éventuelle¹⁵ conformément au paragraphe 116(2) L.I.R., mais seulement jusqu'à concurrence du montant indiqué sur ce dernier. Ces certificats sont émis seulement dans la mesure où le vendeur a payé au ministre un montant correspondant à 25 % de l'excédent du produit de disposition (ou du produit de disposition éventuelle, selon le cas) sur le prix de base rajusté du BCI ou a fourni une garantie que le ministre juge acceptable à l'égard de la disposition du BCI.

Lorsque les formalités relatives à l'obtention d'un Certificat 116 qui se rapporte à une disposition éventuelle sont dûment complétées, le montant apparaissant sur le Certificat 116 correspond généralement au produit de disposition du BCI¹⁶, ce qui a pour effet que l'acheteur n'a normalement plus à remettre une partie dudit produit de disposition au Receveur général. Il est intéressant de noter que l'obligation de payer au Receveur général est d'abord imposée à l'acheteur (pour le compte du vendeur) et que la dispense de cette obligation pour l'acheteur est tributaire du vendeur.

2.3. LES EXCEPTIONS À L'ARTICLE 116 L.I.R.

Diverses exceptions peuvent dispenser l'acheteur de son obligation de remettre au Receveur général la somme prévue au paragraphe 116(5) ou 116(5.3) L.I.R. Ce sera le cas notamment lorsque l'acheteur, après une enquête sérieuse, détermine qu'il n'a aucune raison de croire que le vendeur est non résident.

De plus, les biens exclus, tels qu'ils sont définis au paragraphe 116(6) L.I.R., ne sont pas assujettis au régime de l'article 116 L.I.R. Un « bien exclu », relativement à une personne non résidente, s'entend notamment d'un bien qui figure à l'inventaire d'une entreprise exploitée au Canada (sauf un bien immeuble situé au Canada, un avoir minier canadien et un avoir forestier); d'une action du capital-actions d'une société qui est inscrite sur une Bourse reconnue; d'une unité d'une fiducie de fonds commun de

¹⁵ L'obligation du ministre de délivrer un certificat est prévue aux paragraphes 116(2), 116(4) et 116(5.2) L.I.R., selon le cas.

¹⁶ Dans le cas d'une disposition passée, le produit de disposition est connu. Toutefois, dans le cas d'une disposition éventuelle, le produit de disposition est susceptible de changer. C'est pourquoi le Certificat 116 prévoit une limite dans le cadre d'une disposition éventuelle.

placement; d'une obligation, d'un effet, d'un billet, d'une créance hypothécaire (ou de tout titre semblable) et de certains biens d'un assureur non résident et d'une banque étrangère.

En résumé, les biens exclus sont généralement constitués de biens à l'égard desquels le gain est soit : 1) assujéti à l'impôt canadien en vertu du régime général de la Partie I L.I.R., sous réserve de l'application d'un traité fiscal (par exemple, les biens qui figurent à l'inventaire d'une entreprise exploitée au Canada); ou 2) généralement exempt d'impôt en vertu de la Partie I L.I.R. entre les mains du non-résident (par exemple, les effets financiers ou les actions de sociétés publiques).

Évidemment, tout bien qui n'est pas un BCI est *de facto* soustrait à l'application de l'article 116 L.I.R.

3. LES NOUVELLES RÈGLES DU BUDGET FÉDÉRAL DE 2008

Les modifications proposées par le Budget fédéral de 2008 avaient pour objectif de rationaliser et de simplifier les règles applicables aux dispositions de BCI par des non-résidents¹⁷. Ces modifications sont vraisemblablement les plus importantes apportées à l'article 116 L.I.R. depuis son introduction.

Ces nouvelles règles rendent applicable le concept de « bien protégé par traité », déjà présent dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, aux règles contenues dans l'article 116 L.I.R. L'introduction de ce concept, dans certains cas, soustrait le vendeur à l'obligation d'obtenir un Certificat 116, crée une nouvelle forme de protection pour l'acheteur et soustrait le vendeur à son obligation de produire une déclaration de revenus au Canada¹⁸. Ces règles sont applicables aux dispositions de biens effectuées après 2008.

3.1. LES BIENS PROTÉGÉS PAR TRAITÉ

Comme nous pouvons le constater, les règles décrites ci-dessus ne tiennent aucunement compte des traités fiscaux^{19, 20}. Elles trouvent en effet

¹⁷ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. 330.

¹⁸ Par. 150(5) L.I.R.

¹⁹ Aux fins du présent texte, nous utiliserons les termes « traité fiscal » et « convention fiscale » indistinctement.

²⁰ Notons toutefois que dans la *Circulaire d'information 72-17R5*, « Procédure concernant la disposition de biens canadiens imposables par des non-résidents du (à suivre...)

application indépendamment de tout allègement que pourrait procurer une convention fiscale. Or, la plupart des conventions fiscales permettent au Canada d'imposer uniquement les gains en capital à l'égard de la vente de biens immeubles situés au Canada, d'avoirs miniers canadiens ainsi que d'actions de sociétés dont la majorité de la valeur est attribuable à de tels biens²¹.

En vertu des nouvelles règles, lorsqu'un bien protégé par traité fait l'objet d'une disposition, et dans le cas où l'acheteur et la personne non résidente sont liés, que l'acheteur donne avis au ministre dans le délai prescrit²², ce bien est un « bien exempté par traité », donc aussi un bien exclu en vertu du paragraphe 116(6) L.I.R. En conséquence, l'acheteur est dispensé de son obligation de remise prévue au paragraphe 116(5) L.I.R. à l'égard de la disposition du bien²³. Un bien protégé par traité est défini comme étant :

« Un bien d'un contribuable dont la disposition par lui à ce moment donne naissance à un revenu ou à un gain qui serait exonéré, par l'effet d'un traité fiscal, de l'impôt prévu à la partie I²⁴. »

Ces nouvelles règles n'ont pas pour effet d'exonérer quiconque de l'impôt qui pourrait par ailleurs être payable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais elles établissent une exemption à l'application des exigences

(...suite)

Canada – Article 116 », 15 mars 2005, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») mentionnait :

« 25. L'article 116 ne renferme pas de directives concernant le statut d'exonération en vertu d'une convention fiscale. L'ARC permet toutefois aux vendeurs de se prévaloir d'une exonération en vertu d'une convention fiscale précise au moment où ils produisent un avis de disposition. [...] »

28. L'octroi d'une exonération au moment de l'envoi d'un avis de disposition est le résultat d'une décision discrétionnaire. »

²¹ Dans les conventions signées par le Canada, l'article portant sur les gains est généralement basé sur l'article 13 du *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* de l'Organisation de coopération et de développement économiques, Paris, OCDE, 2000.

²² Par. 116(5.02) et 116(6.1) L.I.R.

²³ En effet, le préambule du paragraphe 116(5) L.I.R. stipule que les biens exclus ne sont pas assujettis à ce paragraphe.

²⁴ Par. 248(1) « bien protégé par traité » L.I.R.

énoncées à l'article 116 L.I.R. en accord avec la protection prévue par la convention fiscale applicable.

De plus, il est important de noter que dans l'éventualité où la caractérisation du bien à titre de bien protégé par traité serait erronée, l'acheteur demeurerait entièrement responsable de la remise qu'il aurait dû faire en vertu du paragraphe 116(5) L.I.R. et qu'il n'a pas faite.

3.2. LA PROTECTION ACCRUE DE L'ACHETEUR

Selon les anciennes règles, l'acquéreur d'un BCI pouvait se soustraire à son obligation de remise seulement à la suite d'une « enquête sérieuse » auprès du vendeur déterminant que ce dernier était résident du Canada. Les nouvelles règles étendent la protection de l'acheteur dans certains cas en introduisant une nouvelle forme de protection pour l'acheteur reposant en partie sur le concept d'« enquête sérieuse ».

En effet, dorénavant, par le truchement du paragraphe 116(5) L.I.R.²⁵, tel qu'il est modifié par la nouvelle législation, et du nouveau paragraphe 116(5.01) L.I.R., l'obligation de l'acheteur d'un BCI de remettre une portion du prix de vente du BCI au fisc tombera lorsqu'un bien protégé par traité fera l'objet d'une disposition par un non-résident en sa faveur et que les conditions suivantes se vérifient :

- a) après enquête sérieuse, l'acheteur en vient à la conclusion que la personne non résidente est, aux termes d'un traité fiscal que le Canada a conclu avec un pays donné, un résident de ce pays;
- b) le bien serait un bien protégé par traité de la personne non résidente si celle-ci était un résident du pays donné aux termes du traité visé à l'alinéa a); et
- c) l'acheteur envoie l'avis au ministre aux termes du paragraphe 116(5.02) L.I.R. à l'aide du Formulaire T2062C dans les 30 jours suivant la date de l'acquisition.

Notons que cet avis doit être envoyé sans égard au fait que le vendeur et l'acheteur soient liés ou non, contrairement à l'avis prévu au paragraphe 116(6.1) L.I.R.

²⁵ Ou du paragraphe 116(5.3) L.I.R., selon le cas.

À la différence de l'exception prévue au paragraphe 116(6.1) L.I.R., l'acheteur n'aura pas à déterminer avec certitude tous les éléments qui font du BCI un bien protégé par traité, notamment la résidence du vendeur, afin de bénéficier de la protection offerte par le paragraphe 116(5.01) L.I.R.

3.3. NON-ASSUJETTISSEMENT À L'EXIGENCE DE PRODUCTION D'UNE DÉCLARATION DE REVENUS

Un non-résident qui dispose d'un BCI est assujéti à l'impôt au Canada. Conséquentment, il doit normalement produire une déclaration de revenus au Canada pour l'année visée²⁶, sans égard au fait qu'il puisse être par ailleurs ultimement exempt d'impôt au Canada par l'effet d'une convention fiscale. En vertu des nouvelles règles, certains non-résidents sont maintenant exempts de l'exigence de produire une déclaration de revenus du Canada à l'égard de la disposition d'un BCI lorsque les conditions prévues au paragraphe 150(5) L.I.R. sont remplies :

- a) aucun impôt n'est payable par le non-résident pour l'année d'imposition en cours, ou d'une année antérieure, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; et
- b) chaque BCI dont le non-résident a disposé au cours de l'année est, selon le cas, un « bien exclu » ou un bien dont la disposition a fait l'objet de l'émission d'un Certificat 116.

Rappelons qu'un bien exclu comprend désormais un bien exempté par traité, soit un bien protégé par traité, et dans le cas d'une disposition entre personnes liées, qui a fait l'objet d'un avis au ministre en vertu du paragraphe 116(5.02) L.I.R.

3.4. HARMONISATION QUÉBÉCOISE

Dans le Budget provincial du 13 mars 2008²⁷, le ministre des Finances du Québec a indiqué que la législation québécoise serait modifiée afin d'y intégrer diverses mesures contenues dans le Budget fédéral de 2008, notamment les mesures relatives à la disposition de biens canadiens

²⁶ Art. 150 L.I.R.

²⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2008-2009, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 13 mars 2008.

imposables²⁸. À cet égard, des modifications à la *Loi sur les impôts* du Québec²⁹ ont été apportées en juin dernier³⁰.

Notons qu'il n'y a pas d'équivalent provincial au Formulaire T2062C, « Avis d'acquisition d'un bien protégé par traité d'un vendeur non résident », afin de donner l'avis au ministre. Lors de discussions informelles avec des représentants de Revenu Québec, ces derniers ont mentionné que l'envoi d'une lettre serait suffisant afin de donner avis au ministre aux termes de l'article 1101.2 L.I., soit l'équivalent du paragraphe 116(5.01) L.I.R. La lettre sera estampillée et retournée au contribuable en guise de preuve que l'avis a été reçu par le ministre.

4. OÙ EN SOMMES-NOUS?

Bien que les changements récents à l'article 116 L.I.R. aient été bien reçus par la communauté des affaires, il semble qu'il subsiste certaines insatisfactions, notamment quant à la véritable portée de ces modifications. De plus, l'application des nouveaux amendements soulève certains problèmes en pratique. Nous terminerons cette section en faisant un bref survol du rapport du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale³¹.

4.1. LES PROBLÈMES PRATIQUES LIÉS À L'APPLICATION DES NOUVEAUX AMENDEMENTS

4.1.1. La possibilité pour le vendeur de se soustraire à toute forme de notification auprès du ministre

Étonnamment, en vertu des nouvelles règles, un avis devra nécessairement être envoyé au ministre seulement dans le cadre d'une disposition entre personnes liées. Il s'agit de l'avis prévu au paragraphe 116(6.1) L.I.R. En effet, il est possible pour une personne non résidente de

²⁸ *Id.*, p. A.140.

²⁹ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

³⁰ *Loi donnant suite au discours sur le budget du 13 mars 2008 et à certains autres énoncés budgétaires*, L.R.Q. 2009, c. 15, sanctionnée le 4 juin 2009, art. 369 à 374.

³¹ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *Promouvoir l'avantage fiscal international du Canada*, Rapport final du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale, décembre 2008, p. 110.

disposer d'un BCI sans faire une demande de Certificat 116, sans donner d'avis au ministre et sans produire de déclaration de revenus, dans la mesure où cette dernière détermine que le BCI est un bien protégé par traité. Cette possibilité résulte du fait qu'un bien protégé par traité dans le cadre d'une transaction entre personnes traitant à distance sera considéré comme un bien exempté par traité aux fins du paragraphe 116(6.1) L.I.R. À ce titre, le BCI sera par définition un bien exclu, ce qui implique que sa disposition ne sera pas assujettie à l'obligation de remise du paragraphe 116(5) L.I.R.³² Cependant, tel qu'il est mentionné ci-dessus, dans l'éventualité où il serait déterminé subséquemment que le BCI n'est pas en fait un bien protégé par traité, l'acheteur pourrait être tenu responsable de la remise qu'il n'a pas faite auprès du ministre. À la lumière d'un tel risque, le mécanisme de protection de l'acheteur prévu au paragraphe 116(5.01) L.I.R. prend tout son sens.

Selon des discussions informelles que nous avons eues avec un représentant de l'ARC, cette différence dans le traitement entre les personnes traitant à distance et celles ne traitant pas à distance pourrait s'expliquer par le fait qu'il est peu probable en pratique qu'un acheteur consente à n'effectuer aucune remise et à ne donner aucun avis dans le cadre d'une transaction entre personnes non liées. Bien que nous reconnaissons la valeur de cet argument, nous comprenons difficilement pourquoi les transactions entre personnes liées et non liées sont traitées différemment. De plus, il est difficile de réconcilier la politique fiscale de l'article 116 L.I.R. avec le fait qu'une personne non résidente puisse tout simplement « disparaître du radar » de l'ARC en laissant peu ou pas de traces au Canada pouvant servir à identifier une éventuelle occasion de vérification fiscale. Nous reconnaissons tout de même que cette éventualité demeure peu probable dans le cadre d'une transaction où l'acheteur et le vendeur traitent véritablement à distance.

4.1.2. La responsabilité de l'acheteur

En théorie, les nouveaux amendements ont éliminé la nécessité d'effectuer une retenue en regard de la disposition d'un BCI dont le gain en capital serait par ailleurs non assujetti à l'impôt canadien dû à l'application d'une convention fiscale en permettant à l'acheteur de choisir le processus d'avis simplifié. Ces nouveaux amendements contribueront certainement à faciliter les réorganisations de sociétés à l'intérieur d'un groupe de personnes

³² Voir le préambule du paragraphe 116(5) L.I.R. qui prévoit qu'un bien exclu n'est pas assujetti à l'obligation de remise.

liées. Cependant, le fait que l'acheteur puisse demeurer responsable du montant de la retenue risque de faire en sorte que la plupart des transactions entre personnes non liées feront tout de même l'objet d'une demande de Certificat 116.

En effet, afin de bénéficier de l'exemption prévue au paragraphe 116(5.01) L.I.R., l'acheteur doit d'abord déterminer que le vendeur est résident dans le pays conventionné. Il s'agit d'une question légale qui relève du droit de la juridiction du vendeur. Cette détermination est d'autant plus complexe lorsque le vendeur n'est pas une personne physique ou une compagnie (c'est-à-dire, une société de personnes ou une fiducie). L'acheteur pourra satisfaire ce critère s'il tire sa conclusion après une « enquête sérieuse ». On peut raisonnablement croire qu'une représentation écrite du vendeur dans la convention de vente attestant qu'il est résident du pays donné pourrait suffire à satisfaire ce critère.

Dans un deuxième temps, l'acheteur doit déterminer si le gain résultant de la disposition bénéficierait de la protection d'une convention. Cette fois-ci, une enquête sérieuse ne suffit pas. La détermination de l'acheteur doit être exacte sans quoi il pourra être tenu responsable de la remise qu'il n'a pas faite. Or, dans le cadre de la disposition d'actions, par exemple, cette détermination dépend souvent d'un processus complexe d'évaluation des biens de la compagnie. La complexité de cette détermination sera exacerbée par l'application de la clause de « Restrictions apportées aux avantages » à l'image de celle présentement applicable à la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*³³.

On peut se demander pourquoi un acheteur prendrait un risque fiscal qui ne lui procure aucun avantage, mis à part l'accélération du processus de vente, en tentant de déterminer le statut fiscal du vendeur. On peut aussi se demander pourquoi on impose à un contribuable canadien le fardeau de déterminer avec exactitude le droit aux bénéfices d'une convention du vendeur à l'égard d'un BCI. Au surplus, le vendeur ne réside pas au Canada, ce qui peut rendre la collecte d'information plus difficile. Par exemple, s'il y a un risque que la disposition générale antiévitement trouve application, l'acheteur doit-il soumettre une demande de Certificat 116 de manière préventive? En pratique, cela force l'acheteur à déterminer s'il y a eu *treaty*

³³ *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995, le 29 juillet 1997 et le 21 septembre 2007.

shopping ou non afin de bénéficier de l'exemption prévue au paragraphe 116(5.01) L.I.R.

Il nous semble que l'introduction d'une défense de diligence raisonnable en faveur de l'acheteur, telle l'obtention d'une représentation écrite par le vendeur, ou d'un avis juridique quant à l'admissibilité du vendeur aux bénéfices de la convention à l'égard du bien vendu, permettrait de donner à ces nouvelles règles la portée qu'elles méritent.

4.1.3. L'absence de disposition visant les sociétés de personnes

Les nouveaux amendements n'offrent aucun allègement aux membres de sociétés de personnes et autres entités non constituées en personne morale qui ont ultimement droit aux avantages découlant d'une convention fiscale. La disposition d'un investissement qui est un BCI par une société de personnes non résidentes requiert l'obtention d'un Certificat 116 pour chacun des associés. À cet égard, l'utilisation du processus d'avis simplifié requiert le même type d'information que la demande de Certificat 116 sur les différents membres de la société de personnes³⁴. Parfois, ces sociétés de personnes sont composées de centaines d'investisseurs, ce qui rend le processus d'avis difficile à gérer. Les structures permettant d'éviter ce fardeau administratif consistent souvent en l'interposition d'une société de portefeuille résidant dans une juridiction avec laquelle le Canada a conclu une convention fiscale et où le gain en capital est peu ou pas imposé. On peut penser à l'État du Luxembourg qui prévoit une *participating exemption* dans certaines circonstances ou l'État de la Barbade qui n'assujettit pas le gain en capital à l'impôt³⁵. Ces structures alternatives sont dispendieuses et complexes. Puisque les nouveaux amendements n'adressent pas la problématique liée aux sociétés de personnes et autres entités semblables, il est à prévoir que l'interposition d'entités corporatives demeurera nécessaire dans l'avenir.

4.1.4. Le taux trop élevé de la remise

La remise de 25 % aux termes de l'article 116 L.I.R. reflète approximativement le taux marginal combiné fédéral et provincial le plus

³⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0317371I7(E), 16 juillet 2009.

³⁵ Notons que les *International Business Companies*, communément appelées IBC, ne bénéficient pas de la *Convention fiscale entre le Canada et la Barbade*.

élevé pour un gain en capital applicable à un individu, alors que la remise de 50 %, applicable à l'égard de certains biens précis, représente quant à elle approximativement le taux marginal combiné fédéral et provincial le plus élevé applicable au revenu d'un individu. Bien que nous comprenions la valeur théorique de ces pourcentages, en pratique le montant de la retenue excède généralement l'impôt final payable par le vendeur. Dans la mesure où l'on croit que le processus de l'article 116 L.I.R. est nécessaire à la bonne gouvernance de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il nous apparaîtrait raisonnable que le montant de la remise puisse être modulé en fonction de la situation fiscale particulière du vendeur.

De plus, lorsqu'un non-résident dispose d'un bien québécois imposable, une remise provinciale de 12 %³⁶ est imposée en plus de la remise fédérale, ce qui fait en sorte que la retenue totale qui sera effectuée par l'acheteur s'élèvera généralement à 37 % ou à 62 %, selon le cas. L'absence d'une politique administrative pour soulager le vendeur³⁷, ou d'une réduction statutaire du montant de la remise ne peut qu'étonner.

4.1.5. Les délais d'émission des certificats

Le délai d'émission d'un Certificat 116 est problématique et a fait l'objet de multiples critiques pour cette raison³⁸. Il faut prévoir le plus souvent plusieurs mois avant d'obtenir un Certificat 116 et il n'y a pas d'uniformité entre le traitement que l'on peut espérer recevoir d'un bureau des services fiscaux à un autre³⁹. L'ARC a expliqué ces délais dans le passé par l'augmentation des demandes durant les dernières années et la nature complexe des transactions. Bien que nous reconnaissons la validité des arguments de l'ARC, nous croyons que ces délais peuvent avoir une incidence négative sur la capacité du Canada d'avoir accès à des capitaux étrangers, particulièrement pour les sociétés privées.

Afin d'examiner en partie cette problématique, l'ARC émet régulièrement des lettres de confort lorsqu'une demande de Certificat 116 a

³⁶ Art. 1098 L.I.

³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0141101C6, 7 octobre 2005.

³⁸ Jack BERNSTEIN, « Section 116 Certificates », (2007), vol. 15 *Canadian Tax Highlights*, p. 10.

³⁹ Stephen A. HURWITZ, « Reforming Section 116 – Key to Opening Canadian Borders to Foreign Venture Capital », *Q-News*, avril 2009.

été effectuée. Cette lettre de confort permet généralement à l'acheteur de conserver le montant de la remise pour le compte de l'ARC le temps que le montant à remettre soit déterminé⁴⁰. Une fois cette détermination faite, l'acheteur effectue une remise au Receveur général s'il y a lieu, ce dernier émet le Certificat 116 et l'acheteur remet l'excédent du montant qu'il a retenu, le cas échéant, au vendeur. Puisque le montant retenu par l'acheteur excède généralement le montant qui doit ultimement être remis, ce mécanisme permet au vendeur de récupérer une partie du produit de disposition plus rapidement que s'il devait attendre d'obtenir un remboursement après avoir effectué sa déclaration de revenus.

Nous croyons qu'il serait pertinent de considérer l'implantation d'un processus accéléré optionnel par lequel un vendeur non résident pourrait obtenir un Certificat 116 dans un délai de quelques semaines au plus moyennant le paiement de frais supplémentaires, à l'image du processus de décision anticipée. Les frais exigés seraient probablement acceptables considérant l'ampleur de la plupart des investissements et permettraient un désengorgement du processus administratif actuellement en place. Du moins, un tel système nous donnerait l'occasion de fournir une solution de rechange satisfaisante à certains clients.

4.2. LE RAPPORT DU GROUPE CONSULTATIF

En décembre 2008, le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale (ci-après « Comité »), mandaté par le ministre Flaherty, a rendu un rapport dans lequel il fait des recommandations quant à des modifications éventuelles à apporter aux règles canadiennes portant sur la disposition de BCI par des non-résidents. Notons que le Comité a eu l'occasion d'étudier les amendements proposés dans le Budget fédéral de 2008.

Le Comité a souligné à juste titre le fait que la majorité des entreprises étrangères ayant des intérêts dans des BCI ont droit aux avantages découlant des conventions fiscales rendant les exigences de l'article 116 L.I.R. généralement inutiles, en plus de représenter une embûche à la bonne poursuite des affaires. Le Comité a notamment mentionné que le processus engendre des coûts injustifiés et crée des retards importants dans la conclusion de transactions. Les frustrations des investisseurs non résidents

⁴⁰ David MOFFAT, France MARENGÈRE et Kevin WICKSTROM, « Certificate of Compliance and Waivers », dans *2005 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, p. 19:3.

ne sont qu'exacerbées lorsqu'ils ont au surplus l'obligation de produire une déclaration de revenus afin de se prévaloir des avantages qui leur sont accordés en vertu d'une convention fiscale ou pour obtenir un remboursement des sommes remises à l'ARC. Le Comité a observé que l'obtention d'un Certificat 116 est d'ailleurs souvent requise pour les investisseurs non résidents qui disposent de valeurs mobilières.

À la suite de ses délibérations, le Comité a fait les deux recommandations suivantes :

« **Recommandation 7.4** : Éliminer les exigences de retenue d'impôt relatives à l'aliénation d'un bien canadien imposable lorsque le non-résident certifie que le gain réalisé est exempt d'impôt au Canada en vertu d'une convention fiscale.

Recommandation 7.5 : Exclure la vente de toutes les valeurs canadiennes cotées en bourse des exigences de déclaration et de retenue d'impôt en vertu de l'article 116 de la Loi de l'impôt sur le revenu⁴¹. »

CONCLUSION

Considérant le réseau étendu de conventions fiscales du Canada, il semble que la véritable politique fiscale canadienne en regard de la disposition de BCI par des non-résidents soit en fait d'imposer seulement les biens immobiliers⁴². De plus, les formalités entourant l'obtention du Certificat 116 ne génèrent presque aucun revenu pour l'ARC puisque la plupart des gains sont exemptés par une convention fiscale. Nous sommes donc d'avis qu'à l'image des États-Unis et de l'Angleterre, qui n'ont pas de processus semblable en place, l'existence même de l'article 116 L.I.R. devrait être remise en question. Il nous semble qu'un processus d'avis suffirait à atteindre les objectifs principaux visés par l'article 116 L.I.R.

Finalement, la Cour fédérale a émis un jugement en avril dernier dans l'affaire *Robert M.O. Morris and Neville Leroy Smith, Trustees of the RCI Trust c. MRN*⁴³, indiquant que les dispositions de l'article 116 L.I.R. étaient tout simplement inapplicables lorsqu'une personne non résidente bénéficie de la protection d'une convention fiscale à l'égard de la disposition d'un BCI. Ce jugement a été rendu sur la base de la législation en vigueur avant les modifications proposées par le Budget fédéral de 2008. Le bien-fondé de

⁴¹ GROUPE CONSULTATIF SUR LE RÉGIME CANADIEN DE FISCALITÉ INTERNATIONALE, *op. cit.*, note 31, p.110.

⁴² S. A. HURWITZ, *loc. cit.*, note 39, 4.

⁴³ 2009 CF 434, 29 avril 2009.

cette décision a été remis en question par la doctrine⁴⁴. Sans surprise, la Couronne a porté la cause en appel. Il sera intéressant de suivre l'évolution de ce dossier, car si le contribuable obtient gain de cause, la décision pourrait avoir un impact sans précédent sur l'article 116 L.I.R., ainsi que sur d'autres dispositions, notamment celles portant sur les retenues à la source sur les salaires versés à des employés non résidents.

⁴⁴ Pour une analyse complète de la décision, voir Nathan BOIDMAN et Michael KANDEV, « Can a Treaty Override Domestic Backup Withholding Rules? The Canadian Decision in RCI », (2008), vol. 54, n° 10 *Tax Notes International*, p. 867.

TENDANCES DE VÉRIFICATION DE L'ARC



Dan Rivet
CGA

Agence du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	13:3
1. PLANIFICATION FISCALE INTERNATIONALE ABUSIVE	13:3
2. COMITÉS AU SEIN DE L'ARC	13:4
3. SUJETS COURANTS.....	13:5
3.1. ÉVITEMENT DU PARAGRAPHE 93(2) L.I.R.....	13:5
3.2. APPLICATION DU PARAGRAPHE 95(6) L.I.R.....	13:6
3.2.1. Abus du paragraphe 85.1(3) L.I.R.....	13:7
3.2.2. Transfert de dette.....	13:8
3.2.3. Financement avec actions privilégiées	13:9
CONCLUSION	13:10

INTRODUCTION

Le gouvernement canadien s'est engagé à simplifier le régime fiscal et à le rendre plus équitable tant sur le plan « domestique » qu'en ce qui concerne les activités d'entreprises à l'étranger. Le but est de créer un milieu propice aux investissements des entreprises dans l'équipement, l'innovation et la formation. Ainsi, le Canada servira de tremplin à la réussite des entreprises à l'échelle mondiale. La simplification du régime fiscal du Canada permet de réduire le fardeau administratif et d'observation imposé aux entreprises, ce qui abaisse leurs coûts. L'impartialité du régime fiscal signifie l'uniformisation des règles, de jeu de sorte que tous les contribuables paient leur juste part d'impôt sur le revenu, qu'il soit gagné au Canada ou à l'étranger¹.

Malgré le fait que le gouvernement canadien reconnaisse avoir un rôle important à jouer pour améliorer la compétitivité du Canada à long terme, il reconnaît aussi qu'un certain nombre de contribuables canadiens et non résidents participeront de la planification fiscale abusive pour arriver à des fins ni prévues ni désirées.

1. PLANIFICATION FISCALE INTERNATIONALE ABUSIVE

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a un rôle important à jouer dans l'identification et la détection des contribuables ou de toutes autres personnes qui détournent les avantages mis en place par le gouvernement canadien à des fins non appropriées. Dans les dernières années, l'ARC a augmenté ces activités d'observation envers ce que l'on peut appeler la « planification fiscale internationale abusive » (ci-après « PFIA »). La lutte contre la PFIA est une initiative conjointe de la Division de l'impôt international et de la Division de la planification fiscale abusive et fut mise en place afin d'élaborer des stratégies et des systèmes visant à découvrir et à supprimer les arrangements de PFIA ou les stratagèmes d'évitement.

Dans cette initiative conjointe, 11 centres d'expertise furent créés à travers le Canada pour lutter contre la PFIA. Le mandat de ces centres est de renforcer et d'améliorer les programmes de l'ARC en matière de vérification et de recouvrement dans le but de faire échec à l'évitement fiscal

¹ CANADA, ministère des Finances, *Avantage Canada : Bâtir une économie forte pour les Canadiens*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006.

international et à la planification fiscale internationale abusive. Ces centres sont dotés de chercheurs qui développeront de nouvelles façons de déterminer, d'examiner et de mettre un terme aux ententes de PFIA et aux enjeux qui y sont liés. Le travail de recherche entrepris par ces centres vise à :

- contribuer à une meilleure compréhension de la PFIA par l'ARC;
- améliorer les modèles d'évaluation de risque;
- établir des analyses de rentabilisation en vue de modifications législatives; et
- échanger des renseignements avec les pays ayant conclu des conventions fiscales.

Présentement, les projets de recherche sur lesquels les centres sont impliqués incluent de la recherche sur les produits financiers, les abris fiscaux, les prix de transfert, la résidence, les entités hybrides et les abus de conventions.

2. COMITÉS AU SEIN DE L'ARC

Les activités d'identification et de détection de planifications fiscales ou de stratagèmes sont généralement la responsabilité des centres fiscaux de l'ARC, avec des conseils et des orientations reçus par l'administration centrale. Cependant, la décision de ce qui constitue de la planification fiscale abusive est généralement laissée aux comités spécialisés au sein de l'administration centrale de l'ARC et gérés par celle-ci. Les comités, tels que le Comité de la disposition générale antiévitement (ci-après « DGAÉ »), le Comité sur l'application du paragraphe 95(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² et le Comité de revue des prix de transfert (ci-après « CRPT »), sont chargés de développer la position de l'ARC sur les planifications fiscales dans lesquelles les contribuables ont participé.

Le Comité de la DGAÉ est responsable de l'application de la règle générale antiévitement fiscal (ci-après « RGAÉ ») dans les demandes de décisions anticipées et dans les renvois de la Section des vérifications. Les membres du Comité sont des représentants de l'ARC, du ministère des

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

Finances et du ministère de la Justice. Toutes demandes pour l'application de la DGAÉ dans un dossier de vérification doivent être acheminées à la Section de la DGAÉ et du soutien technique³ à l'administration centrale par demande formelle. Cette section est mandatée pour fournir l'expertise spécialisée dans le développement des positions nécessaires pour contrecarrer les situations perçues comme abusives. Ce sont les membres de cette section qui présentent les dossiers au Comité de la DGAÉ.

Le Comité sur l'application du paragraphe 95(6) L.I.R. fut établi en 2005 afin de s'assurer d'une application adéquate et cohérente de ce paragraphe. Le Comité est formé de représentants de la Division de l'impôt international, de la Division de la planification fiscale abusive et de la Direction des décisions en impôt. Avant d'appliquer le paragraphe 95(6) L.I.R. dans leur dossier, les bureaux fiscaux doivent obtenir l'accord de ce comité.

Étant donné que ce document a pour but de discuter des tendances de vérification dans le contexte de la planification fiscale abusive, aucune discussion ne sera présentée sur le CRPT.

3. SUJETS COURANTS

3.1. ÉVITEMENT DU PARAGRAPHE 93(2) L.I.R.

Malgré le fait que l'évitement du paragraphe 93(2) L.I.R. ait été identifié surtout dans une série de transactions ayant pour but le démantèlement de structures étagées, l'ARC considère que cette planification pourrait aussi être mise en place à d'autres fins et poursuit ses activités d'identification sur ce plan. L'ARC a l'intention de s'opposer à ces transactions, qu'elles fassent partie d'un démantèlement d'une structure étagée ou de toute autre planification.

Généralement, lorsque la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») d'une filiale étrangère est inférieure au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de ses actions, une liquidation de la filiale étrangère aurait comme

³ En avril 2008, deux sections additionnelles furent ajoutées au sein de la Division de la planification fiscale abusive, la Section des fiducies non résidentes et des entités de placement étrangères ainsi que la Section de l'évitement fiscal interprovincial. Ces deux sections sont responsables d'analyser les renvois des bureaux fiscaux sur l'application de la RGAÉ dans les dossiers traitant de ces sujets particuliers. Cette revue serait similaire à celle discutée dans le cadre de la Section de la DGAÉ et du soutien technique.

résultat de générer une perte pour la société mère selon le paragraphe 69(5) L.I.R. Cette perte serait alors réduite des dividendes exonérés en vertu de l'article 113 L.I.R., reçus par la société mère de la filiale selon le paragraphe 93(2) L.I.R.

Dans le but de préserver la totalité des pertes sur la liquidation de la filiale, la planification prévoit un changement des dirigeants de la filiale pour des dirigeants canadiens afin que la filiale soit considérée comme résidente au Canada aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Lors de la liquidation de la filiale, la société mère réalise une perte selon le paragraphe 69(5) L.I.R.⁴ Cependant, puisque la filiale est maintenant considérée comme résidente, la réduction de la perte serait maintenant déterminée selon le paragraphe 112(3) L.I.R. Le paragraphe 112(3) L.I.R. prévoit que la perte est réputée être égale au montant de la perte moins tous les dividendes reçus par la société mère qui étaient déductibles selon l'article 112, le paragraphe 115(1) ou le paragraphe 138(6) L.I.R. Puisque les dividendes qui furent reçus par la société mère étaient des dividendes exonérés selon l'article 113 L.I.R. et non déductibles selon l'article 112 L.I.R., aucune réduction de la perte n'est prévue et le plein montant de la perte a été préservé.

L'ARC a l'intention d'utiliser la RGAÉ pour faire en sorte que la perte soit réduite telle qu'elle l'aurait été par l'application du paragraphe 93(2) L.I.R.

3.2. APPLICATION DU PARAGRAPHE 95(6) L.I.R.

Le paragraphe 95(6) L.I.R. est une disposition antiévitement qui s'applique lorsqu'on émet, acquiert ou dispose d'actions ou de droits d'acquérir des actions dans le but d'éviter l'impôt. Ce paragraphe s'applique aux fins de la sous-division (I) (portant sur les dispositions relatives aux sociétés étrangères affiliées et aux revenus étrangers accumulés tirés de biens), sauf l'article 90 L.I.R.

L'alinéa 95(6)b) L.I.R. concerne la « principale raison » pour l'acquisition ou la disposition des actions du capital-actions d'une société ou des participations dans une société de personnes. Dans les cas où la

⁴ Malgré le fait que la filiale puisse être considérée comme une filiale canadienne aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, elle n'est toujours pas une société canadienne imposable telle qu'elle est définie au paragraphe 89(1) L.I.R., donc la liquidation ne serait pas assujettie au paragraphe 88(1) L.I.R.

disposition s'applique, les actions du capital-actions ou les participations dans une société de personnes sont réputées ne pas avoir été acquises ou ne pas avoir fait l'objet d'une disposition. Dans le cas où les actions du capital-actions ou les participations dans une société de personnes n'avaient pas été émises immédiatement avant l'acquisition, elles sont réputées ne pas avoir été émises.

Les termes de l'alinéa 95(6)b) L.I.R. ont un sens large et on peut estimer qu'ils s'appliquent à un large éventail d'opérations. En juillet 2007, l'ARC a publié le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, numéro 36⁵ aux fins d'illustrer l'approche que l'ARC adoptera dans certaines situations dans l'application de l'alinéa 95(6)b) L.I.R. Trois situations identifiées par l'ARC, dans lesquelles l'ARC a choisi d'appliquer l'alinéa 95(6)b) L.I.R., seront discutées :

- l'abus du paragraphe 85.1(3) L.I.R.;
- le transfert de dette; et
- le financement avec actions privilégiées.

3.2.1. Abus du paragraphe 85.1(3) L.I.R.

Le paragraphe 85.1(3) L.I.R. permet à un contribuable canadien de disposer d'une immobilisation constituée par des actions du capital-actions d'une société étrangère affiliée à une autre société étrangère affiliée par voie de « roulement ». Le contribuable doit recevoir des actions du capital-actions de l'acquéreur en contrepartie de la disposition et l'acquéreur doit être une société étrangère affiliée du contribuable immédiatement après la disposition.

Lorsque le paragraphe 85.1(3) L.I.R. s'applique de façon générale, le coût pour le contribuable, des actions de l'acquéreur reçues en contrepartie, est réputé être le PBR pour lui, immédiatement avant la disposition des actions dont il a disposé, moins la JVM de la contrepartie autre qu'en action reçue lors de la disposition. Le produit de disposition des actions, pour le contribuable, est réputé égal au coût de toutes les actions et de tous les biens à recevoir de l'acquéreur en contrepartie de la disposition. Le résultat est que

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 36, 27 juillet 2007.

le contribuable canadien n'aura aucune incidence fiscale lors de la disposition.

Le paragraphe 85.1(4) L.I.R. prévoit que le paragraphe 85.1(3) L.I.R. ne s'appliquerait pas à une disposition prévue par ce paragraphe lorsque les actions qui ont été disposées étaient des actions d'une société étrangère affiliée dont la totalité, ou presque, des biens étaient à ce moment des biens exclus (au sens du paragraphe 95(1) L.I.R.), en faveur d'une autre société étrangère affiliée du contribuable lorsque la disposition fait partie d'une série d'opérations ou d'événements visant à disposer de l'action en faveur d'une personne qui, immédiatement après la série d'opérations ou d'événements, était une personne avec laquelle le contribuable n'avait aucun lien de dépendance. Le paragraphe 85.1(4) L.I.R. ne s'appliquera pas pour refuser le roulement prévu au paragraphe 85.1(3) L.I.R. si la personne avec laquelle le contribuable n'avait aucun lien de dépendance était une société étrangère affiliée du contribuable.

Lorsque le transfert d'une société étrangère affiliée à une autre est entrepris dans le but ultime d'une vente à un tiers avec lequel le contribuable n'a pas de lien de dépendance, la planification usuelle consiste à faire en sorte que la deuxième société acquière 100 % d'une catégorie d'actions privilégiées du tiers acquéreur pour s'assurer que ce dernier soit une société affiliée du contribuable canadien, évitant ainsi le refus du roulement du paragraphe 85.1(4) L.I.R. Cela réduit le gain en capital imposable au Canada sur la disposition des actions à un tiers non lié.

La position de l'ARC est que la principale raison pour l'acquisition des actions privilégiées est d'éviter la règle antiévitement spécifique du paragraphe 85.1(4) L.I.R. Pour remédier à la situation, l'ARC applique l'alinéa 95(6)b) L.I.R., qui présume que les actions privilégiées n'ont pas été acquises par la deuxième société. Dès lors que le contribuable canadien traite à distance avec l'acquéreur, le paragraphe 85.1(4) L.I.R. s'applique pour refuser le roulement du paragraphe 85.1(3) L.I.R. Le contribuable est alors imposé sur le gain en capital réalisé lors de la vente des actions de sa société affiliée.

3.2.2. Transfert de dette

L'ARC partage le point de vue du groupe consultatif sur le système canadien d'imposition internationale quand elle dit :

« 5.51. En conformité avec sa recommandation 4.7, le groupe ne croit pas que les frais d'intérêts devraient être restreints dans des situations où une société

canadienne emprunte dans le but de faire un investissement à l'étranger pour des raisons d'affaires courantes. Toutefois, lors de nos consultations, il a été généralement convenu qu'un type précis d'opération de transfert de la dette soulève de sérieuses inquiétudes au plan de la politique de l'impôt.

5.52. Le type d'opération en question concerne une société canadienne sous contrôle étranger qui emprunte dans le but d'acquérir des actions privilégiées d'une autre société étrangère liée. Dans une telle situation, une société étrangère (Parent) qui possède toutes les actions ordinaires d'une filiale non canadienne (FilÉt) prête des fonds à une filiale canadienne (FilCan). FilCan utilise les fonds empruntés pour acheter des actions privilégiées de FilÉt, de Parent par exemple. L'arrangement est structuré de manière à ce que les dividendes reçus par FilCan sur les actions privilégiées soient exempts d'impôt au Canada. Le dividende sera plus grand que les frais d'intérêt sur l'emprunt contracté par FilCan qui sont déductibles au Canada et qui réduisent l'impôt canadien à payer par FilCan sur ses profits dérivés de ses opérations canadiennes.

5.53. Lorsqu'il n'existe aucune connexion entre les affaires de FilCan et celles de FilÉt, et surtout lorsque FilCan ne participe pas à la gestion de FilÉt ni ne bénéficie de l'augmentation de la valeur des opérations de FilÉt par suite de l'investissement de FilCan, une telle opération a pour effet de réduire de façon inappropriée l'impôt à payer par FilCan au Canada. Cette opération permet à Parent d'accroître le financement par dette de ses opérations canadiennes existantes en réorganisant simplement la structure de propriété du groupe. La réorganisation pourrait n'avoir eu pour objectif que de transférer des dépenses déductibles au Canada. Par conséquent, cette réorganisation réduit l'assiette fiscale canadienne, ne génère aucune nouvelle activité économique au Canada et apporte peu ou pas d'avantages économiques aux Canadiens. La partie des gains réalisés par FilCan pouvant être prélevée sous forme d'impôt par le gouvernement canadien est négligeable dans la plupart des cas (ceci sera d'autant plus vrai, dans les situations où Parent est une société américaine, lorsque la retenue d'impôt sur l'intérêt payé aux États-Unis à des personnes avec lien de dépendance aura été complètement éliminée).» (Notre soulignement)

Un scénario tel qu'il est décrit au paragraphe 5.52 peut, à notre avis, être contraire à la position exprimée par le ministre des Finances, eu égard à la promotion de compétitivité du commerce canadien, puisque cette structure ne fournit pas de profit économique aux Canadiens, ni ne fournit d'avantage compétitif à la filiale canadienne. L'ensemble de l'avantage réalisé de ce scénario est aux mains de la société mère, qui n'est pas une société canadienne.

3.2.3. Financement avec actions privilégiées

Il y a une variété de façons d'utiliser les actions privilégiées pour transférer une dette étrangère au Canada. Dans le but de refuser l'avantage réalisé par une telle structure, l'ARC appliquera l'alinéa 95(6)b) L.I.R.,

entraînant la reconnaissance du dividende par la filiale et le refus de l'exemption de l'alinéa 113(1)a L.I.R., du fait que cette dernière n'est pas affiliée à la filiale canadienne.

CONCLUSION

La croissance de transactions internationales a certainement augmenté le risque sur l'intégrité de l'assiette fiscale canadienne. Depuis quelques années, l'ARC a dédié plus de ressources pour améliorer l'identification et la vérification de stratagèmes considérés comme contraires à l'objet et à l'esprit de la loi. Cela a servi à mettre en place une politique canadienne visant à soutenir la compétitivité des entreprises canadiennes sur le plan international.

L'ARC a l'intention d'utiliser tous les outils à sa disposition pour faire en sorte que les transactions ayant un résultat contraire à cette politique soient contestées et ramenées à un résultat acceptable.

**PRIX DE TRANSFERT – VÉRIFICATION, COTISATION ET
OPPOSITION : COMMENT SE DÉFENDRE**



Pierre Barsalou
Avocat, associé
Barsalou Lawson

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 14:3

1. LA VÉRIFICATION DES PRIX DE TRANSFERT 14:4

1.1. QUESTIONS PRINCIPALES POUR LE FISC 14:4

1.2. LES JOUEURS EN PRÉSENCE DU CÔTÉ GOUVERNEMENTAL 14:6

1.3. DEMANDES DE RENSEIGNEMENTS ET DOCUMENTS
PAR L'ARC 14:8

1.4. LES PÉNALITÉS EN VERTU DU PARAGRAPHE 247(3) L.I.R. 14:12

1.5. PRÉSERVATION ET UTILISATION DE LA PREUVE 14:14

1.6. CHOIX ET RÔLE DES CONSULTANTS ET EXPERTS 14:15

1.7. LES DÉLAIS PRÉVUS AUX CONVENTIONS FISCALES
POUR NOTIFIER ET/OU COTISER 14:19

1.8. ARGUMENTS ET RÈGLEMENTS POTENTIELS DANS
LE CADRE DE LA VÉRIFICATION 14:19

2.	OPPOSITIONS	14:27
2.1.	LES GRANDES SOCIÉTÉS : APPLICATION DU PARAGRAPHE 165(1.11) L.I.R.....	14:29
2.2.	RÈGLEMENT AU NIVEAU DES OPPOSITIONS	14:35
3.	AUTORITÉS COMPÉTENTES	14:38
4.	INTERACTION AVEC LES AUTORITÉS COMPÉTENTES, LA VÉRIFICATION, OTTAWA ET LE MINISTÈRE DE LA JUSTICE	14:42
	CONCLUSION	14:44

INTRODUCTION*

Les vérifications, cotisations et oppositions en matière de prix de cession interne, communément appelés prix de transfert, demeurent ces dernières années au centre (pour ne pas dire le centre) des préoccupations de nombreux cadres fiscalistes étant donné notamment leur importance financière, ainsi que le temps souvent considérable qu'elles requièrent.

Une bonne gestion de ces processus par le cadre fiscaliste implique une bonne compréhension, non seulement des enjeux fondamentaux¹, mais également des aspects stratégiques et procéduraux. Par exemple, qui sont les joueurs actuels et potentiels de l'autre côté, quelles ressources doivent être appelées à contribuer à l'effort interne et à quel moment de la vérification, quelles sont les limites du pouvoir de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») de demander des renseignements ou documents, l'utilisation ou non des experts, et les possibilités de règlement. Nous discuterons de ces différents points en première partie du texte.

La deuxième partie portera sur les recours disponibles lorsque la vérification entraîne une ou plusieurs cotisations, alors qu'il devient d'abord nécessaire de soumettre un ou des avis d'opposition. Nous discuterons notamment du fait que, bien que l'avis d'opposition soit habituellement transmis par le contribuable afin de protéger ses droits dans l'attente d'une résolution de la part des autorités compétentes, dans plusieurs cas, les autorités compétentes peuvent ne pas représenter une solution², ou ne pas représenter la seule solution³. Il sera notamment question du contenu

* L'auteur tient à remercier M^{es} Karen Leiter, Polina Pavlova et McShane Jones, tous de Barsalou Lawson, de leur aide à la préparation de ce texte.

¹ Le présent texte ne se veut pas un exposé technique sur les dispositions statutaires pertinentes, mais plutôt un exposé principalement pratique « saupoudré » de notions techniques afin de mettre les conseils pratiques en contexte. Pour une analyse plus technique, voir notamment Pierre BARSALOU, « Vérification fiscale des transactions internationales », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 45:1-62.

² Notamment lorsqu'une requalification en vertu de l'alinéa 247(2)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. ») et/ou des pénalités sont en jeu. Il deviendra alors nécessaire de résoudre le dossier au niveau des oppositions ou de la Cour, à moins que les cotisations ne soient complètement éliminées par les autorités compétentes canadiennes.

³ Par exemple, lorsque le fondement juridique de la cotisation est simplement non établi, et qu'il est possible de faire invalider l'ensemble des avis de cotisation au niveau des oppositions.

obligatoire et des exigences techniques relatives aux oppositions par les grandes sociétés, dont le non-respect peut avoir de graves conséquences. Le recours aux autorités compétentes est lui aussi assujéti à certaines formalités, que nous examinerons brièvement.

1. LA VÉRIFICATION DES PRIX DE TRANSFERT

1.1. QUESTIONS PRINCIPALES POUR LE FISC

L'ARC doit trouver réponse à plusieurs questions dans le cadre d'une vérification de prix de transfert, dont voici les principales :

- 1) Une requalification des transactions conclues par le contribuable et des entités non résidentes avec lesquelles le contribuable a un lien de dépendance (ci-après « transactions » ou « transactions conclues par le contribuable ») est-elle appropriée ou en d'autres mots :
 - a) est-il possible de conclure qu'**aucune** personne sans lien de dépendance n'aurait effectué les transactions conclues par le contribuable⁴?
 - b) les transactions conclues par le contribuable l'ont-elles été principalement afin d'obtenir un avantage fiscal⁵?

⁴ Les extraits pertinents du sous-alinéa 247(2)b(i) L.I.R. se lisent comme suit : « l'opération [...] ou la série [...] n'aurait pas été conclue entre personnes sans lien de dépendance ». Il s'agit là d'un critère très strict. En effet, il peut être possible de conclure dans certains cas qu'une personne traitant à distance aurait pu considérer différentes options, mais cela n'est pas suffisant aux fins de l'alinéa. Il peut être par ailleurs beaucoup plus difficile de conclure qu'une personne traitant à distance n'aurait pas raisonnablement considéré la transaction conclue par le contribuable comme une des options possibles. Il est à prévoir que les tribunaux seront extrêmement prudents face à un cas de nouvelle caractérisation, notamment à cause du caractère exceptionnel de la disposition. Voir à ce sujet ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris, OCDE, 1995.

⁵ S.-al. 247(2)b(ii) L.I.R. Il nous semble évident à cet égard qu'une transaction motivée principalement par des considérations fiscales non canadiennes ne serait pas visée par l'alinéa 247(2)b) L.I.R.

- 2) Si une telle requalification des transactions conclues par le contribuable est appropriée, quelles transactions des personnes sans lien de dépendance auraient-elles conclues, et selon quelles modalités⁶?
- 3) Si une requalification des transactions conclues par le contribuable n'est pas appropriée⁷, les modalités des transactions diffèrent-elles tout de même de celles qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance⁸, et dans l'affirmative, quelles sont ces modalités⁹?
- 4) Si des rajustements de plus de 5 M\$ ou de plus de 10 % du revenu brut annuel du contribuable résultent des déterminations mentionnées aux paragraphes 2 ou 3, le contribuable est-il assujéti à une pénalité de 10 % de ces rajustements, et plus particulièrement :
 - a) le contribuable est-il réputé ne pas avoir fait d'efforts sérieux pour déterminer et utiliser les prix de pleine concurrence parce qu'il n'a pas répondu aux exigences statutaires relatives à la documentation ponctuelle¹⁰?
 - b) si le contribuable a répondu aux exigences statutaires relatives à la documentation ponctuelle, a-t-il tout de même fait défaut de faire des efforts sérieux pour déterminer et utiliser des prix de pleine concurrence¹¹?

⁶ Al. 247(2)d) L.I.R.

⁷ Donc en présumant qu'il soit possible que les transactions actuelles aient été conclues entre personnes sans lien de dépendance, ou qu'elles n'aient pas été principalement conclues pour obtenir un avantage fiscal.

⁸ Al. 247(2)a) L.I.R.

⁹ Al. 247(2)c) L.I.R.

¹⁰ Cela pourra survenir, tel qu'il sera discuté plus loin dans le présent texte, notamment parce qu'il a fait défaut d'établir ou d'obtenir à la date requise de production de sa déclaration de revenus la documentation visée par le paragraphe 247(4) L.I.R., ou parce qu'il a fait défaut de transmettre cette documentation dans les trois mois d'une demande de l'ARC en vertu de l'alinéa 247(3)c) L.I.R.

¹¹ Un contribuable non visé par la présomption d'absence d'efforts sérieux (parce que sa documentation est suffisante et qu'il l'a transmise à temps au ministre) pourrait théoriquement tout de même être assujéti aux pénalités, par exemple, parce qu'il aurait fait défaut de suivre les exigences de sa propre documentation, mais il est probable que ce genre de situation soit rare.

- 5) Si des rajustements résultent des déterminations mentionnées aux paragraphes 2 ou 3, les transactions sont-elles assujetties à un impôt de la Partie XIII L.I.R.^{12?}

1.2. LES JOUEURS EN PRÉSENCE DU CÔTÉ GOUVERNEMENTAL

Du côté gouvernemental, de nombreux intervenants prennent part à l'élaboration de réponses à ces questions. Les bureaux de services fiscaux (ci-après « BSF »)¹³ sont responsables des vérifications de prix de transfert. Le chargé de cas a pour responsabilité de superviser le dossier d'un contribuable en ce qui a trait à la fois aux questions canadiennes et aux questions internationales, incluant les prix de transfert. Celui-ci relève habituellement d'un chef d'équipe qui relève lui-même d'un gestionnaire, Grandes entreprises. L'équipe de la vérification internationale aura aussi une responsabilité directe de vérification des prix de transfert, et désignera généralement une personne pour travailler en collaboration avec le chargé de cas. À nouveau, cette personne relèvera habituellement d'un chef d'équipe, qui lui-même relèvera d'un gestionnaire, Vérification internationale, dossiers importants. Selon les caractéristiques de la structure mise en place par le contribuable, ou selon la nature des transactions visées, il est possible que quelqu'un de l'évitement fiscal soit aussi concerné, avec le même genre de hiérarchie que celle indiquée précédemment pour les deux autres équipes.

Il est possible¹⁴ que le BSF chargé de la vérification d'un contribuable donné soit un centre d'excellence dans l'industrie dans laquelle œuvre ce

¹² Pour simplifier, l'ARC prend généralement comme position que le montant des rajustements représente un dividende présumé versé au non-résident, lequel dividende présumé est assujéti à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. au taux de 25 % ou un taux plus bas prévu dans une convention fiscale applicable. Cette position résulte de l'interprétation par l'ARC de l'effet combiné des dispositions statutaires suivantes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* : paragraphes 15(1) et 56(2), alinéas 212(1)d) et 214(3)a). Cette interprétation n'est cependant pas sans faille. Voir à ce sujet François VINCENT, *Transfer Pricing in Canada*, Toronto, Thomson/Carswell, 2008, pp. 218-224, où l'auteur écrit qu'il n'est pas clair que les modalités de la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant la création d'un dividende présumé et l'obligation de retenue de l'impôt cohabitent harmonieusement, et qu'il y a trois moyens par lesquels les rajustements secondaires peuvent être prélevés au Canada : par l'interaction de l'alinéa 214(3)a) et du paragraphe 15(1), par l'interaction des paragraphes 214(3) et 56(2) et par l'application de l'alinéa 246(1)b) L.I.R.

¹³ Aussi décrits dans le métier comme « bureaux de district ».

¹⁴ Mais pas automatique, puisque l'assignation des dossiers est avant tout effectuée sur une base géographique.

contribuable. Si ce n'est pas le cas, le BSF de qui relève la vérification pourra parfois consulter un spécialiste de l'industrie se trouvant dans un autre BSF désigné comme un centre d'excellence de l'industrie dans laquelle le contribuable se trouve.

La division de l'impôt international, située à Ottawa, sera fréquemment appelée à collaborer à titre de « conseillère » auprès des BSF¹⁵ dans les dossiers de prix de transfert, notamment en raison des dollars en cause ou parce que l'administration centrale pilote déjà un projet d'industrie¹⁶ et désire assurer une approche uniforme¹⁷. La division est notamment composée de plusieurs sections des services de conseils internationaux, et chacune est responsable d'une région géographique et/ou d'une ou de plusieurs industries. Ces sections comportent généralement plusieurs employés ayant une formation comptable. Il est fréquent que les économistes de l'administration centrale s'impliquent aussi dans l'examen des dossiers¹⁸. Un renvoi par le BSF au Comité de revue des prix de transfert (ci-après « CRPT »¹⁹) sera aussi automatique lorsqu'il est question de requalification en vertu de l'alinéa 247(2)b) L.I.R., d'arrangements préalables de participation aux coûts (*cost sharing arrangements*) ou de pénalités en vertu du paragraphe 247(3) L.I.R.²⁰ Le comité procède normalement en plusieurs

¹⁵ Techniquement, le dossier demeure la responsabilité du bureau de district, mais le poids du « conseil » d'Ottawa peut varier dépendamment du dossier.

¹⁶ Par exemple en ce qui a trait à l'industrie pharmaceutique.

¹⁷ Comme c'est le cas pour des bureaux des services fiscaux, la Division de la planification fiscale agressive pourra être consultée dans les dossiers à « saveur évitement ».

¹⁸ Notamment dans le cadre de la recherche de transactions comparables.

¹⁹ Bien que la composition du comité puisse varier selon la question étudiée, son président est la directrice de la Division de l'impôt international; en sont membres l'économiste en chef, un représentant des services juridiques et un gestionnaire d'une des sections des services de consultation. Un représentant du ministère des Finances et de la Division de l'évitement fiscal sera de la partie lorsqu'il est question de requalification.

²⁰ Il est aussi question des pénalités plus loin dans le présent texte. Le comité a approuvé entre 40 à 50 % des renvois, dépendamment de la période de référence utilisée, principalement parce que la documentation décrite à l'alinéa 247(4)a) L.I.R. n'a pas été fournie dans les trois mois suivant une demande faite par le ministre, contrairement aux exigences du paragraphe 247(3) L.I.R. Voir Sébastien RHEAULT, Alfred ZORZI et André LAMARCHE, « Vérification en prix de transfert », dans *Colloque – Prix de transfert*, 183, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 5:1-22, aux pages 8-9. Voir AGENCE DU REVENUE DU CANADA, Note de service PTM-09, « Efforts sérieux en vertu de l'article 247 de la (à suivre...)

étapes²¹, et bien qu'il soit possible pour les contribuables de faire des représentations écrites auprès du comité, ce dernier refuse généralement de rencontrer les contribuables ou leurs représentants²².

1.3. DEMANDES DE RENSEIGNEMENTS ET DOCUMENTS PAR L'ARC

Pour trouver réponse aux questions énumérées au début du présent texte, l'ARC utilise librement ses pouvoirs de vérification, incluant celui de faire la demande de nombreuses informations et de documentation. Les pouvoirs formels du ministre de demander des documents et informations en vertu des articles 231.2 (du Canada²³) et 231.6 (étrangers) L.I.R. sont rédigés en termes extrêmement larges, qui laissent place à la discrétion du ministre quant à l'évaluation de ce qui est pertinent et/ou raisonnable²⁴. Présument que les formalités requises ont été remplies²⁵, les tribunaux ont à cet égard

(...suite)

Loi de l'impôt sur le revenu », 18 septembre 2006, pour l'interprétation de l'ARC du concept d'efforts sérieux.

- ²¹ Par exemple, pour ce qui est des requalifications, le vérificateur transmettra habituellement un dossier au CRPT dès qu'il devient clair qu'une cotisation fondée sur l'alinéa 247(2b) L.I.R. est envisagée, une fois qu'il a terminé la vérification, mais avant de présenter son projet de redressement au contribuable pour commentaires. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, Note de service TPM-07, « Renvois au Comité de revue des prix de transfert », 2 août 2005.
- ²² En pratique, par ailleurs, il est fréquent pour un contribuable d'avoir des discussions avec la personne provenant des services de consultation dans le cadre de la préparation du dossier, afin de mieux comprendre les enjeux, et de possiblement mieux cibler des points clés dans les représentations au comité.
- ²³ Les documents ou informations seront considérés comme étant situés au Canada si le contribuable y a accès par voie électronique et qu'il profite de cet accès aux fins de son entreprise. Voir *eBay Canada Ltd. c. MRN*, 2008 CAF 141.
- ²⁴ Pour ce qui est des documents et informations étrangers, voir en particulier *Merco c. MRN*, [1991] 1 C.F. 239; *Saipem Luxembourg S.V. c. L'Agence des douanes et du revenu du Canada*, 2005 CAF 218 (ci-après « *Saipem Luxembourg* ») et *Fidelity Investments Canada Ltd. c. L'Agence du revenu du Canada*, 2006 CF 551 (ci-après « *Fidelity* »).
- ²⁵ Dans le cas d'une demande péremptoire canadienne en vertu de l'article 231.2 L.I.R., un avis doit être signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié. Si l'on veut exiger d'un tiers la fourniture de renseignements ou la production de documents concernant une personne non désignée nommément ou plus d'une personne non désignées nommément, une autorisation d'un juge (sur requête *ex parte* du ministre) doit être obtenue en vertu de l'article 231.3 L.I.R. et jointe à l'avis. Dans le cas d'un document ou renseignement situé à l'étranger, l'avis doit a) indiquer le délai raisonnable, d'au moins 90 jours, dans lequel les renseignements ou documents (à suivre...)

généralement refusé de limiter l'exercice de ces pouvoirs par le ministre, sauf en ce qui a trait aux questions habituelles de privilège, applicable seulement en cas de litige potentiel ou de relation avocat-client²⁶.

Ainsi, il suffit au ministre de démontrer qu'un document ou une information **puisse** selon lui être pertinent²⁷. Les tribunaux ont ainsi validé des requêtes péremptoires adressées par le ministre visant la production par les contribuables et les tiers de nombreux documents tels qu'un mémorandum de planification fiscale²⁸, les livres et registres étrangers

(...suite)

étrangers doivent être fournis, b) décrire les renseignements ou documents étrangers recherchés et c) préciser les conséquences prévues au paragraphe (8) du défaut de fournir les renseignements ou documents étrangers recherchés dans le délai ci-dessus.

²⁶ Quant à la notion de privilège, voir *Descôteaux et autres c. Mierwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, 871-875. Voir aussi *Blank c. Canada*, [2006] 2 R.C.S. 319. Dans le contexte fiscal, voir *Cophorne Holdings Ltd. c. La Reine*, 2005 CCI 491. Le ministre a par ailleurs le droit, en cas de réclamation de privilège, de se satisfaire du fait que les documents ou informations sont bien privilégiés comme le prétend le contribuable. Cela implique normalement l'intervention d'un tiers, désigné par les parties, qui examinera les documents pertinents et donnera son opinion sur le caractère privilégié ou non des documents en question. Dans le contexte plus formel d'une requête judiciaire, le protonotaire de la Cour fédérale pourra être impliqué dans le processus par le biais de la procédure de services de règlement des litiges selon la Partie IX des *Règles des cours fédérales*, DORS/98-106. Il est possible qu'un document soit divulgué à des fins précises, sans pour autant qu'une intention de renonciation générale au privilège n'existe. Il est alors possible de plaider la théorie de la renonciation limitée (*limited waiver doctrine*) qui fait en sorte que le document demeure privilégié à toute autre fin, et ne peut faire l'objet d'une divulgation forcée. Voir *Interprovincial Pipe Line Inc. c. MRN*, [1996] 1 C.F. 367.

²⁷ Voir notamment *AGT Limited c. Canada*, [1996] 3 C.F. 505; confirmé par 97 D.T.C. 5189 (C.A.F.) (ci-après « *AGT Limited* »). En matière de prix de transfert, le fait, par exemple, que le contribuable ne soit pas d'accord avec la méthode de prix de transfert que préconise l'ARC ne lui donne pas le droit de refuser de transmettre les informations demandées afin de permettre l'application potentielle de cette méthode.

²⁸ Dans la mesure où il a été préparé par un bureau comptable plutôt que par un avocat, voir notamment *Fidelity*, précité, note 24. Dans l'affaire *Fraser Milner Casgrain LLP c. MRN*, 2002 D.T.C. 7310 (C.F.) (ci-après « *FMC* »), la Cour avait conclu que le ministre peut demander la production des documents même si le seul objet des demandes de production est de vérifier s'il y avait eu une opération d'évitement. Il convient de noter que dans cette cause, la Cour n'avait pas traité par ailleurs de la question du privilège, qui avait fait l'objet d'un débat séparé. La Cour avait confirmé, dans les affaires suivantes, le droit au privilège relativement à certains documents : *MRN c. Welton Parent Inc.*, 2006 CF 67; *Belgravia Investments Ltd. c. La Reine*, 2002 D.T.C. 7133 (C.F.).

complets d'une entité non résidente²⁹, les états financiers de compagnies sœurs étrangères³⁰, des documents préparés et déposés dans le cadre d'auditions confidentielles à des fins autres que fiscales, par exemple dans le cadre d'auditions au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC)³¹, etc. Le ministre peut aussi forcer un contribuable ou des tiers à donner des réponses écrites à une forme d'interrogatoire, donc à créer un document qui n'existe pas au moment de la demande³².

Par ailleurs, le défaut de répondre dans les délais aux demandes formelles du ministre, dans un contexte où aucune contestation judiciaire n'est entreprise dans les délais requis à l'encontre de ces demandes, pourrait avoir de sérieuses conséquences³³. Celles-ci peuvent aller d'une condamnation civile pour outrage au tribunal à une condamnation au criminel³⁴ ainsi que, dans le cas des demandes pour informations et documents étrangers, à une interdiction pour le contribuable de déposer en preuve dans le contexte d'une procédure judiciaire subséquente les documents visés par la ou les demandes péremptoires³⁵.

²⁹ *Saipem Luxembourg*, précité, note 24.

³⁰ *Fidelity*, précité, note 24.

³¹ *AGT Limited*, précité, note 27.

³² Dans l'affaire *Tower c. La Reine*, 2003 CAF 307, la Cour d'appel fédérale a indiqué au paragraphe 20 que « l'alinéa 231.2(1)a) investit le ministre du pouvoir de contraindre un contribuable à fournir tout "renseignement" ce qui veut dire les éléments d'information dont il a connaissance et les éléments de fait ».

³³ Le dépôt d'une requête en vertu de l'article 231.6 L.I.R. suspend automatiquement le calcul du délai indiqué dans l'avis correspondant à la mise en demeure qui a donné lieu à la requête et du délai dans lequel une cotisation peut être établie conformément au paragraphe 152(4) L.I.R. jusqu'au jour où il est décidé de la requête.

³⁴ Art. 238 L.I.R. Mais il existe une défense de diligence raisonnable (*due diligence*). Dans le cas d'une demande pour documents ou informations étrangers, il serait important pour le contribuable canadien de documenter par écrit ses efforts en vue de l'obtention des documents ou informations requis, dans les cas où la compagnie mère ou une compagnie soeur refuserait de transmettre l'information. Voir à ce sujet la décision récente de la Cour fédérale dans *MRN c. Dropsy*, 2009 CF 820. Dans cette affaire, la Cour avait refusé de condamner le contribuable pour outrage au tribunal pour avoir fait défaut de transmettre au ministre des documents et informations étrangers demandés par celui-ci, étant donné que le contribuable n'était pas en possession des documents et informations étrangers demandés, ce dernier n'ayant eu aucun accès aux documents et ayant fait tout son possible pour les obtenir.

³⁵ Par. 231.6(8) L.I.R. Dans l'affaire *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine*, 2003 CCI 258, le juge Bowie a interprété le paragraphe 231.6(8) L.I.R. comme n'empêchant pas le contribuable d'utiliser les documents visés en contre-interrogatoire ou en réplique.

C'est donc dire que les contribuables se doivent de prendre ce processus très au sérieux et ont tout intérêt à s'entendre à l'amiable avec l'ARC quant à la collecte de documents et d'information³⁶. Le dialogue devrait même débiter avant que ne soit proprement enclenché le processus des demandes informelles (aussi connues sous la désignation de « queries »), donc bien avant que le ministre ne considère d'adresser des demandes formelles. Il est souvent possible d'influencer la rédaction des demandes informelles, notamment pour qu'elles correspondent davantage à des documents qui seront facilement accessibles au contribuable, ou simplement à des documents existants. Une autre possibilité dans les cas appropriés est de procéder par voie d'échantillons. Il est aussi important de demander des clarifications en cas d'ambiguïté résultant du libellé des demandes ou de préciser dans ses réponses la portée de celles-ci, afin d'éviter des malentendus sur la compréhension que peut avoir eue le contribuable de ce qui est demandé.

Le fait que des documents ou informations visés par une demande soient confidentiels ne permet pas en soi au contribuable de refuser de fournir les documents si ceux-ci pouvaient, selon l'ARC, être pertinents. Il est cependant recommandé d'explorer la possibilité d'obtenir des engagements de l'ARC quant à la diffusion et l'utilisation des documents³⁷.

³⁶ Les contribuables devraient tout de même documenter le processus afin d'éviter les ambiguïtés pouvant survenir plus tard quant à la nature et l'étendue des informations données, et pour avoir en main les fondements d'une contestation possible dans les cas extrêmement rares où l'ARC pourrait faire preuve de mauvaise foi. Pour ce qui est des documents et renseignements étrangers, voir *supra*, note 25. En ce qui a trait aux demandes visant les documents et informations canadiennes, il s'agit d'une procédure de contestation par voie de *certiorari*, laquelle doit être entreprise dans les 30 jours de l'émission de la demande contestée. Lorsque l'étendue des demandes péremptoires est contestée, une preuve solide par déclaration sous serment démontrant le travail considérable qu'engendreraient de telles demandes met en évidence la disproportion de celles-ci par rapport à la pertinence et/ou au caractère probant de l'information en cause.

³⁷ Une forme de protection existe déjà par le biais de l'article 241 L.I.R., mais il peut être prudent de prévoir des engagements précis. Par exemple, convenir que les documents et informations ne seront examinés que par les personnes concernées par la vérification du contribuable, et qu'ils ne seront en aucun cas utilisés à d'autres fins que cette vérification, et en particulier dans le cadre de la vérification d'un tiers. Ce genre d'engagement peut lier l'ARC et faire en sorte que l'ARC ne puisse communiquer les documents ou informations à un tiers même si elle a utilisé les documents ou informations pour le cotiser. Voir notamment l'arrêt *Crestbrook Forest Industries Limited c. Canada*, 92 D.T.C 6187 (C.A.F.) où la Cour a refusé d'ordonner la divulgation de certaines informations propres à des tiers au contribuable cotisé, compte tenu de l'engagement du ministre de respecter la confidentialité des
(à suivre...)

Que les réponses du contribuable soient données à la suite de demandes informelles ou de demandes péremptoires, il est essentiel qu'elles soient bien organisées et rédigées en tenant compte de leur auditoire potentiel. En effet, il ne faut pas présumer que la personne lisant plus tard le document a connaissance de son contexte. Il serait donc opportun d'au moins faire référence à d'autres documents ou représentations reliés, voire de reprendre de façon succincte l'essentiel de ceux-ci, afin que le lecteur saisisse bien dans quel contexte le document examiné s'inscrit, et comprenne l'ensemble des explications ou arguments présentés au cours des mois par un contribuable sur un sujet donné.

1.4. LES PÉNALITÉS EN VERTU DU PARAGRAPHE 247(3) L.I.R.

Le contribuable est susceptible de faire l'objet d'une pénalité équivalente à 10 % des rajustements si ceux-ci sont supérieurs à 5 M\$ ou à 10 % du revenu brut du contribuable, sauf s'il fait des efforts sérieux pour déterminer et utiliser des prix « de pleine concurrence ». Un contribuable devra être très prudent pour respecter tout d'abord les exigences de documentation ponctuelle prévues au paragraphe 247(4) L.I.R, faute de quoi il sera présumé ne pas avoir fait d'efforts sérieux et sera donc assujéti aux pénalités. Ces exigences incluent non seulement une obligation de compléter la documentation au plus tard à la date limite de production de la déclaration de revenus de l'année d'imposition pertinente, mais également une obligation de transmettre la documentation requise dans les trois mois suivant une demande effectuée par le ministre, par transmission en personne, ou par courrier recommandé ou certifié³⁸. Le critère législatif relatif au contenu de la documentation exigée est élevé, en ce qu'il fait référence à une « description complète et exacte quant à tous les éléments importants » de la documentation stipulée³⁹.

Le réflexe typique étant de se référer aux rapports préparés par un des bureaux comptables ou bureaux spécialisés comme base de documentation, il importe de noter que la loi ne prévoit pas d'exigence de forme ou de structure, et que la documentation pertinente peut donc être aussi constituée d'un assemblage de documents internes ponctuels tels que des directives, des

(...suite)

informations fournies dans le cadre d'un sondage. La Cour avait aussi déclaré que le ministre ne pouvait pas utiliser l'information pour appuyer les cotisations. Cependant, voir *Montreal Aluminum Processing Inc. c. Canada*, 91 D.T.C. 5424 (C.F.).

³⁸ Al. 247(4)c) L.I.R.

³⁹ Al. 247(4)b) L.I.R.

contrats, des lettres, des courriels, des bons de commande, des factures, etc. Il est donc important de bien vérifier qu'une documentation pertinente existe et, idéalement, de la classer à mesure de façon séparée pour qu'elle soit facilement accessible le temps venu. Comme bien des choses, la logique commerciale du contribuable quant à la détermination et à l'utilisation de ses prix de transfert devrait apparaître clairement dans la documentation; il s'agit là en fait de la base du principe de pleine concurrence⁴⁰.

Une bonne documentation commence souvent par des contrats clairs, bien écrits et naturellement signés par les parties. Dans la mesure où les contrats prévoient des formalités, par exemple en ce qui concerne l'acquiescement d'une partie avant que l'autre partie ne puisse valablement transférer ses droits et obligations dans l'entente à un tiers, celles-ci devraient, dans la mesure du possible, être suivies⁴¹. Les factures et entrées comptables sont souvent très importantes pour confirmer que les parties ont non seulement signé des ententes, mais dans les faits qu'elles les ont suivies.

Il est aussi essentiel de documenter tout changement important pouvant survenir à la suite de la mise en place d'une documentation conforme aux exigences législatives⁴², que ce changement soit relatif à une réorganisation de la société⁴³ ou à une évolution du marché pertinent.

Une fois que le contribuable aura fourni la documentation, et que celle-ci aura été examinée par le BSF, il aura généralement l'occasion de commenter le résumé des faits préparé par le BSF⁴⁴ avant que celui-ci ne soit transmis au CRPT⁴⁵. Bien que les commentaires puissent être détaillés,

⁴⁰ Il faut donc notamment donner un contexte approprié aux données économiques pertinentes.

⁴¹ Il convient cependant de noter qu'il est habituellement possible de trouver des indices d'un acquiescement subséquent par la conduite des parties, et le fisc ne pourra prétendre que, dans cet exemple, le transfert est invalide.

⁴² Al. 247(4)b) L.I.R.

⁴³ Ce sujet, ciblé par le fisc ces dernières années, fait couler beaucoup d'encre. Voir à ce sujet ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Aspects prix de transfert des réorganisations d'entreprises : Projet de rapport pour commentaires du public*, 19 septembre 2008 au 19 février 2009 – Centre de politique et d'administration fiscales.

⁴⁴ Qui normalement ne devrait pas contenir de recommandation au comité. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 20, p. 8.

⁴⁵ *Id.*

dépendamment de la situation, c'est une idée judicieuse que de préparer également un résumé d'une page en format Excel qui reprend, par alinéa, les raisons pour lesquelles les exigences de documentation ont été respectées, à moins que le résumé préparé par le BSF ne soit si favorable qu'il est évident que les risques de pénalités sont extrêmement faibles.

Tel qu'il a été indiqué précédemment, cette pénalité ne peut faire l'objet d'un règlement de la part des autorités compétentes, ce qui augmente d'autant l'importance de bien gérer cette question dans le cadre de la vérification, et de préserver ses droits d'opposition s'il s'avérait que des pénalités étaient imposées.

1.5. PRÉSERVATION ET UTILISATION DE LA PREUVE

Il est important, particulièrement dans les dossiers où les autorités compétentes pourraient ne pas être la solution, de commencer à penser à la préservation et l'organisation préliminaire de la preuve documentaire et testimoniale assez tôt dans le processus.

Premièrement, toute société a, indépendamment d'une politique interne de rétention, l'obligation légale de préserver et de ne pas détruire de documents une fois qu'un litige devient possible⁴⁶, et que le défaut de respect de cette obligation pourrait entraîner des sanctions importantes si la cause se rendait devant les tribunaux⁴⁷. Le fait que la société pensait pouvoir régler le dossier au niveau de la vérification, des autorités compétentes ou des oppositions n'est pas une excuse valable. Cette exigence légale prime donc sur toute politique interne s'agissant de la conservation de documents.

Deuxièmement, il serait regrettable que des documents potentiellement utiles à la cause du contribuable soient détruits par inadvertance, dans un contexte où les personnes à l'interne ne sont souvent pas conscientes de la pertinence potentielle de ceux-ci. Ce genre de documents sera naturellement nécessaire au niveau des oppositions pour un procès s'il devait avoir lieu, mais il sera également utile de vérifier lors de la vérification si des documents clés peuvent être localisés et utilisés à l'appui d'arguments présentés.

⁴⁶ Ce qui pourrait survenir aussitôt qu'un projet de cotisation est établi, ou même avant, dépendamment des circonstances.

⁴⁷ *Holotnak c. La Reine*, [1987] 2 C.T.C. 217 (C.F. 1^{re} inst.); confirmé par [1990] 1 C.T.C. 13 (C.A.F.); tel qu'il a été appliqué dans l'affaire *Kuresh c. La Reine*, 2004 D.T.C. 2782 (C.C.I.) (procédure informelle).

Par exemple, si l'un des arguments du contribuable est que la compagnie mère aidait la filiale canadienne en matière de marketing, il est très utile d'obtenir des exemples concrets de cette aide sous forme de copies de courriels, de cartables de conférences de marketing et de ventes organisées par la compagnie mère, etc.

Il est habituellement nécessaire d'interviewer des personnes clés avant de pouvoir accéder aux dossiers appropriés, qui sont souvent aux archives à cause du passage du temps, et de pouvoir effectuer les recherches nécessaires. Ces entrevues sont souvent une bonne occasion d'identifier des personnes pouvant être présentées, si cela était nécessaire, aux personnes de la vérification⁴⁸ ou, si le dossier devait se rendre devant les tribunaux, des personnes pouvant agir à titre de représentants de la société dans le cadre d'un interrogatoire au préalable ou comme témoins lors du procès.

À cet égard, il est important de tenter de trouver des témoins de fait crédibles (attention au oui-dire et à la règle de la meilleure preuve) qui pourront, selon le cas, agir à titre de témoins du côté commercial, scientifique ou même informatique. Il est aussi utile de mettre en place un système pour rester en contact avec les personnes qui quittent la compagnie, cela afin de faciliter leur collaboration lorsqu'il sera temps de les consulter. Attention : bien qu'il soit possible de rémunérer un consultant pour localiser des documents, agir à titre d'intermédiaire pour entrer en contact avec des personnes ressources, etc., il n'est pas possible qu'un témoin soit rémunéré pour la préparation de son témoignage ou pour son témoignage.

1.6. CHOIX ET RÔLE DES CONSULTANTS ET EXPERTS

La première question pour un contribuable est de décider si un ou des consultants et experts devraient être engagés au stade de la vérification. Il peut être préférable d'impliquer quelqu'un assez rapidement dans le processus⁴⁹, notamment parce que les demandes de documentation ponctuelle sont habituellement effectuées en début de vérification et qu'elles peuvent avoir des conséquences sérieuses, comme nous l'avons vu.

⁴⁸ Il peut être très utile de présenter à la vérification des échantillons de ce que serait la preuve si le dossier devait se rendre devant le tribunal, cela afin de les convaincre que les cotisations présentent des lacunes importantes et seraient vraisemblablement invalidées le cas échéant.

⁴⁹ C'est ce qui se passe la plupart du temps dans les dossiers de grandes sociétés.

Un consultant externe ou un expert pourra parfois aider le contribuable à mieux comprendre et analyser des faits pertinents, mieux cerner la direction probable de l'ARC, ainsi que les enjeux financiers et juridiques, notamment parce que le consultant (ou l'expert) a pu voir l'ARC agir de la même façon dans d'autres dossiers, et a déjà eu l'occasion de réfléchir à ces questions. Leur appui peut être particulièrement utile dans les dossiers qui pourraient impliquer l'utilisation par l'ARC d'une ou de plusieurs doctrines judiciaires antiévitements⁵⁰, une nouvelle caractérisation ou des pénalités en vertu de l'alinéa 247(2)b) L.I.R.

Qu'en est-il des experts à proprement parler⁵¹? Il est possible, mais non systématique, de vouloir consulter un ou des experts dans le cours normal d'une vérification de prix de transfert⁵². Dans un contexte de dossier de prix de transfert, il va de soi que trouver un économiste qualifié⁵³ sera un des premiers réflexes, particulièrement en ce qui a trait aux éléments d'analyse financière et de théorie économique soulevés par la vérification. Par ailleurs, si la décision est prise de consulter immédiatement un économiste, il faut être clair notamment quant au mandat octroyé et aux présomptions factuelles et juridiques que l'expert devra tenir pour acquis en procédant à son travail. En outre, il faudra être prudent pour ne pas laisser dégénérer le dossier en une bataille d'économistes, avec des résultats rarement satisfaisants.

Tel qu'il a été indiqué, le principe de libre concurrence, duquel est inspiré l'article 247 L.I.R.⁵⁴, doit par ailleurs être appliqué avant tout de

⁵⁰ Telles que le trompe-l'œil, la doctrine de la transaction incomplète, le *substance over form*, etc. Voir à ce sujet P. BARSALOU, *loc. cit.*, note 1, 45:4-13.

⁵¹ Pour une discussion détaillée sur la question, voir Pierre BARSALOU, « Conseils pratiques : préparation et présentation d'un appel en matière fiscale », (1994), vol. 42, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 108-149.

⁵² Le consultant externe devrait normalement faire partie de la discussion visant à déterminer quand des discussions avec des experts sont appropriées.

⁵³ Un économiste externe aura normalement été impliqué dans la préparation de la documentation ponctuelle aux fins des paragraphes 247(3) et 247(4) L.I.R. Il s'agira de voir si c'est une bonne personne ressource dans le cadre de la vérification ou s'il convient de regarder aussi ailleurs.

⁵⁴ Voir ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, 2000, art. 9 :

« [Lorsque]... les deux entreprises [associées] sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises
(à suivre...)

façon pratique et logique en matière commerciale. Dans ce contexte, il conviendra de se demander si un expert de l'industrie devrait être consulté⁵⁵ afin de vérifier, entre autres, s'il est possible d'établir une pratique de l'industrie entre personnes traitant à distance⁵⁶, afin d'étayer la position du contribuable selon laquelle sa conduite respectait le principe de pleine concurrence.

L'implication rapide d'évaluateurs agréés sera aussi à considérer, par exemple lorsque l'ARC se met à examiner de plus près un transfert d'intangible à l'extérieur du pays, particulièrement si aucun rapport n'a été préparé à l'époque du transfert.

En termes de profil et de personnalité de l'expert, il convient d'éviter quelqu'un de trop théorique⁵⁷, le type de personne toujours d'accord, anxieux de plaire au client (ou en d'autres mots, le « yes man » ou la « yes woman »)⁵⁸, ou du genre « je suis plus intelligent que tout le monde dans la salle, j'ai toujours raison »⁵⁹. En fait, il faut trouver quelqu'un qui a les bonnes compétences techniques et une personnalité telle qu'il devrait pouvoir bien converser et établir un bon contact avec l'ARC ou la Cour si le dossier va jusqu'au procès. Il convient aussi de faire attention à l'expert qui n'a jamais témoigné, et qui sera plus susceptible de se faire prendre en contre-interrogatoire.

(...suite)

indépendantes, les bénéfiques qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises, mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfiques de cette entreprise et imposés en conséquence. »

Voir aussi la discussion dans ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 4, par. 1.6 et suiv.

⁵⁵ Certains économistes sont des experts dans certaines industries, ce qui permet d'éviter d'engager un autre expert.

⁵⁶ Quant à la pertinence potentielle d'une pratique de l'industrie, voir notamment les causes *Imperial Oil Ltd. c. La Reine*, 2004 D.T.C. 6044 (C.A.F.), par. 77; *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, 92 D.T.C. 6437 (C.F. 1^{re} inst.), par. 17, 18, 23 et 65-69.

⁵⁷ Idéalement, il convient de trouver quelqu'un qui travaille ou a travaillé dans l'industrie, a participé à des transactions d'une quelconque façon, plutôt que d'avoir un pur académicien sans expérience pratique.

⁵⁸ Ce genre d'expert peut habituellement être facilement contredit, et devient donc potentiellement dangereux pour le contribuable.

⁵⁹ Et qui généralement ne verra pas venir l'iceberg avant d'en frôler la glace.

Il faut éviter par ailleurs que votre expert ne participe de façon trop active à des négociations, à moins qu'il n'existe que peu de chances qu'il soit appelé à témoigner dans le cadre d'un procès (ou que vous soyez prêt à ne pas l'utiliser dans le cadre du procès) parce qu'une telle participation active peut entacher la crédibilité du témoin et son apparence d'objectivité dans le cadre d'une audition subséquente⁶⁰. Les tribunaux acceptent cependant plus facilement de donner du poids au témoignage d'un témoin-expert ayant pris part aux négociations s'il a su conserver un rôle de conseiller et d'observateur, par opposition à un rôle de participant actif⁶¹.

⁶⁰ Voir notamment *Friedman et autres c. MRN*, 78 D.T.C. 1599 (C.R.I.), par. 20 :

« I believe that Mr. Lussier, though undoubtedly acting in good faith, has disqualified himself as an expert witness by admitting to having attempted to negotiate a fair market value of the subject property with the appellants, an activity which, in my opinion, is not consistent with my concept of the role of an expert evaluator or an expert witness. »

⁶¹ *Infra*, note 136. Dans l'affaire *Frith c. MRN*, 91 D.T.C. 1160, 1169 (C.C.I.), la Cour avait, à cet égard, précisé ce qui suit :

« The objectivity and expertise of a person who is offered to the Court as an expert witness are matters which can be tested under cross-examination. If a qualified appraiser has, through the negotiation process, permitted himself to become an advocate for his client and has abandoned what should be his professional objectivity, the other party can be expected to bring that out in evidence. A court would not likely attach much weight to the opinion of such an appraiser. In the negotiation process, a qualified appraiser will have a better chance of retaining his objectivity if he attends only as an adviser and not as the principal negotiator for his client. In fairness to the statements by the former Chairman in *Friedman*, it appears, that the qualified appraiser in that case attempted to negotiate the settlement himself. Having regard to the costs of litigation, parties should be encouraged to attempt settlement and, when the issue is property valuation, it is difficult to imagine *bona fide* settlement negotiations which do not involve the qualified appraisers who are advising the respective parties. The attendance and participation of qualified appraisers in the negotiations process does not, in itself, disqualify them from appearing as expert witnesses in the litigation which would result from failed negotiations. To hold otherwise would add significant costs because, if the negotiations did not produce a settlement, then the parties would have to retain fresh experts for the resulting litigation. As I have indicated above, it is not a question of disqualifying a person as an expert witness but a question of what weight the court should attach to his opinion. » (Notre soulignement)

1.7. LES DÉLAIS PRÉVUS AUX CONVENTIONS FISCALES POUR NOTIFIER ET/OU COTISER

La plupart des conventions fiscales signées par le Canada prévoient que l'autorité compétente de l'autre pays signataire n'aura l'obligation de procéder à un rajustement correspondant que si elle est d'accord avec les rajustements de l'ARC et qu'elle a été avisée dans le délai précisé dans la convention, habituellement de six ans à compter de la fin de l'année d'imposition à laquelle le rajustement est relié. Ce délai de six ans vient donc généralement à échéance avant que l'année ne devienne prescrite aux fins canadiennes, et il est donc habituel pour le contribuable de recevoir de l'ARC un projet de cotisation au mois de décembre de la sixième année, avant que la vérification ne soit terminée. C'est alors la responsabilité du contribuable d'aviser **avant le 1^{er} janvier de l'année suivante** l'autre autorité fiscale de ce projet de cotisation établi par l'ARC, faute de quoi l'autre autorité pourra refuser de considérer un allègement, même si elle avait par ailleurs été d'accord en totalité ou en partie avec le rajustement effectué par l'ARC.

Un nombre plus limité de conventions signées par le Canada ne contient pas de processus de notification, mais prévoit plutôt un délai pour cotiser, à l'extérieur duquel l'un ou l'autre des pays est forcé d'établir une cotisation, sauf en cas de fraude ou d'omission volontaire. Par exemple, celle signée avec la Suisse prévoit un délai de cinq ans⁶², alors que celle signée avec l'Irlande prévoit un délai de six ans⁶³. Un contribuable devra donc garder cet aspect à l'esprit et décider s'il doit sur le plan stratégique soulever un défaut par l'ARC de respecter ce genre de délai dans le cadre de la vérification ou plutôt attendre les oppositions ou les autorités compétentes⁶⁴.

1.8. ARGUMENTS ET RÈGLEMENTS POTENTIELS DANS LE CADRE DE LA VÉRIFICATION

En matière de prix de transfert comme ailleurs, un mauvais règlement vaut toujours le meilleur des procès. L'idéal est donc d'obtenir le meilleur

⁶² *Convention entre le Canada et la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 5 mai 1997.

⁶³ *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement d'Irlande en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu et sur les gains en capital*, signée le 8 octobre 2003.

⁶⁴ Il sera important de soulever cette question dans l'avis d'opposition, afin de respecter les exigences du paragraphe 165(1.11) L.I.R.

des règlements. Il est par ailleurs important de tenir compte des délais inhérents de consultation interne pour l'ARC, et donc d'entamer les pourparlers suffisamment à l'avance d'une date butoir, telle que la limite de sept ans⁶⁵. Une constante pour l'ARC est qu'il doit exister une base logique de règlement, qui pourrait être défendue s'il advenait que le vérificateur général examinait le dossier par la suite, ce qui n'est pas une occurrence rare dans ce genre de dossiers, où généralement des sommes considérables sont en jeu.

Notons aussi que toute discussion de règlement avec l'ARC ne pourra se faire sur une base confidentielle (c'est-à-dire qu'aucune des deux parties ne pourra utiliser par la suite les échanges ayant lieu dans le cadre de ces discussions si le dossier ne se règle pas et qu'on doive aller devant les tribunaux) que dans la mesure où les parties indiquent clairement au minimum leur intention que les échanges se fassent sur une base « sans préjudice »⁶⁶. Il est donc important de documenter cette intention, par exemple en indiquant la mention « sans préjudice » sur toute correspondance entretenue durant les discussions. Les contribuables doivent notamment prendre soin de séparer les discussions factuelles dans le cadre desquelles ils révèlent des faits pertinents au fisc (qui ne sont pas protégées et pourraient par la suite être utilisées par le fisc) de celles durant lesquelles il est question d'admissions et de règlements potentiels⁶⁷.

Les questions soulevées dans les dossiers de prix de transfert sont tellement variées, et les dossiers si souvent tributaires de leurs faits qu'il est difficile de donner une liste d'arguments potentiels à faire valoir à l'encontre d'un projet de cotisation, et afin de régler un dossier dans le cadre de la vérification. Certains aspects reviennent par ailleurs plus souvent que d'autres.

⁶⁵ Bien qu'il soit normalement possible, pour les années d'imposition à partir du 12 mars, de donner un avis de renonciation à l'intérieur des sept ans. De sérieuses discussions de règlement pourraient être une raison de cette renonciation.

⁶⁶ Il est normal que les tribunaux veuillent encourager les parties à discuter des possibilités de régler leur différend sans craindre que ce genre de discussions ne leur soit par la suite opposé. Quant à l'aspect du principe bien établi de *public policy*, voir notamment *York (County) v. Toronto Gravel Road & Concrete Co.*, (1882) 3 O.R. 584 (H.C.J.).

⁶⁷ Voir *Bertram c. Canada*, 96 D.T.C. 6034 (C.A.F.), pour une illustration du refus par la Cour de reconnaître le caractère confidentiel des discussions entre les parties.

Avant tout, l'analyse relative au paragraphe 247(2) L.I.R. doit se faire compte tenu des relations juridiques établies valablement par les contribuables entre eux, et non pas sur une base purement économique⁶⁸, ce que l'ARC a parfois tendance à oublier. Cela implique que, lorsque l'ARC tente de déterminer si une modalité d'un contrat peut être modifiée en vertu du paragraphe 247(2) L.I.R., elle doit tenir compte des contraintes juridiques et des conséquences commerciales des autres conditions de l'entente ou d'une entente connexe à moins que l'ARC n'ait des motifs de contestation pour celles-ci aussi.

C'est donc dire, par exemple, que si un contribuable canadien signe une licence à long terme avec une entité non résidente quant à l'utilisation de biens incorporels tels que des marques de commerce, la détermination d'une redevance raisonnable pendant une période donnée devrait nécessairement tenir compte du fait que l'entente prévoit que l'unique propriétaire des biens incorporels demeure la compagnie mère, et que les autres options réalistes de la compagnie canadienne pourraient en conséquence être limitées.

Il est aussi important de garder à l'esprit l'importance du pouvoir de négociation qu'aurait une entité canadienne qui ne ferait pas partie d'un groupe multinational dans le cadre d'une analyse relative à l'application potentielle du paragraphe 247(2) L.I.R. à une situation donnée. Dans plusieurs dossiers, il peut être utile de souligner lors de discussions avec l'ARC que l'analyse des options réalistes qu'une entité canadienne pourrait avoir à sa disposition et son degré de comparabilité avec, par exemple, sa compagnie mère doit nécessairement tenir compte de facteurs tels que la différence de structure, de présence géographique, de ressources financières.

Il est fréquent que les moyens financiers et l'expertise de l'entité canadienne soient très limités lorsqu'ils sont comparés de façon réaliste à ceux de la société mère, ou même à d'autres filiales plus importantes du groupe. Cela implique dans plusieurs cas que le fait que la compagnie mère ait eu le pouvoir de négociation nécessaire pour conclure une entente avec un tiers à certaines conditions ne signifie pas que l'entité canadienne ait pu faire de même. En fait, dans plusieurs cas, il est évident que l'entité canadienne, particulièrement lorsqu'elle est considérée comme elle doit l'être comme une personne ne faisant pas partie du groupe de sociétés pertinent, n'aurait pu obtenir des conditions aussi avantageuses. Un outil potentiellement utile est un tableau comparatif simple mais convaincant, lequel tableau pourra

⁶⁸ *Shell Canada Ltd. c. La Reine*, [1999] 3 R.C.S. 622 et *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine*, 2008 CCI 324.

notamment contenir les ventes, le nombre d'employés, le nombre de pays dans lesquels l'entreprise est présente, les investissements respectifs en recherche scientifique et développement expérimental (RS & DE) ou en immobilisations, etc.

Ce genre d'argument peut devenir important, notamment dans les vérifications portant sur les réorganisations d'entreprises⁶⁹, qui mettent entre autres en cause l'évaluation des risques habituellement transférés dans ce genre de situation, et la capacité d'assumer ceux-ci.

Plus généralement, il peut être aussi utile de rappeler à l'ARC qu'il est approprié de faire preuve d'une certaine déférence quant à l'exercice de bonne foi par le contribuable de son jugement d'affaires⁷⁰ et que les conditions des transactions ne devraient pas être modifiées sous prétexte qu'au plan économique, il existerait d'autres façons de faire les choses, particulièrement lorsqu'il n'existe aucun exemple pratique appuyant cette autre approche.

Lorsqu'un argument direct de contestation du rajustement effectué par l'ARC est difficile, il peut être intéressant, dans les cas appropriés, d'explorer avec les oppositions la possibilité que certains autres éléments aient fait l'objet d'une sous-facturation. Dans les dossiers de transfert de biens tangibles, il n'est pas rare, par exemple, que des frais de gestion

⁶⁹ Par exemple, la transformation d'un distributeur plein risque à un distributeur à responsabilité limitée. Voir à ce sujet ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 43.

⁷⁰ Voir par exemple *Gabco Ltd. c. MRN*, [1968] 2 C. de l'É. 511 et *Safety Boss Ltd. c. La Reine*, 2000 D.T.C. 1767 (C.C.I.). Dans ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 4, par. 4.9, on indique aussi ceci :

« Premièrement, il est souhaitable que les vérificateurs fassent preuve de souplesse et n'exigent pas des contribuables, pour la fixation de leurs prix de transfert, un niveau de précision irréaliste compte tenu des faits et circonstances. Deuxièmement, il est souhaitable que les vérificateurs tiennent compte du jugement commercial porté par le contribuable sur l'application du principe de pleine concurrence, afin que l'analyse des prix de transfert soit en phase avec les réalités de la vie des affaires. Par conséquent, il est souhaitable que les vérificateurs commencent par examiner les prix de transfert du point de vue de la méthode que le contribuable a choisi pour fixer ses prix. »

insuffisants⁷¹ aient été facturés, et qu'il soit approprié de discuter de l'application potentielle du paragraphe 247(10) L.I.R.⁷²

Par ailleurs, il ne faut pas sauter trop rapidement au paragraphe 247(10) L.I.R. mais plutôt d'abord bien vérifier la portée des ententes contractuelles en place⁷³. De la même manière, si la vente de biens tangibles à la société canadienne s'est faite à des conditions avantageuses pour celle-ci, un redressement est peut-être possible plutôt que de devoir se rendre devant les tribunaux pour défendre, par exemple, un taux de redevances⁷⁴. La vérification est souvent disposée favorablement à avoir ce genre de discussions, dans la mesure naturellement où une preuve satisfaisante des allégués est faite par le contribuable.

En matière de requalification, une des situations précisées par l'ARC est le transfert d'intangible qui aurait plutôt dû, selon elle, donner lieu à une licence⁷⁵. Il est important pour le contribuable de souligner⁷⁶ (même si le transfert effectué n'était pas la seule option possible pour une personne

⁷¹ Voir notamment à ce sujet la discussion sur le sens parfois étendu pouvant être attribué à cette expression dans P. BARSALOU, *loc. cit.*, note 1.

⁷² Des transactions connexes peuvent nécessairement avoir un impact. Dans ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 4, par. 1.42, on indique notamment à ce sujet que « souvent des transactions distinctes sont si étroitement liées ou continues qu'il n'est pas possible de se prononcer correctement sans les prendre en compte dans leur ensemble ». Tel est le cas, par exemple « dans le cas d'une transaction combinant une licence d'un procédé de fabrication et la fourniture de composants vitaux à un fabricant associé, il sera sans doute plus raisonnable de déterminer les conditions de pleine concurrence pour les deux éléments ensemble ».

⁷³ Par exemple, en échange d'une redevance, une licence peut donner le droit d'obtenir et d'utiliser de l'« information technique », en plus du droit habituel d'utiliser certains brevets et marques de commerce. Il est alors important de bien examiner la portée que les parties ont décidé de donner au concept d'« information technique » dans la licence, qui pourrait être assez large pour englober plusieurs choses plus traditionnellement visées par une entente de services de gestion.

⁷⁴ À moins qu'une telle approche n'ait des implications plus généralement négatives dans le groupe. Un de nos vieux clients originaire d'Europe de l'Est nous indiquait d'ailleurs, en début de carrière au privé, en réponse à notre enthousiasme évident concernant un argument juridique : « Pierre, I don't want to be right, I just want my money ».

⁷⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 87-2R*, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999.

⁷⁶ Tel qu'il a été indiqué au début du présent texte.

traitant à distance) que le ministre ne peut cotiser en vertu de l'alinéa 247(2)b) L.I.R. que si celui-ci peut conclure qu'**aucune** personne traitant à distance n'aurait été prête à effectuer la transaction visée, et que cette exigence n'est pas remplie dans le dossier à l'étude⁷⁷. Il s'agit là d'un fardeau de preuve très élevé pour le ministre. Si l'argument est accepté à cet égard, il devient alors beaucoup plus facile de tenter de régler le dossier sur une base d'évaluation du bien incorporel transféré.

Dans la plupart des cotisations de prix de transfert établies en vertu de la Partie I L.I.R., l'ARC adopte la position qu'une cotisation en vertu de la Partie XIII L.I.R. est appropriée, souvent parce qu'un dividende présumé équivalent aux rajustements résulterait de celle-ci. Il est par ailleurs possible pour un contribuable d'éviter une cotisation en vertu de la Partie XIII L.I.R. en s'engageant à faire rapatrier un montant équivalent aux rajustements. Le problème est que l'ARC exige que le contribuable accepte les rajustements, que cet engagement de rapatrier un montant équivalent soit effectué au moment de la conclusion d'une entente et que le rapatriement soit effectué à l'intérieur d'un délai relativement court⁷⁸. Or, il est possible qu'une entente entre les autorités compétentes fasse en sorte que le rapatriement doive être annulé en tout ou en partie par la suite, ce qui peut entraîner plusieurs difficultés. Il nous semble qu'il serait donc plus approprié pour l'ARC de plutôt obtenir dans le cadre d'un règlement un engagement immédiat du contribuable de rapatrier les sommes qui résulteront de l'entente conclue entre les autorités compétentes.

L'impact financier d'un règlement potentiel devrait aussi être calculé de façon assez précise à mesure que les négociations progressent, incluant les intérêts, les reports de perte, la réallocation des crédits, etc., notamment afin d'éviter tout malentendu quant à la nature et la portée du règlement. Il est important dans ce contexte de garder à l'esprit l'article 161.1 L.I.R. Ce dernier permet, dans certaines circonstances, la compensation des intérêts

⁷⁷ S.-al. 247(2)b)(i) L.I.R. Le sous-alinéa 247(2)b)(ii) L.I.R. requiert, quant à lui, que : « [...] l'opération ou [...] une série d'opérations [...] n'a pas été principalement conclue pour des objets véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal ».

⁷⁸ Voir à ce sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 75, par. 21. Le contribuable pourrait toujours en théorie se laisser cotiser en vertu de la Partie XIII L.I.R., et discuter de rapatriement au niveau des oppositions une fois que les autorités compétentes auront tranché, mais cela peut représenter certains inconvénients, notamment en raison du fait que le plein montant doit être entre-temps payé ou garanti, ainsi qu'en ce qui concerne les intérêts.

créditeurs et des intérêts débiteurs⁷⁹. Et c'est une idée judicieuse que celle d'inclure une référence à cet article dans l'entente de règlement.

Les contribuables devront aussi garder à l'esprit le paragraphe 152(4.3) L.I.R. Une nouvelle cotisation⁸⁰ peut en réalité avoir pour effet de modifier un solde donné applicable⁸¹, et le ministre peut de son propre chef ou doit, si le contribuable en fait la demande par écrit, recotiser une année d'imposition **subséquente** dans la mesure où la nouvelle cotisation se rapporte à la modification du solde. La nouvelle cotisation peut être établie seulement avant la date la plus éloignée des deux dates suivantes : l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation (quatre ou sept ans suivant la cotisation d'origine) ou un an suivant la date d'expiration ou de détermination du droit d'opposition ou d'appel⁸².

Par ailleurs, rien n'empêche le Ministère de recalculer le solde d'une année antérieure relative à une année prescrite, aux fins de recotiser une année d'imposition non prescrite⁸³. Cela peut par ailleurs jouer dans les deux

⁷⁹ L'article prévoit que le ministre doit réaffecter, sur demande, un trop-payé accumulé pour une période commençant après 1999 à un moins-payé accumulé pour la période.

⁸⁰ Ou une décision d'appel (jugement).

⁸¹ Le concept de solde de revenu, revenu imposable, revenu imposable gagné au Canada, perte, un impôt ou autre montant payable pour l'année, un montant remboursable pour l'année, un montant réputé avoir été payé, ou payé en trop par lui pour l'année.

⁸² Les deux exemples suivants illustrent l'application potentielle de l'article. Dans le premier exemple, l'ARC adopte la position que le gain sur la disposition d'un actif à la compagnie mère non résidente déclaré en 2001 est imposable en 2000 et recotise en conséquence. L'ARC accepte au niveau de l'opposition que le montant était imposable en 2001, et non en 2000, au moment où l'année 2001 serait autrement prescrite. L'ARC peut utiliser le paragraphe 152(4.3) L.I.R. pour recotiser l'année d'imposition 2001 à l'extérieur de la période normale de nouvelle cotisation. Dans le deuxième exemple, l'ARC adopte la position que le gain sur la disposition d'un actif est imposable en 2001 et recotise en conséquence; l'ARC accepte au niveau de l'opposition que le montant était imposable en 2000, et non en 2001, au moment où l'année 2000 serait autrement prescrite. L'ARC ne peut utiliser les dispositions du paragraphe 152(4.3) L.I.R. pour recotiser l'année 2000 hors de la période de nouvelle cotisation.

⁸³ *New St-James c. MRN*, 66 D.T.C. 5241 (C. de l'É.); des réparations effectuées en 1955 par un contribuable sont admises par l'ARC à titre de dépenses courantes et la perte est reconnue, l'ARC établit un avis de recotisation selon lequel aucun impôt n'est dû pour 1955. L'ARC recotise les années 1956 à 1959 en recalculant la perte de 1955 comme une perte en capital malgré l'admission des dépenses de l'année 1955 à titre de dépenses courantes. Le contribuable dépose un avis d'opposition, puis une requête en appel. Devant ces faits, la Cour de l'Échiquier conclut que la législation n'impose (à suivre...)

sens, puisqu'un contribuable pourra par exemple calculer le solde de perte reportable non pas sur la base des pertes « surréclamées » dans des années prescrites, mais plutôt sur la base des montants plus bas qui étaient admissibles, et effectivement réclamer deux fois le même montant⁸⁴.

Il est de plus en plus fréquent que la vérification demande comme élément de règlement en matière de prix de transfert que le contribuable signe une renonciation aux droits d'opposition en vertu des paragraphes 165(1.2) et 169(2.2) L.I.R.⁸⁵

En ce qui a trait aux pénalités, la vérification refuse habituellement de s'engager, puisque c'est au CRPT de décider de la question. Cela peut parfois rendre plus difficile la conclusion de règlements potentiels, ce qui est regrettable. Il peut par ailleurs être approprié d'obtenir dans l'entente de règlement une confirmation que la vérification recommandera au moins au CRPT qu'aucune pénalité ne soit imposée⁸⁶.

L'évaluation de scénarios potentiels de règlement doit naturellement inclure un examen des impacts provinciaux possibles, et notamment du fait

(...suite)

de restriction à aucune autre année que 1955, inclusivement, eu égard desquelles le délai de quatre ans relatif aux années 1956 à 1959 n'est pas écoulé et la période limite prescrite ne s'applique pas. D'autres exemples existent. L'ARC ne peut cependant pas créer un revenu imposable pour une année non admissible sous prescription aux seules fins d'utiliser des déductions discrétionnaires pour diminuer le revenu imposable et réduire le solde à reporter.

⁸⁴ Un exemple récent est la décision du juge en chef Rip dans l'affaire *Leola Purdy, Sons Ltd. c. La Reine*, 2009 D.T.C. 220 (C.C.I.).

⁸⁵ Bien que ce genre de renonciation ait été monnaie courante depuis plusieurs années dans des dossiers qui, par leur nature, sont clos de façon définitive après l'obtention d'un règlement, on peut s'interroger à savoir si ce genre de demande est approprié de la part de l'ARC dans un dossier de prix de transfert alors qu'il n'est pas certain, au moment de la conclusion d'un règlement, que les autorités compétentes puissent en arriver à une entente, et que le contribuable ne soit prêt à régler que dans la mesure où il peut éviter une double imposition. Il serait peut-être plus approprié que la vérification obtienne plutôt un engagement du contribuable que celui-ci ne réclamera pas une réduction des cotisations dans le cadre d'une demande d'autorité compétente, mais se bornera plutôt à décrire les faits et à demander que les autorités compétentes s'entendent. Une autre option serait de demander une renonciation aux droits d'opposition, mais conditionnelle à la conclusion d'une entente en ce qui concerne les autorités compétentes.

⁸⁶ Bien que généralement, la vérification doive se contenter de résumer les faits, selon la procédure établie à l'interne, il s'agit d'un cas potentiel d'exception.

qu'au Québec, malgré l'expiration des délais prévus par la *Loi sur les impôts*⁸⁷, Revenu Québec peut, lorsqu'un contribuable fait l'objet d'une cotisation ou d'une nouvelle cotisation en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, déterminer de nouveau l'impôt, les intérêts et les pénalités dans l'année qui suit la date de cette cotisation⁸⁸. Bien que les législations de l'Ontario et de l'Alberta possèdent des dispositions semblables, celles-ci ne sont pas identiques.

Un règlement demeure par ailleurs parfois possible dans le cadre de la vérification même après l'établissement de nouvelles cotisations dans la mesure où d'autres années subséquentes font l'objet de vérification dans un délai relativement rapproché. En effet, il est fréquent que l'ARC effectue une vérification à l'égard de plusieurs années à la fois, et que l'une de ces années soit sur le point de devenir prescrite. La vérification établira dans ce genre de situation une cotisation de protection à l'égard de cette seule année juste avant l'expiration du délai. Dans l'éventualité où la discussion se poursuit avec le contribuable, et qu'un règlement survient à l'égard de toutes les années, la vérification se montrera généralement disposée à demander aux appels de disposer de l'avis d'opposition en conformité avec le règlement.

2. OPPOSITIONS

Le dépôt d'avis d'opposition à l'encontre d'avis de cotisation portant sur les prix de transfert se fait habituellement afin de préserver les droits du contribuable pendant que des discussions ont lieu au niveau des autorités compétentes⁸⁹, et afin de permettre à la division des appels de cotiser une fois que ces discussions se seront soldées par une entente permettant au groupe dont fait partie le contribuable d'éviter une double imposition⁹⁰.

⁸⁷ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

⁸⁸ Art. 1010.0.2 L.I.

⁸⁹ Notons en passant qu'il serait inapproprié pour le contribuable d'accepter de signer une renonciation au droit d'opposition et d'appel en vertu du paragraphe 169(2.2) L.I.R. dans le cadre de la conclusion d'une entente avec la vérification qui serait l'objet d'une entente entre les autorités compétentes, notamment puisque la conclusion d'une telle entente n'est jamais certaine. Il est aussi possible que le contribuable doive élever de nouveau une objection contre de nouvelles cotisations afin de faire corriger des erreurs dans celles-ci. L'ARC a demandé une telle renonciation dans certains cas.

⁹⁰ Le dépôt d'une demande d'autorité compétente n'a en effet pas d'impact sur la période à l'intérieur de laquelle le ministre a le pouvoir de cotiser en vertu du paragraphe 152(4) L.I.R. Il faut donc que le contribuable étende en quelque sorte ce pouvoir en déposant un avis d'opposition conformément à l'article 165 L.I.R., afin de (à suivre...)

Il existe cependant aussi un certain nombre de situations où, malgré l'évidente utilité des procédures d'autorités compétentes, particulièrement depuis la récente mise en vigueur du protocole Canada-États-Unis (incluant l'arbitrage obligatoire de type *shotgun* après un délai de deux ans⁹¹), il peut être approprié d'entamer des discussions avec la division des appels afin de régler le dossier, ou même d'aller devant les tribunaux.

C'est le cas naturellement lorsque les transactions visées par les cotisations impliquent des entités avec qui le Canada n'a pas conclu de convention fiscale. Dans d'autres cas, bien que l'entité étrangère soit incorporée dans une juridiction qui a conclu une convention fiscale avec le Canada, le taux d'impôt est tel que la cotisation équivaut à un coût presque net au Canada qui ne peut être effacé ou réduit que par une « victoire canadienne » du contribuable⁹².

Aussi, il est habituellement nécessaire de tenter de régler le dossier avec la division des appels ou, à défaut d'un tel règlement, d'aller devant les tribunaux lorsque les cotisations ont été établies en vertu de l'alinéa 247(2)b L.I.R. (requalification) et/ou du paragraphe 247(3) L.I.R. (pénalités), puisque la politique actuelle de l'ARC est de refuser de négocier ce genre de dossier au niveau des autorités compétentes⁹³.

(...suite)

donner au ministre le pouvoir de cotiser en dehors du délai de sept ans (4 plus 3) prévu au paragraphe 152(4) L.I.R. Nous verrons plus loin dans le présent texte que la division des appels ne pourra donner pleinement effet à une entente intervenue entre les autorités compétentes que dans la mesure où l'avis d'opposition déposé par une grande société répond aux exigences statutaires s'appliquant pour les avis d'opposition des grandes sociétés, notamment, puisque les autorités compétentes canadiennes ne possèdent pas de pouvoir propre de cotiser en dehors du processus d'opposition, et qu'il convient donc de rédiger cet avis avec soin.

⁹¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2008-104, « L'entrée en vigueur de la convention fiscale actualisée entre le Canada et les États-Unis en matière d'impôts sur le revenu favorisera la compétitivité mondiale du Canada », 15 décembre 2008.

⁹² Par exemple, l'ARC a déjà adopté comme position que la convention fiscale entre le Canada et la Barbade ne s'applique pas à certaines sociétés ayant droit à un avantage fiscal spécial à la Barbade, dont une société d'affaires internationales (*international business company*).

⁹³ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 71-17R5, « Directive sur l'aide donnée par l'autorité compétente en vertu des conventions fiscales du Canada », 1^{er} janvier 2005, par. 27 :

(à suivre...)

Il peut être aussi intéressant de songer à des discussions avec les appels lorsque la cotisation n'est tout simplement pas valide en droit. Par exemple, si le BSF procède à une requalification déguisée sans que les exigences de l'alinéa 247(2)b) L.I.R. soient remplies, les oppositions pourraient être le forum approprié pour, dans un premier temps, faire substantiellement réduire les cotisations, auquel cas les demandes d'autorités compétentes pourraient entre-temps être gardées en suspens. Autre exemple : si le ministre impose un contribuable qui n'est pas une personne liée au sens de l'article IX de la convention applicable, les appels pourraient éliminer les cotisations au complet beaucoup plus rapidement que les autorités compétentes⁹⁴.

Le contribuable peut aussi avoir ses propres raisons pour préférer tenter d'obtenir un règlement local.

2.1. LES GRANDES SOCIÉTÉS : APPLICATION DU PARAGRAPHE 165(1.11) L.I.R.

Avant de parler des exigences quant au contenu des avis d'opposition des grandes sociétés, rappelons le principe de base voulant qu'une nouvelle cotisation valide visant à déterminer l'ensemble de la charge fiscale d'un contribuable annule automatiquement toute cotisation ou nouvelle cotisation antérieure⁹⁵. Cette nouvelle cotisation a aussi pour effet d'annuler tout avis d'opposition antérieur, et il faut éviter la perte du droit d'opposition pour un dossier déjà pendant en déposant un nouvel avis d'opposition dans les

(...suite)

« L'autorité compétente du Canada n'entame normalement pas de négociations au sujet de cas pour lesquels la cotisation ou nouvelle cotisation repose sur l'article 245 de la Loi ou sur d'autres articles anti-évitement particuliers de la Loi, y compris le *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Cela signifie généralement que l'autorité compétente du Canada prend en considération les demandes d'aide présentées dans de tels cas, mais que si elle accepte la demande, elle se contentera d'envoyer le cas à l'autorité compétente de l'autre pays afin que cette dernière décide, à sa discrétion, de l'allègement à accorder. »

⁹⁴ Par ailleurs, il est recommandé de tout de même déposer une demande d'autorité compétente de protection, et sous protêt, dans ce genre de scénario, et de la faire suspendre jusqu'à ce que les appels invalident les cotisations.

⁹⁵ *Abrahams (No1) c. MRN*, 66 D.T.C. 5451 (C. de l'É.); voir aussi *Merswolke c. La Reine*, 95 D.T.C. 821 (C.C.I.); *Transcanada Pipeline Ltd. c. La Reine*, 2001 D.T.C. 5625 (C.A.F.). Cela est à mettre en contraste avec une cotisation dite « supplémentaire » qui n'aurait pas un tel effet, mais celle-ci est extrêmement rare.

90 jours suivant l'établissement de ce nouvel avis de cotisation⁹⁶. S'il s'avérait que le contribuable fasse défaut de s'objecter dans les 90 jours de l'établissement du nouvel avis de cotisation, il est possible de déposer auprès du ministre une demande de prorogation de délai dans l'année suivant l'expiration du délai de 90 jours, mais il faut agir avec rapidité une fois le défaut découvert⁹⁷.

Un contribuable peut donc déposer un avis d'opposition à l'égard d'une année d'imposition au plus tard le 90^e jour suivant la date de la mise à la poste de l'avis de cotisation établi par l'ARC. Malgré le fait qu'une entente puisse par la suite intervenir dans un cas particulier entre les autorités compétentes, l'ARC ne donnera par ailleurs effet (ou pleinement effet) à cette entente que dans la mesure où l'avis d'opposition préalablement déposé par le contribuable réponde aux exigences techniques de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par exemple en ce qui concerne des déductions discrétionnaires telles que l'allocation du coût en capital, les crédits d'impôt à l'investissement et les pertes à reporter. Même dans ces cas, il faudra donc procéder à la rédaction des avis en tenant notamment compte des règles applicables aux grandes sociétés. Le paragraphe 165(1.11) L.I.R. indique à cet égard qu'un avis d'opposition déposé par une grande société doit :

- « a) donner une description suffisante de chaque question à trancher;
- b) préciser, pour chaque question, le redressement demandé, sous la forme du montant qui représente la modification d'un solde, au sens du paragraphe 152(4.4) ou d'un solde de dépenses ou autres montants non déduits applicable à la société;
- c) fournir, pour chaque question, les motifs et les faits sur lesquels se fonde la société. » (Notre soulignement)

De son côté, le paragraphe 169(2.1) L.I.R. limite le pouvoir de la société en appel de la manière qui suit :

« Malgré les paragraphes (1) et (2), la société qui était une grande société au cours d'une année d'imposition, au sens du paragraphe 225.1(8) et qui signifie un avis d'opposition à une cotisation établie en vertu de la présente partie pour l'année ne peut interjeter appel devant la Cour canadienne de l'impôt pour faire annuler ou modifier la cotisation qu'à l'égard des questions suivantes :

⁹⁶ Certains agents ont d'ailleurs adopté l'excellente habitude d'envoyer une lettre au contribuable et/ou représentant pour l'avertir expressément de l'établissement de la nouvelle cotisation et de l'exigence de déposer un nouvel avis.

⁹⁷ Voir l'article 166.1 L.I.R. et les critères qui y sont précisés.

a) une question relativement à laquelle elle s'est conformée au paragraphe 165(1.11) dans l'avis, mais seulement à l'égard du redressement, tel qu'il est exposé dans l'avis, qu'elle demande relativement à cette question;

b) une question visée au paragraphe 165(1.14), dans le cas où elle n'a pas, à cause du paragraphe 165(7), signifié d'avis d'opposition à la cotisation qui a donné lieu à la question. »

Les cours canadiennes n'ont pas hésité à donner au paragraphe 165(1.11) L.I.R. son plein effet, habituellement dans un contexte où le contribuable tentait de soulever en appel des questions non abordées dans un avis d'opposition⁹⁸. Compte tenu de l'importance des montants généralement

⁹⁸ La cause la plus citée en la matière est l'affaire *Potash Corporation Of Saskatchewan Inc. c. La Reine*, 2004 D.T.C. 6002 (C.A.F.), autorisation d'appeler à la Cour suprême refusée, [2004] CarswellNat 4080 (ci-après « *Potash Corporation* ») dans laquelle l'intimée avait soumis dans ses avis d'opposition des arguments de manière générale à divers montants inclus dans ses déclarations à titre de bénéfices relatifs à des ressources. À la suite du refus de son avis d'opposition par le ministre, elle avait déposé à la Cour canadienne de l'impôt des avis d'appel formulés de la même façon. Par la suite, la contribuable a découvert dans le cadre d'interrogatoires au préalable que certains montants correspondaient à des bénéfices relatifs à des ressources qui n'avaient pas, mais auraient dû, être inclus dans ses avis d'opposition. Quelques semaines avant l'audition devant la Cour, l'intimée a déposé des requêtes pour modifier ses avis d'appel, qui ont été acceptées par cette dernière. La Cour d'appel fédérale a infirmé en appel la décision de la Cour canadienne de l'impôt, au motif qu'une grande société n'est peut-être pas tenue de décrire la question soulevée dans son avis d'opposition de façon précise, mais qu'elle est tenue de le faire de façon suffisante. Selon la Cour, « ce qui est suffisant diffère d'un cas à l'autre et dépend du degré de précision nécessaire pour permettre au ministre de connaître chaque question ». La Cour reconnaissait que le résultat pouvait être dur pour l'intimée, mais soulignait que tel est le but du législateur. De façon semblable, dans la cause *Newmont Canada Limited c. La Reine*, 2006 D.T.C. 6029 (C.A.F.), confirmant 2005 D.T.C. 617 (C.C.I.), la Cour d'appel fédérale a confirmé (malgré la tentative ingénieuse de l'appelante de justifier sa demande par le biais du paragraphe 165(7) L.I.R.) la décision de la Cour canadienne de l'impôt en vertu de laquelle cette dernière avait refusé à l'appelante la permission d'ajouter à son avis d'appel une référence à un prêt d'or puisque l'appelante n'avait pas auparavant soulevé cette question dans ses avis d'opposition. Un exemple extrême de l'approche des tribunaux en la matière est la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *La Reine c. Telus Communications (Edmonton) Inc.*, 2005 CAF 159, infirmant [2004] CarswellNat 5798 (ci-après « *Telus Communications* »), dans laquelle elle a infirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt qui avait permis à l'appelante de plaider une défense de diligence raisonnable à l'égard d'une pénalité imposée par l'ARC pour taxe nette non déclarée. La Cour d'appel fédérale avait souligné que la question doit être suffisamment décrite, quantifiée et appuyée par un exposé des motifs et des faits dans l'avis d'opposition, et que la défense de diligence raisonnable à l'égard des intérêts et pénalités de l'intimée n'avait pas été soulevée initialement dans l'avis d'opposition de la contribuable; une simple mention « des intérêts et pénalités connexes » n'est pas suffisante puisqu'elle

(à suivre...)

en jeu dans un contexte de prix de transfert, il est donc essentiel pour les grandes sociétés de bien cerner les questions en cause, de souligner les faits et motifs, et les redressements demandés dans l'avis d'opposition. À cet égard, il serait prudent de bien souligner dans l'avis d'opposition tous les motifs de nature technique que le contribuable entend invoquer, cela pouvant inclure, selon le cas, en plus des motifs habituels :

- 1) l'avis de nouvelle cotisation établi en vertu de l'alinéa 247(2)a L.I.R. est en fait une requalification déguisée non permise par l'alinéa 247(2)b L.I.R.⁹⁹;
- 2) les pénalités visées par le paragraphe 247(3) L.I.R. sont injustifiées, non seulement parce que les rajustements effectués par le ministre sont injustifiés, mais aussi (même si de tels rajustements étaient justifiés, ce qui est nié) parce que le contribuable a fait des efforts sérieux pour établir et utiliser des prix de transfert de pleine concurrence¹⁰⁰;
- 3) l'avis de nouvelle cotisation a été établi en dehors des délais prévus au paragraphe 152(4) L.I.R.¹⁰¹;

(...suite)

était plutôt liée à la réduction des rajustements de taxe nette. Certains praticiens ont exprimé leur inquiétude quant à l'attitude stricte des tribunaux; voir notamment David E. SPIRO, Guy DU PONT, J.S. BASRAN et Anne-Marie LÉVESQUE, « Legislative, Administrative, and Judicial Developments: Current Cases », dans *2005 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 5:1-14; Jasmine SIDHU, James W. MURDOCH et Sheila M. CRUMMEY, « Current Cases », (2005), vol. 53, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 1061-1073.

⁹⁹ Comme il a été souligné dans d'autres présentations, les exigences de l'alinéa 247(2)b L.I.R. sont exceptionnelles et plus difficiles pour le ministre à satisfaire que celles de l'alinéa 247(2)a L.I.R. On notera par ailleurs que cet argument de requalification déguisée peut être une arme à double tranchant en ce sens que, tel qu'il a été indiqué plus haut, l'ARC acceptera normalement de négocier une cotisation établie en vertu de l'alinéa 247(2)a L.I.R., mais non fixée en vertu de l'alinéa 247(2)b L.I.R. Soulever l'argument pourrait faire hésiter les autorités compétentes sur la position qu'elles veulent prendre dans le dossier.

¹⁰⁰ Le défaut de soulever cet autre argument au niveau des avis d'opposition pourrait faire en sorte que, si les rajustements sont maintenus, les oppositions et/ou la Cour refuseraient de considérer la défense de diligence raisonnable relativement aux pénalités, et le contribuable serait donc incapable d'échapper à la pénalité, même s'il avait eu de bons motifs pour la faire tomber. C'est précisément ce que la Cour d'appel fédérale a fait dans le dossier *Telus Communications*, précité, note 98.

¹⁰¹ Un exemple récent de l'acceptation de ce genre d'argument par la Cour est la décision *Blackburn Radio Inc. c. La Reine*, 2009 CCI 155. Dans cette affaire, la Cour (à suivre...)

- 4) l'avis de nouvelle cotisation a été établi en dehors des délais prévus dans une convention fiscale¹⁰².

Compte tenu du fait qu'il arrive parfois que le ministre ne communique pas tous les détails de sa position au contribuable durant la vérification ou dans le délai de 90 jours suivant l'établissement des nouvelles cotisations, et qu'un examen subséquent du dossier de l'ARC ou des discussions avec la division des appels révèlent qu'il y a lieu de bonifier l'avis d'opposition, il serait prudent d'insérer une clause de modification de l'avis d'opposition qui pourrait ressembler à ceci :

« Le contribuable se réserve le droit de modifier le présent avis d'opposition et d'amener des faits et motifs additionnels une fois qu'il aura pris davantage connaissance des fondements de la cotisation et du dossier du ministre, [...] »

C'est aussi une bonne idée, en plus de bien exposer les questions, motifs et faits pertinents dans l'avis d'opposition, de joindre à l'intérieur d'un délai raisonnable un certain nombre de documents clés qui viennent appuyer les positions mises de l'avant dans l'avis d'opposition.

Que peut par ailleurs faire un contribuable qui s'aperçoit après coup que son avis d'opposition ne répond pas aux ou à certaines exigences du paragraphe 165(1.11) L.I.R.? Il doit d'abord vérifier si le défaut est relatif à l'alinéa 165(1.11)b) L.I.R. (redressements) ou à l'alinéa 165(1.11)c) L.I.R. (motifs et faits). Sur le plan formel, le paragraphe 165(1.12) L.I.R. prévoit un mécanisme permettant au ministre d'allouer un délai de 60 jours au contribuable afin de fournir les renseignements manquants, celui-ci étant réputé s'être conformé au paragraphe 165(1.11) L.I.R. s'il le fait. Sur le plan informel, particulièrement si le ministre n'a pas soulevé de défaut par le biais de la procédure prévue au paragraphe 165(1.12) L.I.R., le contribuable peut, de son propre chef, envoyer un supplément d'information relativement à des questions déjà mentionnées dans un avis d'opposition, et il y a de grandes chances que le ministre considère cette information ou documentation additionnelle. Il serait difficile de penser que le ministre voudrait par la suite

(...suite)

canadienne de l'impôt a accepté l'argument de l'appelante selon lequel le ministre était tenu de cotiser dans le délai de quatre ans prévu à l'alinéa 152(3.1)a) L.I.R. puisque les transactions cotisées n'étaient pas « une opération entre le contribuable et une personne non résidente avec laquelle il avait un lien de dépendance » au sens du sous-alinéa 152(4)b)(iii) L.I.R. Elle a donc conclu que les cotisations établies par le ministre à l'extérieur de cette période étaient invalides.

¹⁰² Tel qu'il a été indiqué au début du présent texte.

soulever le défaut du contribuable, particulièrement s'il s'agit de redressements, compte tenu de l'*obiter* de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Potash Corporation* :

« Je préfère remettre à plus tard la question de savoir si l'obligation de "préciser, pour chaque question, le redressement demandé, sous la forme du montant qui représente la modification d'un solde, au sens du paragraphe 152(4.4), ou d'un solde de dépenses ou autres montants non déduits applicables à la société" lie nécessairement une grande société pour ce qui est du montant mentionné, ou pour un montant inférieur. Il est possible de soutenir que, dans certains cas, la modification d'un avis d'appel serait permise si la modification portait uniquement sur le montant sans qu'une nouvelle question soit soulevée¹⁰³. » (Notre soulignement)

Cela étant dit, tel qu'il a été indiqué plus haut, l'ARC peut faire preuve d'une certaine rigidité lorsqu'il s'agit de rajuster les comptes discrétionnaires (tels que l'allocation du coût en capital, les reports de perte et les crédits d'impôt à l'investissement, lesquels sont souvent touchés de façon importante par les rajustements appréciables apportés par l'ARC), même s'il s'agit là d'un point purement conséquent aux questions soulevées, lorsqu'un rajustement potentiel de ceux-ci n'est pas expressément mentionné dans l'avis d'opposition¹⁰⁴. À cet égard, l'ARC s'appuie notamment sur la définition de solde que l'on retrouve au paragraphe 152(4.4) L.I.R. :

« (4.4) [...] solde, [...] correspond au revenu imposable, au revenu imposable gagné au Canada ou à une perte du contribuable pour l'année, à l'impôt ou autre montant payable par lui pour l'année, à un montant qui lui est remboursable pour l'année ou à un montant réputé avoir été payé, ou payé en trop, par lui pour l'année. »

¹⁰³ *Potash Corporation*, précité, note 98, par. 27. L'ARC a aussi donné certains exemples de situations où elle considère qu'il est raisonnable pour le contribuable de ne pas indiquer immédiatement dans son avis d'opposition le montant de redressement, notamment lorsque cela est demandé : Jean LAPORTE, « Vérification fiscale et recours », dans *Colloque – Vérification fiscale et recours*, 94, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 4:1-39, section 2.4.

¹⁰⁴ Par exemple, des crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») de 20 M\$ sont réclamés pour 2005 par le contribuable, des cotisations viennent augmenter le revenu de 2006 de 10 M\$, le contribuable diminue pour diverses raisons de 10M\$ ses crédits réclamés pour 2005, qui est aussi cotisée, et les applique à 2006 pour faire baisser le compte fiscal de cette année. Les cotisations pour 2006 sont invalidées en partie en opposition ou par suite d'une entente avec des autorités compétentes, et le contribuable désire maintenant retourner à sa « filing position » pour 2005 (donc 20 M\$ de CII). L'ARC refusera sauf si l'avis d'opposition mentionne cette possibilité.

Il est donc essentiel de s'assurer que la question du rajustement potentiel des comptes discrétionnaires soit bien soulignée dans l'avis d'opposition.

L'avis d'opposition pourrait contenir par exemple la clause suivante :

« Le contribuable demande à ce qu'il puisse prendre avantage (dans la mesure où il le désire) de tout ajustement potentiel aux différents comptes discrétionnaires (tels que l'allocation du coût en capital, le crédit d'impôt à l'investissement, les pertes reportées, etc.) permis par la loi, compte tenu d'une nouvelle cotisation à être émise à la suite d'un règlement à intervenir entre les parties ou d'une décision d'une cour de juridiction compétente. »

Qu'en est-il si le contribuable s'aperçoit qu'il a oublié de soulever une question dans son avis d'opposition? Si le délai de 90 jours pour déposer l'avis d'opposition n'est pas expiré, il pourrait toujours déposer un nouvel avis. Si ce délai est déjà expiré, ses chances sont minces... mais peut-être pas inexistantes, dépendamment du contexte du défaut. En effet, si les circonstances démontrent que l'intention du contribuable à l'intérieur du délai de 90 jours était de s'opposer à la question, mais que c'est par inadvertance ou, par exemple, à la suite de la faute d'un consultant que la question n'a pas été mentionnée à l'avis d'opposition¹⁰⁵, il ne serait pas farfelu pour le contribuable de faire une demande de prorogation de délai en vertu de l'article 166.1 L.I.R. pour déposer un avis d'opposition relativement à cette question¹⁰⁶.

2.2. RÈGLEMENT AU NIVEAU DES OPPOSITIONS

Il convient d'abord de préciser que, bien qu'il soit toujours préférable de régler soit au niveau de la vérification ou sinon au niveau des oppositions, plusieurs dossiers se règlent par la suite avec le ministère de la Justice, malgré le fait que des procédures aient été déposées devant la Cour canadienne de l'impôt. Les commentaires qui suivent sont donc applicables à ces différents niveaux.

Traditionnellement, la division des appels n'avait pas ou avait peu de budget pour engager un expert externe, par exemple un évaluateur, et tentait parfois de retourner à la vérification pour un complément d'opinion, ce qui

¹⁰⁵ Il s'agit de deux scénarios dans le cadre desquels l'ARC a déjà accepté à plusieurs reprises la demande de prorogation de délai dans un contexte plus traditionnel, c'est-à-dire celui où aucun avis n'avait été déposé à l'intérieur du délai de 90 jours.

¹⁰⁶ Le fait qu'un avis d'opposition ait été déjà déposé à l'égard de questions différentes ne devrait pas, selon nous, faire obstacle à une telle demande.

donnait rarement des résultats satisfaisants en ce qui avait trait au rapprochement potentiel des parties et à la conclusion d'un règlement. Les appels attendaient donc plutôt que le dossier se rende devant les tribunaux pour faire appel à l'externe, ce qui était dommage et pouvait prolonger le débat inutilement. Plus récemment, dans les dossiers importants, la division des appels a pu à l'occasion obtenir le budget nécessaire et engager les personnes appropriées. Il s'agit là d'un excellent développement que les contribuables ne peuvent qu'encourager.

Les dossiers de requalification peuvent aussi donner lieu à des situations particulières en ce qui concerne les applications de paiements, et donc en matière de calcul des intérêts. Il est important pour le contribuable de notamment discuter, au moment de la résolution d'un dossier, de l'application de paiements précotisés déjà effectués volontairement par le contribuable, mais modifiés subséquemment par les cotisations établies par l'ARC, puisque cela peut avoir une conséquence importante sur les intérêts¹⁰⁷.

Le fait que le CRPT ait sanctionné une cotisation en vertu de l'alinéa 247(2)b) L.I.R. et/ou que le ministère de la Justice ait déjà donné dans le cadre de la vérification une opinion favorable à la requalification avant que les cotisations ne soient établies est-il nécessairement un obstacle à un règlement des dossiers de nouvelle caractérisation au niveau des oppositions? Notre expérience démontre, bien que la meilleure option soit de convaincre dans le cadre de la vérification le comité et/ou le ministère de la Justice que les exigences de l'alinéa 247(2)b) L.I.R. ne sont pas remplies, qu'il demeure possible d'obtenir gain de cause au niveau des oppositions, par exemple en démontrant que tous les faits pertinents n'ont pas été considérés, que si les faits ont été bien considérés, leur impact juridique a été incorrectement évalué, etc.

¹⁰⁷ Reprenons notre exemple de transfert d'intangible : un contribuable inclut en 2004 un gain de 10 M\$ résultant d'un transfert effectué en 2002 d'un bien intangible à sa compagnie mère et paie un impôt en bonne et due forme en produisant sa déclaration, le ministre refuse de reconnaître le transfert, et décide de requalifier celui-ci de licence, il détaxe le gain pour l'année 2002, mais inclut des redevances de 50 M\$ dans les années 2003 à 2006. Le contribuable a gain de cause sur la question en opposition, mais s'oppose entre-temps à d'autres questions non reliées pour les années 2003 à 2005 pour lesquelles il doit donner une garantie sur 50 % des montants en jeu. Dans ce genre de scénario, le contribuable doit s'assurer que les sommes payées au début relativement à l'inclusion du gain au revenu de 2002, et qui ont été entre-temps appliquées par le ministre à la dette fiscale de 2003 à 2005, ne soient pas appliquées aux nouvelles questions cotisées pour les années 2003 à 2005, mais bien créditées à nouveau pour l'année 2002.

Il convient de noter que les personnes traitant les dossiers des oppositions sont, par rapport à celles s'occupant de la vérification, davantage familiarisées avec les concepts de preuve et les aléas d'une procédure judiciaire, notamment parce que plusieurs d'entre elles sont aussi impliquées dans les litiges devant la Cour. De la même façon, dans certains dossiers, les oppositions demandent que des avocats seniors du contentieux des affaires fiscales du ministère de la Justice (donc ceux qui vont plaider les dossiers)¹⁰⁸ examinent ces derniers afin de mieux évaluer les chances de succès (ou d'échec) des parties, et favoriser des négociations dans les dossiers appropriés.

Normalement, la division des appels n'accepte pas de traiter dans le cadre de discussions de règlement des demandes de réduction ou d'annulation d'intérêts effectuées en vertu du paragraphe 220(3.1) L.I.R. Il est cependant possible de discuter avec les oppositions de la possibilité d'une recommandation favorable de leur part relativement à une telle demande, ou de la reconnaissance de certains faits qui pourraient être utiles pour le contribuable dans le cadre de la demande. Il est possible que certains délais observés au moment de la vérification ou de l'opposition soient en partie attribuables à l'ARC¹⁰⁹, et que le contribuable puisse faire réduire sa dette fiscale de plusieurs millions de dollars d'intérêts.

Une autre possibilité pour le contribuable peut consister à s'engager formellement dans un règlement avec la division des appels à ne pas faire une demande de réduction d'intérêts en échange de concessions sur d'autres points par les oppositions. En effet, bien que les oppositions n'aient pas autorité directe sur ces demandes, elles sont néanmoins conscientes des implications financières potentielles qu'une telle demande pourrait avoir pour l'ARC, selon le dossier en jeu, et peuvent être prêtes à considérer un engagement du contribuable de ne pas en déposer.

Notons aussi que dans les cas où une entente est conclue avec la division des appels à l'égard d'années antérieures, l'entente ne peut normalement viser les années subséquentes qui n'ont pas été imposées. Cependant, si la même question revient, et à moins que les faits n'aient changé, il peut être intéressant de négocier une clause indiquant que toute cotisation établie à l'égard de la même question et qui contredit les cotisations résultant de

¹⁰⁸ Par opposition aux avocat(e)s des services juridiques qui ne vont habituellement pas en cour.

¹⁰⁹ Il s'agit là du critère principal dans ce genre de dossier qui a des chances raisonnables de faire en sorte que l'ARC accepte de réduire les intérêts autrement dus.

l'entente pour une année subséquente sera invalidée par la division des appels.

3. AUTORITÉS COMPÉTENTES

Présumant qu'il s'agit d'une situation où une convention fiscale est susceptible de s'appliquer¹¹⁰, un contribuable peut, en résumé, adopter l'une de deux stratégies relativement aux autorités compétentes des États contractants visés¹¹¹ afin de résoudre une double imposition existante ou potentielle¹¹². Il peut en quelque sorte tenter de « prévenir les coups », et déposer une demande d'arrangement préalable en matière de prix de transfert (ci-après « APP ») à l'égard d'années à venir¹¹³. Le contribuable pourra requérir que cette demande s'applique aux années précédentes et toujours « ouvertes » mais n'ayant pas encore fait l'objet de demandes de documentation ponctuelle par la vérification (ci-après « APP rétroactif »¹¹⁴).

¹¹⁰ Si l'entité du groupe est résidente d'un pays qui n'a pas signé de convention fiscale avec le Canada, un mécanisme d'autorités compétentes ne sera pas disponible. Même si une convention existe, la position de l'ARC, tel qu'il a été indiqué plus haut, semble être qu'elle refusera de négocier les questions de nouvelle caractérisation ou de pénalités.

¹¹¹ Au Canada, la Division des services de l'autorité compétente, située à Ottawa.

¹¹² Bien qu'une discussion détaillée sur les stratégies potentielles liées à un tel choix dépasse le cadre du présent article, notons que le fait que l'ARC ait déjà cotisé des années antérieures, et ne semble pas prête à reconsidérer sa position peut avoir un impact, notamment parce que la vérification ne procédera normalement pas à un examen d'une année visée par un APP rétroactif, si ce n'est pour procéder à un projet de rajustements afin de permettre à un contribuable d'envoyer l'avis de notification requis à l'intérieur du délai visé par la convention pertinente, lorsqu'un tel délai existe.

¹¹³ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 94-4R, « Prix de transfert international : Arrangement préalable en matière de prix de transfert (APP) », 16 mars 2001.

¹¹⁴ Plusieurs États acceptent de traiter des années antérieures à l'intérieur d'une telle demande dans la mesure où leurs autorités fiscales sont toujours à l'intérieur des délais pertinents pour cotiser l'année. C'est le cas du Canada, qui prévoit aussi d'autres conditions pour traiter une demande d'APP rétroactif : les faits et circonstances doivent être les mêmes, les administrations fiscales doivent avoir accepté de traiter la demande comme un APP rétroactif, et une renonciation valide relative à la période normale à l'intérieur de laquelle l'ARC peut cotiser est transmise. Un BSF ne fera pas de demande de documentation ponctuelle une fois qu'une rencontre préliminaire entre le contribuable et les autorités compétentes a eu lieu et que la demande a été acceptée. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, Note de service PTM 11, « Arrangements préalables en matière de prix de transfert rétroactifs », 28 octobre 2008 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 113, par. 13.

Il peut plutôt attendre de voir si des cotisations seront, par suite d'une vérification, établies par l'ARC à l'égard d'années données et, si c'est le cas, déposer une demande auprès des autorités compétentes afin que les États contractants s'entendent entre eux quant aux rajustements pertinents (« procédure amiable » ou « PA »). Une telle demande pourra être ou ne pas être applicable aux années dont les déclarations de revenus ont déjà été transmises au fisc et qui ont fait l'objet d'une cotisation initiale (connue sous le nom de procédure accélérée relative à l'autorité compétente (ci-après « PAAC ») ou ACAP en anglais), si la demande en est faite et que certaines exigences sont respectées¹¹⁵.

Tel qu'il a été indiqué précédemment, le contribuable qui choisit la deuxième option aura d'abord pris soin, pendant la phase de vérification, de protéger ses droits en transmettant à l'autre État contractant la notification requise par la convention fiscale pertinente dans le délai prévu par ladite convention¹¹⁶, dans la mesure où, naturellement, il reçoit un projet de rajustements de l'ARC avant l'expiration d'un tel délai. Si une nouvelle cotisation devait par la suite être établie par l'ARC, à la conclusion de la vérification, le contribuable se sera ainsi assuré de préparer et de déposer à l'intérieur des délais prescrits un avis d'opposition répondant aux exigences du paragraphe 165(1.11) L.I.R.¹¹⁷ Il aura aussi soit demandé aux appels de suspendre le traitement du dossier en attendant la résolution du dossier de la part des autorités compétentes¹¹⁸, soit avisé les autorités compétentes de

¹¹⁵ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, Note de service PTM 12, « Procédure accélérée relative à l'autorité compétente (PAAC) », 12 décembre 2008, qui prévoit un certain nombre de conditions d'acceptation d'une telle demande, incluant que la demande soit faite en même temps que la demande principale, que les questions soient les mêmes, que les faits et circonstances soient demeurés inchangés, qu'il « n'y a aucune question n'impliquant des situations ou des transactions inhabituelles qui pourraient rendre l'application d'une PAAC impraticable ». Si la demande de PAAC est refusée, le contribuable peut tout de même faire une demande amiable subséquemment, eu égard à l'année en question.

¹¹⁶ Tel qu'il a été indiqué, dans certains cas, l'autre État contractant aura, compte tenu du libellé de la convention fiscale pertinente, la liberté d'accepter ou de refuser de considérer un allègement afin d'éviter une double imposition.

¹¹⁷ L'avis d'opposition doit, à la fois : a) donner une description suffisante de chaque question à trancher, b) préciser, pour chaque question, le redressement demandé, sous la forme du montant qui représente la modification d'un solde, au sens du paragraphe 152(4.4) L.I.R., ou d'un solde de dépenses ou d'autres montants non déduits applicable à la société et c) fournir, pour chaque question, les motifs et les faits sur lesquels se fonde la société.

¹¹⁸ Dans la mesure du possible, il faudra éviter que le dossier se rende à la Cour canadienne de l'impôt, qui a exprimé des réserves quant à l'opportunité de garder un (à suivre...)

suspendre le traitement de la demande¹¹⁹ pendant que les discussions se poursuivent avec la division de la vérification¹²⁰ ou celle des appels.

Les demandes aux autorités compétentes doivent respecter certaines exigences de forme et de contenu¹²¹, lesquelles peuvent varier d'une juridiction à l'autre. Les demandes seront par ailleurs habituellement accompagnées de documents identiques. Il sera important¹²² pour le contribuable de s'assurer notamment que la demande qu'il transmet aux autorités compétentes ne comprenne pas d'exposé de faits ou de données contradictoires par rapport aux renseignements déjà donnés à la vérification, en particulier dans le cadre de la transmission de la documentation ponctuelle visée par le paragraphe 247(4) L.I.R.¹²³

Tel qu'il a été indiqué en début du présent texte, une fois que les demandes auront été complétées et transmises par le contribuable, l'essentiel du rôle de ce dernier sera de répondre aux questions des autorités compétentes, et de faire les arrangements et préparatifs nécessaires relatifs

(...suite)

dossier pendant en suspens en attendant la résolution de celui-ci de la part des autorités compétentes. Voir notamment François VINCENT, « Autorité compétente », dans *Colloque – Prix de transfert*, 183, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 7:1-8, à la page 7:3.

¹¹⁹ Il faut être prudent dans ce cas, car la volonté des autorités compétentes de négocier peut être réduite si le contribuable conclut une entente avec la vérification ou les appels, particulièrement si celle-ci n'est pas conditionnelle à une entente subséquente entre les autorités compétentes.

¹²⁰ Il existe en effet des situations où le dialogue peut se poursuivre avec la vérification après que des cotisations ont été établies, par exemple lorsque des cotisations ont été établies par la vérification à cause de l'expiration prochaine du délai de sept ans prévu à l'alinéa 152(4)b) L.I.R., mais que d'autres années non cotisées font aussi partie de la vérification, et que des possibilités d'entente soient encore possibles.

¹²¹ Pour ce qui est des APP et APP rétroactifs, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 113, par. 31 à 54. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 114 et *op. cit.*, note 115. Il est approprié de transmettre aux différentes autorités une copie de la demande envoyée aux autres.

¹²² Compte tenu du fait qu'un membre du BSF sera désigné pour faire partie de l'équipe canadienne des autorités compétentes.

¹²³ Ou de telles contradictions devraient être expliquées ou mises en contexte.

aux visites et entrevues qui sont le plus souvent effectuées par les autorités compétentes dans le cadre du traitement de la demande¹²⁴.

Historiquement, les autorités compétentes s'entendent dans la plupart des cas admissibles¹²⁵, et il est à prévoir que le nouveau mécanisme d'arbitrage prévu à la Convention Canada–États-Unis¹²⁶ sera un incitatif supplémentaire pour les autorités de ces deux pays de non seulement s'entendre, mais de le faire dans un délai de deux ans à partir du moment où les renseignements requis ont été reçus¹²⁷.

Une entente par les autorités compétentes acceptée par le contribuable¹²⁸ lie les parties¹²⁹. Cela veut notamment dire que la vérification sera tenue

¹²⁴ Cependant, il peut parfois arriver, dépendamment de la nature des questions en jeu et des personnes concernées, que le contribuable soit appelé à jouer un rôle discret de médiateur entre les parties dans la recherche d'une solution commune. Il va de soi qu'une bonne préparation des entrevues et visites par le contribuable est essentielle. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 113, par. 58-68, quant au processus et au rôle que le contribuable est appelé à jouer.

¹²⁵ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Rapport sur le programme de procédure d'accord amiable*, 1^{er} avril 2007-31 mars 2008. Bien qu'un État contractant puisse de prime abord être en désaccord avec la position prise par l'autre État contractant pour les cotisations, les deux États ont généralement l'obligation, de par la convention, de faire des efforts raisonnables pour parvenir à une entente (plutôt qu'une obligation d'arriver à une entente).

¹²⁶ *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997.

¹²⁷ Faute de quoi, le dossier sera résolu par arbitrage, qui devra trancher en adoptant la position de l'une ou l'autre des parties. Voir le cinquième protocole modifiant la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis* signé le 21 septembre 2007 : CANADA, ministère des Finances, *Protocole modifiant la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, faite à Washington le 26 septembre 1980 et modifiée par les protocoles faits le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997*.

¹²⁸ Le contribuable peut en effet refuser l'entente conclue entre les États contractants et retourner devant les appels, mais ces cas sont plutôt rares, notamment puisque l'entente évite la double imposition et qu'un refus réduit la probabilité qu'une nouvelle entente, et donc une résolution du problème de double imposition, se produise.

¹²⁹ Pour ce qui est des APP et APP rétroactifs, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 113, par. 73-74.

d'accepter les résultats d'une entente¹³⁰. Le contribuable disposera d'ordinaire d'un délai ne dépassant 90 jours suivant les avis de nouvelles cotisations donnant effet à une entente pour effectuer tout redressement compensatoire conséquent¹³¹. Pour les années visées par une demande amiable, le contribuable devra retourner aux appels pour leur faire part de la résolution et s'assurer que cette entente sera bien reflétée dans les nouvelles cotisations établies par l'ARC¹³². Par ailleurs, un contribuable peut demander le renouvellement d'un APP¹³³.

4. INTERACTION AVEC LES AUTORITÉS COMPÉTENTES, LA VÉRIFICATION, OTTAWA ET LE MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Nous avons déjà vu que la procédure habituelle est de suspendre les oppositions en attendant la résolution au niveau des autorités compétentes. Dans ce cas, le rôle de la division des appels se limitera le plus souvent à faire établir les cotisations résultant de l'entente conclue entre les autorités compétentes, et l'essentiel des contacts entre les autorités compétentes et la division des appels se fera à ce moment. C'est aussi généralement à ce moment que la division des appels entrera en contact avec le contribuable afin de discuter de certains détails tels que l'application des comptes discrétionnaires (comme il a été discuté auparavant, allocation du coût en capital, crédit d'impôt à l'investissement, pertes reportées, etc.). Nous avons aussi vu que dans plusieurs cas cependant, il sera logique de discuter avec les appels, par exemple parce qu'il est possible de viser une élimination complète des nouvelles cotisations.

Aussi, il existe parfois des situations où, après avoir sauvegardé ses droits par le biais d'un avis d'opposition, le contribuable voudra suspendre à

¹³⁰ Et ne pourra notamment cotiser de pénalités à l'égard des années visées par l'APP qui auraient déjà fait l'objet de déclarations de revenus. Le BSF est par ailleurs chargé de déterminer que le contribuable s'est bien conformé aux modalités de l'entente. Voir à ce sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 113, par. 89-92.

¹³¹ Bien que ceux-ci surviennent naturellement dans le cas des APP rétroactifs, le contribuable aurait souvent dû transmettre ses déclarations de revenus de certaines années visées par l'APP, le délai pour ce faire devenant échu avant la conclusion d'ententes entre les autorités compétentes.

¹³² Les appels peuvent par ailleurs demander à la vérification de s'impliquer dans la préparation des cotisations pertinentes, particulièrement lorsque le règlement aura des répercussions sur les comptes discrétionnaires des années visées et d'autres années précédentes ou subséquentes.

¹³³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 113, par. 103-108.

la fois le processus des oppositions et celui des autorités compétentes afin de tenir des discussions additionnelles avec la vérification, et faire présenter un dossier plus favorable au niveau des autorités compétentes. En effet nous avons déjà mentionné que, dans certains cas, l'ARC aura établi une « cotisation de protection » afin de protéger ses droits à cause de l'expiration imminente du délai de sept ans, mais en demeurant prête à discuter de la résolution potentielle de la question examinée. Tel qu'il a été indiqué, la division des appels sera habituellement prête à attendre qu'une entente soit conclue avec la vérification pour des années subséquentes, et à appliquer cette entente aux oppositions concernant les années antérieures.

Bien qu'elle soit indépendante quant à son processus d'étude du dossier et de la prise de décisions, la division des appels va fréquemment contacter la vérification. Les raisons potentielles pour ce faire sont variées, comme s'assurer qu'ils ont reçu le dossier complet de vérification, et discuter de certains points au dossier ayant besoin d'éclaircissements. Vous avez le droit d'être tenu au courant de ces démarches et d'obtenir une copie de ces échanges¹³⁴. Il peut aussi parfois arriver que vous découvriez d'autres documents et arguments au niveau des oppositions et que vous désiriez les soumettre à celles-ci¹³⁵. Dans certains cas, il est possible que la division des appels préfère que ce soit la vérification qui effectue les vérifications des nouveaux faits ou preuves allégués, et fasse son rapport aux oppositions.

¹³⁴ Voir les commentaires afférents au paragraphe 165(1) L.I.R. dans *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, « CCH Tax, Federal Income Tax, Canadian Tax Reporter Commentary, Commentary, Appeals – Tax Court of Canada – Federal Court of Appeal, Objections to assessments, [¶23,024] Editorial Comment: Appeals Renewal Initiative Towards an Improved Dispute Resolution Process ».

¹³⁵ Soyez par ailleurs conscients que les présomptions de fait du ministre, que le contribuable aura le fardeau de démolir, incluent aussi les présomptions de la division des appels, ce qui peut faire hésiter certains contribuables qui évaluent les chances d'un règlement comme étant minces, et voudraient éviter de donner des munitions additionnelles à la division des appels. Voir l'arrêt *Anchor Pointe Energy Ltd. c. La Reine*, 2007 CAF 188, qui a confirmé au paragraphe 33 que le fardeau de la preuve repose toujours sur le contribuable puisque :

« [D]e la perspective du processus en soi, l'établissement de la cotisation conformément aux articles 152 à 165 n'est pas terminé tant que le ministre n'a pas déterminé de façon définitive, dans le délai prescrit par la Loi, le montant de la dette fiscale, que ce soit au moyen de l'établissement d'une nouvelle cotisation, modification, suppression ou ratification de la cotisation initiale [...] »

De la même manière, soyez conscients du paragraphe 152(9) L.I.R., et de son interprétation très libérale par les tribunaux.

Dans un nombre limité de cas, la Division de la planification fiscale agressive aura aussi peut-être été impliquée au niveau de la vérification. Si c'est le cas, il est possible que la division des appels soit amenée à entrer en contact avec eux pour obtenir des renseignements additionnels, etc.

Dépendamment des relations avec la vérification, il peut être intéressant de suggérer des présentations conjointes par le contribuable à la vérification et à la division des appels, ou du moins que le contribuable fasse parvenir à la division des appels une copie complète de ce qu'il transmet à la vérification, y compris une copie de tout argument pertinent.

Aussi, la division des appels interagira fréquemment avec les avocats du ministère de la Justice, secteur litige, afin d'obtenir un son de cloche juridique, particulièrement lorsque la vérification s'est appuyée pour la cotisation sur une ou plusieurs doctrines judiciaires antiévitement, telles que la théorie des transactions incomplètes, le trompe-l'œil, le *substance over form* ou sur l'alinéa 247(2)b) L.I.R. Le ministère de la Justice sera habituellement aussi impliqué lorsque des experts sont engagés, notamment aux fins de privilège. Il est également possible, bien que plus rare, que le ministère de la Justice agisse dans le cadre d'une demande à la Cour canadienne de l'impôt en vertu de l'article 173 L.I.R. pour faire trancher une question de droit, une question de fait ou une question mixte de fait et de droit¹³⁶. Ce genre de demande pourrait être effectué d'un commun accord afin d'obtenir une décision sur un point précis sans que le dossier complet se retrouve devant le tribunal par le biais d'un avis d'appel, etc.

CONCLUSION

Les prix de transfert représentent un sujet d'actualité dont les enjeux sont énormes. Il est souhaitable que l'ARC et les contribuables puissent le plus possible s'entendre à l'amiable dans le cadre de la vérification, afin d'éviter des délais et frais pouvant devenir considérables. Dans tous les cas, par ailleurs, les contribuables devront s'assurer que leurs droits sont bien protégés, et être conscients des divers aspects et pièges potentiels dans le cours de leurs négociations et de l'exercice des différents recours possibles.

¹³⁶ À titre d'exemples d'une telle référence, voir les affaires *Nova Scotia Power Inc. c. La Reine*, 2003 D.T.C. 5090 (C.A.F.) et *Syspro Software Ltd. c. La Reine*, 2003 D.T.C. 931 (C.C.I.).

**FAIRE AFFAIRE AUX ÉTATS-UNIS – ÉLÉMENTS DE BASE ET
NOUVEAUTÉS DE 2009**

Sonya Desruisseaux
CPA
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	15:3
1. IMPÔT SUR LE REVENU FÉDÉRAL	15:3
1.1. SOCIÉTÉS AMÉRICAINES.....	15:3
1.1.1. Pertes nettes d'exploitation.....	15:4
1.1.2. Déclarations de revenus consolidées	15:5
1.1.3. Distributions versées aux actionnaires	15:5
1.2. SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES.....	15:6
1.2.1. Revenu passif de source américaine	15:6
1.2.2. Revenu attribuable à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis	15:8
1.2.3. Éléments de conformité fiscale	15:13

2.	IMPÔTS DES ÉTATS	15:14
2.1.	PRÉSENCE IMPOSABLE – <i>NEXUS</i>	15:14
2.2.	LOI PUBLIQUE 86-272	15:16
2.3.	APPLICATION DES CONVENTIONS FISCALES	15:17
2.4.	AUTRES FORMES D’IMPOSITION ÉTATIQUES	15:17
3.	NOUVEAUTÉS DE 2009	15:18
3.1.	<i>AMERICAN RECOVERY AND REINVESTMENT ACT OF 2009</i>	15:18
3.1.1.	Prolongation de certaines règles d’amortissement accéléré.....	15:18
3.1.2.	Report de l’inclusion du revenu découlant d’une remise de dette	15:18
3.1.3.	Prolongation temporaire de la période de report rétrospectif de pertes.....	15:19
3.1.4.	Prolongation des limites relatives à la déduction de l’article 179 I.R.C.	15:19
3.1.5.	Bonification des incitatifs fiscaux à l’égard des énergies renouvelables.....	15:20
	ANNEXE	15:21

INTRODUCTION*

La proximité géographique et l'immense potentiel du marché américain font en sorte que les États-Unis continuent d'être le plus vaste marché d'exportation du Canada. De plus en plus d'entreprises canadiennes de petite et moyenne tailles envisagent donc la possibilité de faire affaire aux États-Unis. Le présent texte porte sur certaines incidences fiscales américaines liées à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis par une société canadienne. Certaines nouvelles mesures fiscales fédérales introduites par l'*American Recovery and Reinvestment Act of 2009* sont également analysées de façon sommaire.

Éléments de base

La section qui suit a pour objet de faire un bref survol des concepts généraux du système fiscal aux États-Unis et plus particulièrement de l'assujettissement d'une société canadienne à l'impôt sur le revenu américain, tant fédéral qu'étatique.

1. IMPÔT SUR LE REVENU FÉDÉRAL

1.1. SOCIÉTÉS AMÉRICAINES

En vertu de l'article 11 de l'*Internal Revenue Code*¹, les sociétés incorporées aux États-Unis sont généralement imposées sur leurs revenus mondiaux. Elles sont assujetties à l'impôt fédéral sur leur revenu imposable à des taux progressifs allant jusqu'à 35 %². Le revenu imposable des sociétés américaines est déterminé en fonction de leur revenu brut et des déductions applicables. L'impôt payable est déterminé en appliquant les taux d'imposition sur le revenu imposable de la société, puis en soustrayant les crédits disponibles. Par ailleurs, l'article 55 I.R.C. prévoit un impôt minimum de remplacement de 20 % dans la mesure où certaines

* L'auteur tient à remercier M. Cédric Couture du groupe de fiscalité internationale de Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l. de sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

¹ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

² Le taux maximum de 35 % n'est atteint que pour les sociétés ayant un revenu imposable supérieur à 18 333 333 \$ US. Le taux effectif est de 34 % pour les sociétés dont le revenu imposable se situe entre 335 000 \$ US et 10 M\$ US. Les sociétés dont le revenu imposable est inférieur à 335 000 \$ US bénéficient de taux réduits.

« préférences » fiscales réduisent l'impôt sur le revenu régulier en dessous de l'impôt minimum calculé sur le revenu imposable rajusté. Cet impôt minimum peut généralement être reporté et crédité à l'encontre de l'impôt régulier dans les années subséquentes.

Les sociétés américaines doivent produire une déclaration de revenus au moyen du Formulaire 1120, « U.S. Corporation Income Tax Return » au plus tard le 15^e jour du troisième mois suivant la fin de l'année d'imposition de la société. Une prolongation du délai de production peut être demandée à l'aide du Formulaire 7004, « Application for Automatic Extension of Time To File Certain Business Income Tax, Information, and Other Return », à condition que l'impôt payable soit versé au plus tard à la date d'exigibilité initiale. Généralement, une société américaine doit verser des acomptes provisionnels pour l'année courante au plus tard le 15^e jour du quatrième, du sixième, du neuvième et du douzième mois.

1.1.1. Pertes nettes d'exploitation

Lorsque la société américaine subit une perte nette d'exploitation au cours d'une année d'imposition, elle peut la reporter rétrospectivement et prospectivement en vertu de l'article 172 I.R.C.³ La société américaine peut reporter les pertes si elle a gagné un revenu imposable au cours de la période autorisée pour les reports rétrospectifs et prospectifs. La période de report rétrospectif est généralement de deux ans alors que la période de report prospectif est de 20 ans⁴. Sauf si un choix est fait par la société, les pertes nettes d'exploitation doivent être reportées d'abord aux années antérieures et, par la suite, aux années postérieures.

L'article 382 I.R.C. limite toutefois l'utilisation de ces pertes à la suite d'un changement de contrôle. Cette disposition prévoit que les pertes nettes d'exploitation attribuables à une période antérieure au changement de contrôle ne peuvent être utilisées au cours d'une année subséquentes qu'en conformité avec une limite établie au moment du changement de contrôle. En général, cette limite est égale à la juste valeur marchande des actions de la société immédiatement avant le changement de contrôle, multipliée par un

³ Une perte nette d'exploitation correspond généralement à l'excédent des déductions dont bénéficie la société pour une année d'imposition sur son revenu brut pour cette année.

⁴ Toutefois, pour les années d'imposition 2008 et 2009, un report rétrospectif de cinq ans peut être disponible dans certaines circonstances.

taux d'intérêt prescrit⁵. Dans la mesure où la limite déterminée en vertu de l'article 382 I.R.C. excède le revenu imposable de la société au cours d'une année d'imposition, le montant de la limite inutilisé pour cette année viendra augmenter le montant de la limite de l'année suivante.

Par ailleurs, l'alinéa 382(c)(1) I.R.C. renferme une exigence additionnelle que la société doit remplir afin de pouvoir utiliser ses pertes nettes d'exploitation à la suite d'un changement de contrôle. Il s'agit du critère de la « continuité des opérations » (*continuity of business enterprise* (ci-après « COBE »)), lequel est similaire à la règle fiscale canadienne qui s'applique en pareilles circonstances. Afin de répondre au critère du COBE, la société doit poursuivre ses activités commerciales pour une période minimale de deux ans suivant le changement de contrôle. Ce critère est rempli lorsque la société continue son « entreprise historique », ou utilise une portion significative de ses « actifs historiques » dans une entreprise, à tout moment durant cette période de deux ans⁶. Dans la mesure où le critère du COBE n'est pas rempli, la limite de l'article 382 I.R.C sera ramenée à zéro, et ce, de façon rétroactive au moment du changement de contrôle.

1.1.2. Déclarations de revenus consolidées

L'article 1501 I.R.C. permet aux sociétés américaines affiliées de produire une déclaration de revenus consolidée. La consolidation permet notamment d'utiliser les pertes d'une société à l'encontre des revenus d'une autre société du groupe et de différer l'imposition à l'égard de certaines transactions intersociétés. Afin de pouvoir produire une déclaration consolidée, l'article 1504 I.R.C. exige que la société mère américaine détienne directement 80 % ou plus des droits de vote et de la valeur des actions d'au moins une filiale du groupe. De plus, les droits de vote et la valeur des autres filiales du groupe doivent être détenus à 80 % ou plus par une ou plusieurs sociétés du groupe.

1.1.3. Distributions versées aux actionnaires

Les articles 301 et 316 I.R.C. renferment les règles relatives à l'imposition des distributions qu'une société américaine verse à ses actionnaires. En vertu de l'alinéa 301(c)(1) et de l'article 316 I.R.C., une

⁵ Le taux prescrit, appelé *long-term tax-exempt rate*, correspond au taux (*applicable federal rate*) publié mensuellement par l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS »), qui est le plus élevé au cours des trois mois précédant le changement de contrôle.

⁶ Voir les dispositions du Règlement 1.368-1(d).

distribution est considérée comme un dividende dans la mesure où elle provient des bénéfices courants (*current earnings and profits*) ou des bénéfices accumulés (*accumulated earnings and profits*) de la société. Les dividendes versés par une société américaine à une société canadienne sont assujettis à une retenue fiscale américaine de 5 % en vertu de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*⁷ si la société canadienne possède au moins 10 % des droits de vote de la société américaine qui paie le dividende⁸.

Dans la mesure où le montant de la distribution est supérieur aux bénéfices courants et accumulés de la société, l'alinéa 301(c)(2) I.R.C. prévoit que l'excédent est considéré comme un retour de capital, lequel vient réduire le coût fiscal des actions détenues par l'actionnaire. Si le coût fiscal des actions est réduit à zéro, l'excédent est considéré généralement comme un gain en capital pour l'actionnaire selon l'alinéa 301(c)(3) I.R.C. Ce gain en capital ne sera généralement pas imposable aux États-Unis lorsque l'actionnaire est une société étrangère, puisque le gain sera considéré comme étant de source étrangère⁹.

1.2. SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES

Les sociétés étrangères (c'est-à-dire celles n'ayant pas été incorporées aux États-Unis) font l'objet de deux régimes d'imposition distincts au niveau fédéral américain. Premièrement, les sociétés étrangères sont généralement assujetties à un impôt de 30 % sur certains revenus passifs. Deuxièmement, les sociétés étrangères qui exploitent une entreprise aux États-Unis sont imposées sur le revenu effectivement rattaché à l'exploitation de cette entreprise, et ce, aux taux d'imposition progressifs normalement applicables aux sociétés américaines.

1.2.1. Revenu passif de source américaine

En vertu de l'article 881 I.R.C., une société étrangère est assujettie à un impôt de 30 % sur son revenu annuel ou périodique, fixe ou déterminable

⁷ S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention »).

⁸ Pour plus de détails, voir la section 1.2.1. du présent texte.

⁹ Par. 865(a) I.R.C. Le gain pourrait toutefois être assujetti à l'impôt fédéral américain en vertu des règles de l'article 897 I.R.C. (*Foreign Investment in Real Property Tax Act* (FIRPTA)) si la société américaine détient ou a détenu principalement des immeubles situés aux États-Unis à n'importe quel moment au cours des cinq dernières années.

(*fixed or determinable annual or periodical* (ci-après « FDAP »)), de source américaine qui n'est pas effectivement rattaché à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis. Les revenus FDAP comprennent notamment les intérêts, les dividendes, les redevances et les loyers. L'impôt de 30 % s'applique sur le revenu FDAP brut, sans aucune déduction. En vertu des articles 1441 et 1442 I.R.C., cet impôt doit être retenu et remis aux autorités fiscales américaines par l'agent payeur (*withholding agent*). La retenue représente un impôt final pour la société étrangère.

Les conventions fiscales conclues par les États-Unis peuvent toutefois réduire le taux intérieur de 30 % ou même éliminer la retenue d'impôt. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article X de la Convention stipule ce qui suit à l'égard des dividendes :

« [...] ces dividendes sont aussi imposables dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident et selon la législation de cet État; mais si un résident de l'autre État contractant est le bénéficiaire effectif de ces dividendes, l'impôt ainsi établi ne peut excéder :

- 1) 5 p. 100 du montant brut des dividendes si le bénéficiaire effectif est une société qui détient au moins 10 p. 100 des droits de vote de la société qui paie les dividendes [...]; »

Le taux de retenue intérieur de 30 % est donc réduit à 5 % en vertu de la Convention lorsque les dividendes sont versés à une société canadienne possédant au moins 10 % des droits de vote de la société américaine qui paie le dividende. La Convention réduit également le taux de la retenue fiscale américaine à 10 % ou 0 % relativement aux paiements de redevances¹⁰. Depuis le 1^{er} janvier 2010, la retenue d'impôt sur les paiements d'intérêt est généralement éliminée par la Convention¹¹.

¹⁰ Le paragraphe XII(2) de la Convention prévoit généralement un taux de retenue de 10 % à l'égard des redevances. Toutefois, le paragraphe XII(3) de la Convention élimine la retenue fiscale dans les cas suivants : i) les redevances à titre de droits d'auteur et autres rémunérations similaires concernant la production ou la reproduction d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique (à l'exclusion des paiements concernant les films et les œuvres enregistrées sur films, bandes magnétoscopiques ou autres moyens de reproduction destinés à la télévision), ii) les paiements pour l'usage ou la concession de l'usage de logiciels d'ordinateurs, et iii) les paiements pour l'usage ou la concession de l'usage d'un brevet ou d'informations ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique (à l'exclusion des informations fournies dans le cadre d'un contrat de location ou de franchise).

¹¹ Par. XI(1) de la Convention.

Par ailleurs, certaines exemptions existent également en vertu de la loi fiscale interne. Par exemple, le paragraphe 881(c) I.R.C. prévoit une exemption pour les intérêts provenant de certains titres offerts au public qui sont immatriculés au nom du détenteur ou dont l'émission s'adresse uniquement à des non-résidents des États-Unis (*portfolio interest exemption*). Le sous-alinéa 871(i)(2)(A) et le paragraphe 881(d) I.R.C. prévoient également une exemption pour les intérêts provenant de dépôts auprès de certaines institutions financières américaines.

1.2.2. Revenu attribuable à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis

En vertu de l'article 882 I.R.C., les sociétés étrangères qui exploitent une entreprise aux États-Unis sont assujetties à l'impôt fédéral aux taux progressifs sur leur revenu imposable effectivement rattaché à cette entreprise. Une société étrangère peut se prévaloir de déductions dans le calcul de son revenu imposable attribuable à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis et de crédits dans le calcul de son impôt payable.

Tel qu'il est mentionné ci-dessous, les conventions fiscales conclues par les États-Unis peuvent modifier les règles internes à l'égard de l'imposition des sociétés étrangères. Dans la mesure où la société étrangère réside dans un pays signataire d'une convention fiscale avec les États-Unis, la juridiction fiscale américaine est généralement limitée au cas où la société étrangère a un « établissement stable » aux États-Unis et l'impôt américain ne s'applique qu'à l'égard du revenu de la société étrangère qui est attribuable à cet établissement.

1.2.2.1. Exploitation d'une entreprise aux États-Unis

L'*Internal Revenue Code* ne renferme pas une définition précise de l'expression « exploitation d'une entreprise aux États-Unis » (*trade or business within the United States*). Cependant, les tribunaux et l'IRS ont adopté certains principes pour déterminer si une société étrangère exploite une entreprise aux États-Unis. En général, toutes les activités visant l'obtention d'un profit exercées aux États-Unis (directement ou par l'entremise d'agents) constituent l'exploitation d'une entreprise si ces activités sont « considérables, continues et régulières »¹². Par exemple, la

¹² Voir, par exemple, *Pinchot c. Commissioner*, 113 F.2d 718 (2nd Cir. 1940); *de Amodio c. Commissioner*, 34 TC 894 (1960), confirmé par 299 F.2d 623 (3rd Cir. 1962); *Spermacet Whaling & Shipping Co. c. Commissioner*, 30 TC 618 (1958), confirmé par 281 F.2d 646 (6th Cir. 1960).

vente régulière de biens aux États-Unis par l'entremise d'un agent ou d'un mandataire peut constituer l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis¹³. De même, une société étrangère qui sollicite activement des ventes aux États-Unis peut être considérée comme exploitant une entreprise aux États-Unis¹⁴.

Cependant, les activités suivantes ne sont généralement pas suffisamment importantes en soi pour constituer une entreprise exploitée aux États-Unis :

- l'investigation du marché américain afin de déterminer les occasions d'affaires (procéder à une étude de marché aux États-Unis, par exemple)¹⁵;
- l'achat de biens aux États-Unis à des fins de revente à l'extérieur des États-Unis¹⁶;
- les activités purement promotionnelles, telles que la publicité, la diffusion de renseignements et l'utilisation d'une salle d'exposition, dans la mesure où ces activités n'incluent pas des activités de sollicitation de commandes;
- la vente directe de produits à des clients américains, sans que la société étrangère ait une présence physique aux États-Unis et sans qu'elle y exerce des activités de sollicitation par l'entremise d'agents ou de mandataires; et
- les activités de bureau et administratives¹⁷.

¹³ Voir, par exemple, *Handfield c. Commissioner*, 23 TC 633 (1955).

¹⁴ Voir, par exemple, Rev. Rul. 56-165, 1956-1 CB 849.

¹⁵ Voir, par exemple, *Abegg c. Commissioner*, 50 TC 145, confirmé par 429 F.2d 1209 (2nd Cir. 1970).

¹⁶ Voir, par exemple, *Amalgamated Dental Co. c. Commissioner*, 6 TC 1009 (1946).

¹⁷ Voir, par exemple, *Scottish American Investment Co. c. Commissioner*, 12 TC 49 (1949).

1.2.2.2. Revenu effectivement rattaché

L'article 882 I.R.C. prévoit que les sociétés étrangères qui exploitent une entreprise aux États-Unis sont assujetties à l'impôt fédéral sur leur revenu imposable qui est effectivement rattaché à l'exploitation de cette entreprise (*effectively connected income* (ci-après « ECI »)). Une fois qu'il a été établi que la société étrangère exploite une entreprise aux États-Unis, il faut donc déterminer la portion de son revenu brut qui constitue du ECI. En vertu d'une règle connue sous le nom de « force d'attraction résiduelle » (*residual force of attraction*), tout revenu de source américaine autre que du revenu passif constitue du ECI lorsque la société étrangère exploite une entreprise aux États-Unis¹⁸. La source du revenu est donc déterminante. En général, le revenu tiré de la vente de produits aux États-Unis est considéré comme étant de source américaine si le transfert du titre de propriété des produits vendus s'effectue aux États-Unis. Cependant, il existe une règle particulière pour les entreprises manufacturières¹⁹. Une société manufacturière étrangère qui fabrique ses produits à l'extérieur des États-Unis et les vend aux États-Unis avec des termes selon lesquels le titre de propriété des produits vendus se transfère en sol américain peut se prévaloir de la méthode dite « 50-50 » pour déterminer la source de son revenu tiré de la vente de ses produits aux États-Unis. En vertu de cette méthode, 50 % de ce revenu serait attribuable aux activités de production à l'étranger et ne serait donc pas de source américaine. L'autre 50 % serait attribuable aux activités de ventes aux États-Unis et serait donc de source américaine. Par ailleurs, le revenu tiré de la prestation de services aux États-Unis est généralement de source américaine.

Après avoir déterminé la portion de son revenu imposable qui constitue du ECI, la société étrangère peut ensuite se prévaloir de certaines déductions dans le calcul de son revenu imposable aux fins fiscales américaines. La société étrangère sera assujettie à l'impôt fédéral sur ce revenu imposable, aux taux progressifs qui s'appliquent généralement aux sociétés américaines. Dans le calcul de son impôt fédéral à payer, la société étrangère pourrait avoir le droit de réclamer certains crédits.

En plus de l'impôt des sociétés fédéral, une société étrangère exploitant une entreprise aux États-Unis par l'entremise d'un établissement stable peut également être assujettie à un impôt de succursale (*branch profits tax*) et à

¹⁸ Al. 864(c)(3) I.R.C.

¹⁹ Voir le paragraphe 863(b) I.R.C. et la réglementation afférente.

un impôt sur les intérêts réputés payés à son siège social étranger (*branch level interest tax*).

L'impôt de succursale américain ou *branch profits tax* constitue essentiellement une retenue d'impôt de 30 % sur les profits réalisés aux États-Unis par la société étrangère et considérés comme rapatriés au Canada. Cet impôt se compare à la retenue d'impôt qui s'applique lorsqu'une filiale américaine paie un dividende à sa société mère étrangère. En vertu de l'article 884 I.R.C., une société étrangère doit payer l'impôt de succursale de 30 % sur son montant équivalant à un dividende (*dividend equivalent amount*), lequel correspond généralement aux profits après impôts des activités américaines moins les sommes réinvesties aux États-Unis. La Convention prévoit certains allègements à ces règles pour les sociétés canadiennes. Premièrement, le taux de l'impôt de succursale applicable à une société canadienne est réduit à 5 %²⁰. Ensuite, une société canadienne est exonérée de l'impôt de succursale américain à l'égard de la première tranche de 500 000 \$ CA de profits provenant de ses activités américaines²¹.

En vertu des paragraphes 884(f) et 881(a) I.R.C., une société étrangère doit également payer un impôt de 30 % sur l'intérêt réputé versé par sa succursale américaine au siège social étranger. Étant donné que la Convention élimine la retenue d'impôt à l'égard des intérêts à compter du 1^{er} janvier 2010, le *branch level interest tax* ne devrait généralement plus avoir d'incidence dans le cas d'une société canadienne qui exploite une entreprise aux États-Unis par l'entremise d'une succursale américaine. Par ailleurs, la succursale américaine continue de bénéficier d'une déduction dans le calcul de son revenu imposable aux États-Unis pour la dépense d'intérêt qui lui est allouée en vertu des règles fiscales américaines.

1.2.2.3. Établissement stable

Les conventions fiscales conclues par les États-Unis renferment une disposition portant sur l'imposition des bénéfices d'une entreprise²². En général, cette disposition prévoit que les bénéfices d'une entreprise ne seront assujettis à l'impôt fédéral américain que si la société étrangère possède un établissement stable aux États-Unis. De plus, seuls les bénéfices de la société

²⁰ Par. X(6) de la Convention.

²¹ Al. X(6)(d) de la Convention.

²² Voir, par exemple, l'article VII de la Convention.

étrangère qui sont attribuables à cet établissement stable ne peuvent être assujettis à l'impôt fédéral américain.

La signification du terme «établissement stable» varie d'une convention à l'autre. En vertu de l'article V de la Convention, ce terme désigne «une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle un résident [du Canada] exerce tout ou partie de son activité». Par exemple, un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier ou un chantier de construction ou de montage d'une durée minimale de 12 mois constitue généralement un «établissement stable» aux fins de la Convention.

Outre les exemples mentionnés ci-dessus, le paragraphe V(5) de la Convention prévoit qu'une personne agissant pour le compte d'une société canadienne aux États-Unis (un employé ou un agent, par exemple) peut également être considérée comme un établissement stable de la société canadienne si cette personne dispose, aux États-Unis, de pouvoirs lui permettant de contracter au nom de la société et si elle exerce habituellement ces pouvoirs. Cependant, l'agent indépendant agissant dans le cadre normal de ses activités ne constitue pas un établissement stable pour la société canadienne²³.

En vertu du paragraphe V(6) de la Convention, une société canadienne ne sera pas considérée comme ayant un «établissement stable» aux États-Unis lorsqu'une installation fixe d'affaires (ou un employé/agent) est utilisée aux seules fins de l'exercice de l'une ou plusieurs des activités suivantes :

- l'usage d'installations aux fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises;
- l'entreposage de marchandises aux fins de stockage, d'exposition ou de livraison;
- l'entreposage de marchandises aux fins de transformation par une autre personne;
- l'achat de marchandises ou la collecte d'informations; et

²³ Par. V(7) de la Convention.

- la publicité, la fourniture de renseignements, la recherche scientifique ou des activités analogues de caractère préparatoire ou auxiliaire.

En vertu des récentes dispositions du cinquième protocole à la Convention, la prestation par une société canadienne de services aux États-Unis peut également entraîner la présence d'un « établissement stable » si l'un ou l'autre des deux critères suivants est rempli.

En vertu du nouveau paragraphe V(9)(a) de la Convention, une société canadienne est réputée avoir un établissement stable aux États-Unis si elle y fournit des services par l'entremise d'un individu qui est présent dans ce pays pour une période ou des périodes totalisant 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de 12 mois et, au cours de la même période, plus de 50 % du revenu brut d'entreprise exploitée activement de la société était formé par les services offerts par cet individu aux États-Unis.

En vertu du nouveau paragraphe V(9)(b) de la Convention, une société canadienne est généralement considérée comme ayant un établissement stable aux États-Unis si elle y fournit des services pendant une période ou des périodes totalisant 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de 12 mois relativement au même projet, ou à un projet connexe, pour le compte de clients qui sont des résidents des États-Unis ou qui maintiennent un établissement stable aux États-Unis à l'égard duquel les services sont fournis.

1.2.3. Éléments de conformité fiscale

1.2.3.1. Déclaration fondée sur la convention fiscale

Dans la mesure où une société étrangère n'est pas assujettie à l'impôt fédéral américain en vertu d'une convention fiscale parce qu'elle n'a pas d'établissement stable aux États-Unis, elle doit tout de même produire une déclaration de revenus fédérale américaine si une portion de son revenu est du ECI, et ce, afin de divulguer la position qu'elle a adoptée en vertu de la convention fiscale. Cette déclaration est connue sous le nom de « déclaration fondée sur la convention » (*treaty-based return*) et se produit en remplissant les Formulaires 1120-F, « U.S. Income Tax Return of a Foreign Corporation » et 8833, « Treaty-Based Return Position Disclosure Under Section 6114 or 7701(b) ».

La production annuelle d'une déclaration de revenus fédérale américaine fondée sur une convention fiscale comporte plusieurs avantages pour la société étrangère, notamment :

- cela permet d'enclencher le délai de prescription de trois ans;
- cela permet d'éviter la pénalité de 10 000 \$ US qui pourrait être imposée par l'IRS pour chaque position non divulguée; et
- cela permet à la société étrangère de conserver son droit aux déductions dans le calcul de son revenu imposable aux fins fiscales américaines si l'IRS déterminait subséquemment qu'elle avait un établissement stable aux États-Unis au cours de l'année en cause²⁴.

La déclaration fondée sur une convention fiscale doit généralement être produite au plus tard le 15^e jour du sixième mois suivant la fin de l'année d'imposition. Une prolongation de six mois du délai de production peut généralement être demandée.

1.2.3.2. Déclaration de revenus de succursale

Dans la mesure où une société étrangère exploite une entreprise aux États-Unis par l'entremise d'un établissement stable, elle doit produire une déclaration de revenus fédérale américaine au moyen du Formulaire 1120-F, « U.S. Income Tax Return of a Foreign Corporation ». Cette déclaration doit généralement être produite au plus tard le 15^e jour du troisième mois suivant la fin de l'année d'imposition si la société maintient un établissement fixe aux États-Unis. Dans le cas où la société étrangère ne maintient pas un tel établissement, la déclaration est requise au plus tard le 15^e jour du sixième mois suivant la fin de son année d'imposition. Une prolongation de six mois peut être demandée à l'égard de ces délais de production.

2. IMPÔTS DES ÉTATS

2.1. PRÉSENCE IMPOSABLE – NEXUS

Les États ont le droit de percevoir des impôts dans les limites imposées par la Constitution américaine. Afin de déterminer si une société peut être assujettie à une forme quelconque d'imposition dans un État, la Constitution américaine exige que la société ait un contact avec cet État. Dans l'arrêt *Quill Corp. c. North Dakota*²⁵, la Cour suprême des États-Unis est venue

²⁴ Dans la mesure où une déclaration de revenus n'a pas été produite dans un délai de 18 mois après la date normale de production (sans tenir compte des prolongations), l'IRS pourrait imposer la société étrangère sur son revenu brut.

²⁵ 504 US 298 (1992).

préciser que la Constitution américaine nécessite qu'il y ait « un lien définitif et une connexion minimale entre l'État et la personne, le bien ou la transaction que l'on cherche à imposer ». Cette règle d'assujettissement est souvent désignée sous l'appellation de *nexus*.

Chaque État a défini ce qu'il considère comme étant un *nexus* suffisant pour assujettir une société américaine ou étrangère à son impôt sur le revenu. En général, le concept de *nexus* est défini de façon très large par les États. Une analyse de la jurisprudence pertinente démontre toutefois qu'une présence physique au sein de l'État est généralement nécessaire pour avoir un *nexus*²⁶. La liste qui suit renferme des exemples d'activités qui peuvent être considérées comme établissant un lien définitif avec un État et un *nexus* suffisant pour que cet État ait le pouvoir d'imposer le revenu d'une société :

- la société a son domicile légal ou commercial dans l'État;
- la société dispose d'un bureau ou de tout autre établissement dans l'État;
- la société utilise du capital ou des biens dans l'État (elle loue un entrepôt ou détient des stocks en consignation dans l'État, par exemple);
- la société effectue de la sollicitation dans l'État par l'entremise d'un employé ou d'un agent;
- la société rend des services – dans l'État (installation, entretien, réparation, formation, etc.).

Il est important de souligner qu'un nombre croissant d'États ont comme position qu'une présence physique dans l'État n'est pas nécessaire pour créer un *nexus*. Ces États se tournent vers le concept de « présence économique ». Par exemple, dans l'arrêt *Geoffrey, Inc. c. South Carolina Tax Commissioner*²⁷, la Cour suprême de la Caroline du Sud a donné raison à l'État qui voulait imposer les redevances perçues par une société dont la seule présence en Caroline du Sud était la détention d'un actif incorporel, soit une marque de commerce. Selon l'affaire *Geoffrey*, une licence pour l'utilisation d'un actif incorporel peut donc créer un *nexus* économique malgré l'absence d'une présence physique. Par ailleurs, certains États sont

²⁶ *Id.*; *National Bellas Hess, Inc. c. Department of Revenue of Illinois*, 386 US 753 (1967).

²⁷ 437 SE.2d 13 (1993) (ci-après « *Geoffrey* »).

même d'avis que le simple fait qu'une société soit inscrite auprès de l'État (c'est-à-dire qu'elle détienne un *Certificate of Authority to Transact Business* dans cet État) est suffisant pour créer un *nexus*.

Dans la mesure où une société a un *nexus* dans un État, le montant de son revenu imposable qui sera assujéti à l'impôt sur le revenu dans cet État doit être établi. La plupart des États utilisent le revenu imposable fédéral comme point de départ pour calculer le revenu imposable étatique et y apportent certains rajustements afin de refléter leurs propres lois fiscales. En général, la répartition du revenu d'entreprise entre les différents États est faite selon la loi de chaque État où la société a un *nexus*. Plusieurs États répartissent le revenu d'entreprise selon une formule qui tient compte des actifs, des salaires et des ventes de la société dans l'État par rapport aux montants totaux. Toutefois, certains États n'utilisent qu'un seul facteur : les ventes. Il n'y a donc pas de méthode uniforme. Par ailleurs, les revenus ne provenant pas d'une entreprise sont généralement attribués à l'État du domicile de la société.

2.2. LOI PUBLIQUE 86-272

La Loi publique 86-272 (Public Law 86-272 (ci-après « PL 86-272 »)) est une loi fédérale adoptée en vertu de la Constitution américaine qui limite le pouvoir des États d'imposer, sur la base du revenu, une société dont le seul *nexus* consiste à solliciter, par l'entremise de ses propres vendeurs ou d'agents indépendants, des commandes qui seront approuvées à l'extérieur de l'État et livrées à partir d'un point situé à l'extérieur de cet État. La Multistate Tax Commission (MTC) a dressé une liste d'activités protégées (c'est-à-dire des activités ne pouvant pas créer de *nexus* dans les États) et non protégées (c'est-à-dire celles donnant le droit aux États d'imposer le revenu des sociétés qui les exercent sur leur territoire) en vertu de la PL 86-272. Cette liste est présentée en annexe.

Il importe de mentionner les principaux points qui limitent l'application de la PL 86-272 :

- La PL 86-272 ne s'applique qu'à l'égard de l'impôt sur le revenu. Elle ne protège pas une société contre un impôt prélevé sur une base autre que le revenu, tel qu'un impôt calculé sur le capital, les revenus bruts, etc.
- La PL 86-272 ne s'applique qu'à la vente de biens meubles corporels. Les activités de sollicitation pour la vente de services, de biens incorporels ou de tout autre type de bien ne sont donc pas protégées par la PL 86-272.

- De façon générale, la PL 86-272 s'applique aux sociétés étrangères. Les sociétés canadiennes ne sont donc généralement pas assujetties à l'impôt sur le revenu étatique si elles limitent leurs activités à des activités protégées par la PL 86-272. Toutefois, certains États, comme la Californie, ont comme position que cette loi ne s'applique pas aux sociétés incorporées à l'extérieur des États-Unis.

Dans la mesure où une société canadienne est protégée par la PL 86-272, certains États exigent tout de même qu'elle produise une déclaration de revenus annuelle afin de divulguer sa position. La production d'une telle déclaration marque également le début du délai de prescription, lequel ne commence jamais à courir si aucune déclaration n'est produite. Si la société n'est pas protégée de l'impôt sur le revenu étatique par l'application de la PL 86-272, elle doit alors produire une déclaration de revenus complète et payer les impôts étatiques dans les États où elle a un *nexus*.

2.3. APPLICATION DES CONVENTIONS FISCALES

Les conventions fiscales conclues par les États-Unis sont généralement limitées dans leur application à l'impôt fédéral, elles n'ont donc généralement aucune incidence sur l'imposition étatique. Toutefois, certains États adoptent expressément les dispositions des conventions fiscales dans leur propre loi fiscale. D'autres États imposent le revenu exonéré aux termes d'une convention fiscale par un rajustement spécifique dans le calcul du revenu imposable étatique. Enfin, certains États demeurent silencieux à cet égard. Dans la mesure où ces derniers États utilisent le revenu imposable fédéral comme point de départ dans le calcul du revenu imposable étatique et que le revenu imposable est nul en raison d'une exonération prévue dans une convention fiscale, il peut être possible de soutenir que le revenu imposable étatique devrait également être nul.

2.4. AUTRES FORMES D'IMPOSITION ÉTATIQUES

En plus des impôts sur le revenu imposés par les États, d'autres niveaux et formes d'imposition peuvent être applicables à une société canadienne faisant affaire aux États-Unis, par exemple :

- l'impôt sur le revenu de comtés ou de villes; la ville de New York, par exemple, perçoit un impôt sur le revenu des sociétés faisant affaire sur son territoire;
- les taxes sur le capital (*Franchise Tax* ou *Net Worth Tax*);

- les impôts sur les ventes brutes, comme dans l'État de Washington;
- les taxes de vente et d'utilisation, lesquelles sont perçues par la majorité des États;
- les impôts fonciers (pouvant viser à la fois les biens meubles et immeubles), lesquels sont perçus par les comtés et les villes.

3. NOUVEAUTÉS DE 2009

3.1. AMERICAN RECOVERY AND REINVESTMENT ACT OF 2009

Le 17 février 2009, le président Obama ratifiait l'*American Recovery and Reinvestment Act of 2009* (ci-après « ARRA »). Au coût total de 787 G\$ US sur une période de 10 ans, l'ARRA prévoit de nombreux allègements fiscaux pour les particuliers et les entreprises. Le texte qui suit renferme un bref sommaire des principales dispositions fiscales de l'ARRA applicables aux entreprises.

3.1.1. Prolongation de certaines règles d'amortissement accéléré

L'ARRA prolonge d'un an les règles permettant à une entreprise de réclamer un amortissement accéléré de 50 % (*50% bonus depreciation*) lors de l'acquisition de certains actifs. En vertu de ces règles, 50 % du coût d'un actif admissible peut être déduit dans l'année au cours de laquelle cet actif est mis en service pour la première fois. Les règles normales d'amortissement s'appliquent à l'autre 50 % du coût de l'actif admissible. En général, un actif est admissible s'il est neuf et que sa durée de vie aux fins des règles d'amortissement est égale ou inférieure à 20 ans.

En vertu de cette prolongation d'un an, l'amortissement accéléré de 50 % s'applique aux actifs admissibles mis en service au cours de l'année 2008 ou 2009 (2010 dans le cas de certains actifs).

3.1.2. Report de l'inclusion du revenu découlant d'une remise de dette

En vertu des règles fiscales américaines, un débiteur bénéficiant d'une remise de dette totale ou partielle doit généralement s'imposer sur un revenu équivalant au montant de la remise dans l'année d'imposition au cours de laquelle la remise de dette a eu lieu.

L'ARRA permet à un débiteur de faire un choix lui permettant de reporter l'inclusion de ce revenu lorsque la remise de dette résulte du rachat par le débiteur (ou une personne liée) en 2009 ou 2010 d'une dette émise par le débiteur. La période de report est de cinq ans pour les dettes rachetées en 2009 et de quatre ans pour les dettes rachetées en 2010. Une fois la période de report terminée (soit à compter de l'année d'imposition commençant ou se terminant en 2014), le débiteur doit inclure 20 % du revenu reporté chaque année pendant une période de cinq ans.

3.1.3. Prolongation temporaire de la période de report rétrospectif de pertes

Les petites entreprises admissibles peuvent faire le choix de prolonger la période de report rétrospectif, laquelle est généralement de deux ans, jusqu'à un maximum de cinq ans à l'égard des pertes nettes d'exploitation subies au cours de l'année 2008.

La prolongation de la période de report rétrospectif s'applique seulement à l'égard des pertes nettes d'exploitation subies au cours de l'une ou l'autre des années d'imposition suivantes :

- une année d'imposition se terminant en 2008 ou, si un choix est produit par la petite entreprise admissible;
- une année d'imposition commençant en 2008.

Une entreprise est une petite entreprise admissible si la moyenne de ses recettes brutes au cours des trois années précédant l'année au cours de laquelle la perte a été subie n'excède pas 15 M\$ US.

3.1.4. Prolongation des limites relatives à la déduction de l'article 179 I.R.C.

En vertu de l'article 179 I.R.C., le coût de certains actifs admissibles peut être déduit en entier dans l'année d'acquisition. Pour l'année 2008, la déduction annuelle maximale permise en vertu de l'article 179 I.R.C. était de 250 000 \$ US, moins l'excédent du coût des actifs admissibles mis en service pendant l'année d'imposition sur 800 000 \$ US.

La limite annuelle de 250 000 \$ US et le seuil de 800 000 \$ US à partir duquel la déduction de l'article 179 I.R.C. est réduite sont prolongés jusqu'à la fin de l'année 2009.

3.1.5. Bonification des incitatifs fiscaux à l'égard des énergies renouvelables

L'ARRA prolonge et bonifie la gamme des incitatifs fiscaux disponibles relativement aux énergies renouvelables, notamment : i) les crédits d'impôt à la production (ci-après « CIP »), ii) les crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII »), et iii) les subventions pour l'acquisition de certains actifs nécessaires à la production d'énergie renouvelable.

Le CIP est un crédit d'impôt pour la production d'électricité à partir de certaines ressources énergétiques admissibles telles que le vent, la biomasse, l'énergie géothermique, l'énergie solaire, etc. Il est prévu à l'article 45 I.R.C. Pour être admissible au crédit, l'électricité produite doit être vendue à des personnes non liées. Pour 2009, le crédit est de 2,1 cents ou 1,1 cent le kilowattheure, selon la source de production. Il est accordé pour une période de 10 ans suivant la mise en service des installations de production. Le montant du crédit est rajusté annuellement en fonction de l'inflation. L'ARRA prolonge l'application de ce crédit, lequel pourra dorénavant s'appliquer aux installations de production mises en service d'ici la fin de 2013 (2012 pour les projets éoliens).

En vertu des dispositions de l'ARRA, le propriétaire d'installations de production d'énergie renouvelable par ailleurs admissibles au CIP peut maintenant faire le choix de réclamer plutôt un CII de 30 % en vertu de l'article 48 I.R.C. au moment de la mise en service de ces installations. Ce choix, qui est irrévocable, vise les installations de production mises en service après 2008, mais avant la date à laquelle le CIP prendra fin (2012 pour les projets éoliens et 2013 pour les autres projets admissibles). Le contribuable qui fait un tel choix ne pourra se prévaloir par la suite du CIP prévu par l'article 45 I.R.C. à l'égard des mêmes installations de production.

L'ARRA introduit également un programme de subventions financières directes tenant lieu de CII. Cette nouvelle mesure permet aux contribuables de monétiser leur CII. Les contribuables qui ont droit à un CII (ou un CIP si le choix décrit précédemment est fait) pourront faire une demande auprès du Trésor américain afin de recevoir une subvention financière équivalente au montant du CII. Pour être admissibles à la subvention, les biens devront avoir été mis en service en 2009 ou 2010, ou avant la date d'échéance du crédit d'impôt si la construction des installations a commencé en 2009 ou 2010. Le montant de la subvention n'a pas à être inclus dans le calcul du revenu imposable du contribuable. Toutefois, le coût fiscal des biens doit être diminué d'un montant équivalant à 50 % du montant de la subvention octroyée.

ANNEXE

Les listes d'activités protégées et non protégées ci-dessous sont fondées sur le *Statement of Information Concerning Practices of Multistate Tax Commission and Signatory States Under Public Law 86-272* adopté le 11 juillet 1986, modifié par les révisions adoptées les 22 janvier 1993, 29 juillet 1994 et 27 juillet 2001.

Activités protégées

Une société peut généralement exercer les activités suivantes dans un État sans y être assujettie à l'impôt sur le revenu :

- 1) Solliciter des commandes par n'importe quel moyen de publicité;
- 2) Solliciter des commandes par un employé ou un représentant de la société présent dans l'État, dans la mesure où cette personne n'a pas de bureau ou autre établissement dans l'État, à l'exception d'un bureau à domicile;
- 3) Détenir des échantillons ou du matériel publicitaire destinés uniquement à des fins promotionnelles, et non pour la vente;
- 4) Fournir et installer des présentoirs; conseiller les clients sur la présentation des produits de la société, et ce, sans contrepartie;
- 5) Fournir une automobile à un employé pour son utilisation dans le cadre d'activités protégées;
- 6) Recueillir les commandes, les questions et les plaintes de la clientèle afin de les acheminer au siège social;
- 7) Faire de la sollicitation de clients indirects pour les produits de la société; par exemple, les activités de sollicitation exercées par un fabricant auprès de détaillants afin que ceux-ci achètent ses produits auprès de ses clients grossistes, dans la mesure où ces activités seraient par ailleurs protégées;
- 8) Coordonner l'expédition ou la livraison sans contrepartie, et fournir des informations à ce sujet avant ou après une commande;

- 9) Vérifier l'inventaire des clients sans contrepartie (pour prendre de nouvelles commandes et non à des fins de contrôle de qualité);
- 10) Maintenir des échantillons ou une salle d'exposition pour une période de 14 jours ou moins à un endroit dans l'État au cours de l'année d'imposition;
- 11) Recruter, former ou évaluer le personnel de vente, incluant l'utilisation occasionnelle de résidences, d'hôtels ou d'autres endroits similaires pour rencontrer le personnel de vente;
- 12) Communiquer avec les clients ayant porté plainte aux seules fins d'améliorer les relations avec le personnel de vente et faciliter la prise de commandes; et
- 13) Détenir, louer, utiliser ou maintenir des biens meubles dans l'État, lesquels se retrouvent au bureau à domicile de l'employé de vente ou du représentant ou une automobile qui est utilisée uniquement dans le cadre d'activités protégées; par conséquent, cela inclut l'utilisation de biens meubles comme un téléphone cellulaire, un télécopieur, un photocopieur, un ordinateur ou un logiciel dans l'exercice d'activités protégées.

Activités non protégées

Une société qui exerce une ou plusieurs des activités suivantes dans un État peut y être assujettie à l'impôt sur le revenu :

- 1) Effectuer des réparations, de la maintenance ou fournir tout autre service à l'égard des produits vendus ou à vendre;
- 2) Recouvrer des comptes courants ou des comptes en souffrance, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers;
- 3) Enquêter sur le crédit d'un client potentiel;
- 4) Installer ou superviser l'installation des produits vendus, au moment de l'expédition, à la livraison, ou par la suite;
- 5) Offrir des cours, des séminaires ou des conférences à l'intention du personnel, à l'exception du personnel de vente;

- 6) Offrir du soutien technique ou d'autres services, tels que des services d'ingénierie et de design, lorsqu'un des buts n'est pas de faciliter la sollicitation de commandes;
- 7) Enquêter sur les plaintes de clients ou aider à la résolution de celles-ci, sauf si la médiation des plaintes n'a comme seul objectif d'améliorer les relations avec le personnel de vente et faciliter la prise de commandes;
- 8) Approuver et accepter des commandes;
- 9) Reprendre possession de biens;
- 10) Recevoir des acomptes à l'égard des ventes;
- 11) Reprendre ou remplacer des biens endommagés ou retournés;
- 12) Engager, former ou superviser du personnel, à l'exception du personnel de vente;
- 13) Utiliser un système de « vérifications du stock des représentants » (*agency stock checks*) ou tout autre mécanisme ou procédé par lequel des ventes sont faites dans l'État;
- 14) Maintenir ou utiliser des échantillons ou une salle d'exposition à un endroit dans l'État pendant plus de 14 jours au cours de l'année d'imposition;
- 15) Détenir des échantillons destinés à la vente, à l'échange ou à la distribution moyennant une contrepartie;
- 16) Détenir, louer, utiliser ou maintenir l'un ou l'autre des biens ou installations suivants dans l'État :
 - a) un atelier de réparations,
 - b) un service de pièces,
 - c) un bureau d'achat,
 - d) un bureau, à l'exception d'un bureau à domicile décrit à l'élément 18 ci-dessous,
 - e) un entrepôt,

- f) une salle de réunions pour les administrateurs, les dirigeants ou les employés,
 - g) un inventaire de biens autres que des échantillons utilisés uniquement à des fins de sollicitation,
 - h) un service de répondeur téléphonique publiquement attribué à la société, ou à ses employés/mandataires à titre de représentants de la société,
 - i) des magasins mobiles, c'est-à-dire des véhicules conduits par du personnel qui effectue des ventes à partir de ces véhicules,
 - j) un immeuble ou des biens meubles s'y rattachant;
- 17) Mettre en consignment des inventaires de produits ou d'autres biens meubles auprès de quiconque, incluant une personne agissant à titre de représentant indépendant;
- 18) Maintenir un bureau ou un établissement de quelque nature que ce soit (à l'exception d'un bureau à domicile installé dans la résidence de l'employé ou du représentant qui : i) n'est pas publiquement attribué à la société ou à un de ses employés/mandataires à titre de représentants de la société, et ii) est exclusivement utilisé pour solliciter et recevoir des commandes, transmettre ces commandes hors de l'État pour approbation, ou pour toute autre activité protégée); et
- 19) Conclure ou vendre des contrats de franchise, ou vendre des biens meubles corporels aux termes d'un tel contrat de franchise dans l'État.

LA MOBILITÉ TRANSFRONTALIÈRE DES EMPLOYÉS



Joseph H. Takhmizdjian

Avocat, CA

Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 16:5

1. ASSUJETTISSEMENT À L’IMPÔT « ÉTRANGER » 16:5

1.1. L’IMPORTANCE DE DÉTERMINER LA RÉSIDENCE DE L’EMPLOYÉ 16:6

1.2. LA RÉSIDENCE CANADIENNE AUX FINS FISCALES – EMPLOYÉ ÉTRANGER AFFECTÉ AU CANADA 16:6

1.2.1. La Convention fiscale Canada–É.-U. 16:8

1.2.2. La Convention fiscale Canada–France 16:10

1.2.3. Résidence au Québec..... 16:11

1.3. LA RÉSIDENCE CANADIENNE AU SENS FISCAL – EMPLOYÉ CANADIEN AFFECTÉ À L’ÉTRANGER..... 16:11

2. CRÉDITS D’IMPÔT, DÉDUCTIONS ET AVANTAGES IMPOSABLES 16:12

2.1.	DÉDUCTION POUR L'EMPLOI À L'ÉTRANGER	16:12
2.1.1.	Régime fédéral	16:12
2.1.2.	Régime québécois.....	16:14
2.2.	BÉNÉFICIAIRES IMPOSABLES SELON LA <i>LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU ET LA LOI SUR LES IMPÔTS</i>	16:15
2.2.1.	Logement – Avantages liés à un emploi dans un chantier particulier	16:16
3.	LES CHARGES SOCIALES	16:18
3.1.	SCÉNARIO 1 : UN EMPLOYÉ, RÉSIDENT DU QUÉBEC, QUI SE PRÉSENTE AU TRAVAIL À UN ÉTABLISSEMENT DE SON EMPLOYEUR AU QUÉBEC	16:19
3.1.1.	Régime de rentes du Québec	16:19
3.1.2.	Régime québécois d'assurance parentale	16:19
3.1.3.	Assurance-emploi	16:20
3.1.4.	Fonds des services de santé	16:20
3.1.5.	Impôts.....	16:21
3.2.	SCÉNARIO 2 : UN EMPLOYÉ ÉTRANGER QUI VIENT TRAVAILLER AU QUÉBEC POUR UN EMPLOYEUR AYANT UN ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC	16:21
3.2.1.	Régime de rentes du Québec	16:21
3.2.2.	Régime québécois d'assurance parentale	16:22
3.2.3.	Assurance-emploi	16:23
3.2.4.	Fonds des services de santé	16:24
3.2.5.	Impôts.....	16:24
3.3.	SCÉNARIO 3 : UN EMPLOYEUR N'AYANT AUCUN ÉTABLISSEMENT AU CANADA, MAIS QUI AFFECTE OU ENGAGE DES NON-RÉSIDENTS AFIN QUE CEUX-CI TRAVAILLENT AU QUÉBEC	16:25
3.3.1.	Régime de rentes du Québec	16:25
3.3.2.	Régime québécois d'assurance parentale	16:26
3.3.3.	Assurance-emploi	16:26
3.3.4.	Fonds des services de santé	16:26
3.3.5.	Impôts.....	16:27
3.4.	SCÉNARIO 4 : UN EMPLOYEUR N'AYANT AUCUN ÉTABLISSEMENT AU CANADA, MAIS QUI ENGAGE DES RÉSIDENTS DU QUÉBEC AFIN QUE CEUX-CI TRAVAILLENT AU QUÉBEC	16:27
3.4.1.	Régime de rentes du Québec	16:27
3.4.2.	Assurance-emploi	16:27
3.4.3.	Régime québécois d'assurance parentale	16:28
3.4.4.	Fonds des services de santé	16:28
3.4.5.	Impôts.....	16:28

3.5. SCÉNARIO 5 : UN EMPLOYEUR AYANT UN ÉTABLISSEMENT
AU QUÉBEC QUI AFFECTE UN EMPLOYÉ RÉSIDENT DU
QUÉBEC À L'EXTÉRIEUR DU CANADA 16:28

3.5.1. Régime de rentes du Québec 16:29

3.5.2. Assurance-emploi 16:31

3.5.3. Régime québécois d'assurance parentale 16:31

3.5.4. Fonds des services de santé 16:32

3.5.5. Impôts 16:33

3.6. SCÉNARIO 6 : UN EMPLOYEUR AYANT UN ÉTABLISSEMENT
AU QUÉBEC QUI ENGAGE DES EMPLOYÉS DIRECTEMENT À
L'EXTÉRIEUR DU CANADA AU LIEU D'Y AFFECTER SES
EMPLOYÉS DE SON ÉTABLISSEMENT DU QUÉBEC 16:33

3.6.1. Régime de rentes du Québec 16:33

3.6.2. Régime québécois d'assurance parentale 16:34

3.6.3. Assurance-emploi 16:34

3.6.4. Fonds des services de santé 16:34

3.6.5. Impôts 16:34

3.7. SCÉNARIO 7 : UN EMPLOYEUR N'AYANT AUCUN
ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC, MAIS QUI ENGAGE DES
RÉSIDENTS DU QUÉBEC AFIN QUE CEUX-CI TRAVAILLENT
À SON ÉTABLISSEMENT À L'EXTÉRIEUR DU CANADA 16:34

3.7.1. Régime de rentes du Québec 16:34

3.7.2. Assurance-emploi 16:35

3.7.3. Régime québécois d'assurance parentale 16:35

3.7.4. Fonds des services de santé 16:35

3.7.5. Impôts 16:35

3.8. NORMES DU TRAVAIL ET FORMATION DE LA MAIN-D'ŒUVRE 16:36

**4. CERTAINES AUTRES CONSÉQUENCES FISCALES
POUR L'EMPLOYEUR 16:36**

4.1. À LA NOTION D'ÉTABLISSEMENT 16:36

4.2. LES PRIX DE TRANSFERT 16:40

CONCLUSION 16:41

INTRODUCTION

À l'ère de la mondialisation, de plus en plus d'entreprises font affaire à l'extérieur du Canada. La plupart du temps, cette réalité implique que l'entreprise canadienne doit affecter ou même engager certains de ses employés à l'étranger. À l'inverse, il arrive aussi que des employés étrangers soient affectés ou engagés au Canada pour le compte de l'entreprise canadienne.

Cette mobilité transfrontalière des employés est souvent la cause d'un réel imbroglio et peut avoir des répercussions fâcheuses pour l'employeur et ses employés au point de vue fiscal.

En effet, plusieurs considérations doivent être analysées chaque fois qu'un employé est affecté ou engagé à l'extérieur de son pays d'« origine ». L'employeur et l'employé seront-ils assujettis à l'impôt du pays « étranger »? Quelles sont leurs obligations respectives en ce qui a trait aux retenues à la source (ci-après « RAS ») et à leurs contributions aux charges sociales? Quelles sont les implications fiscales des allocations versées aux employés afin de couvrir les frais liés à leur déplacement?

Ces trois questions reflètent les principaux thèmes qui seront analysés dans les pages suivantes.

1. ASSUJETTISSEMENT À L'IMPÔT « ÉTRANGER »

D'emblée, il faut préciser que l'impôt « étranger » signifie non seulement l'impôt redevable par un employé résidant au Canada dans le pays étranger auquel il est affecté ou dans lequel il est engagé, mais en plus l'impôt canadien (et provincial) redevable par un employé non résident du Canada affecté ou engagé au Canada. En effet, force est d'admettre que pour un non-résident du Canada, l'impôt de ce pays est pour lui « étranger ».

1.1. L'IMPORTANCE DE DÉTERMINER LA RÉSIDENCE DE L'EMPLOYÉ

La résidence canadienne au sens fiscal est le facteur de rattachement le plus important afin d'assujettir un individu à la fiscalité canadienne^{1, 2}. Dans ce cas, la résidence canadienne l'assujettit à l'imposition au Canada sur ses revenus gagnés n'importe où dans le monde³.

1.2. LA RÉSIDENCE CANADIENNE AUX FINS FISCALES – EMPLOYÉ ÉTRANGER AFFECTÉ AU CANADA

En règle générale, un individu sera considéré comme un résident canadien aux fins fiscales si, à la suite de son arrivée au pays, il crée des liens suffisamment étroits avec le Canada.

La question de savoir si de tels liens sont créés implique une analyse détaillée des faits particuliers dans chaque cas. En l'absence de règles simples et concrètes répondant à cette question, on procède par plusieurs indices, à savoir notamment, « la durée, le but et la régularité des séjours au Canada de même qu'à l'étranger⁴ ».

Selon la jurisprudence en la matière, certains indices sont considérés plus prépondérants que d'autres⁵. Par exemple, si le conjoint, les personnes à charge et le logement d'un individu se trouvent au Canada, il y a de fortes chances que celui-ci ait des liens suffisamment étroits avec le Canada. Il est à noter que la citoyenneté canadienne n'est qu'un de ces critères et n'est donc pas déterminante en soi, bien que cette dernière soit un critère utilisé pour déterminer la résidence dans certaines conventions fiscales. D'autres exemples de liens suffisamment étroits avec le Canada pourraient être : un permis de conduire, une adhésion à l'assurance maladie d'une province

¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 2(1).

² *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »). Au Québec, toute personne qui est résidente du Québec au dernier jour d'une année d'imposition est assujettie à de l'impôt sur le revenu au Québec (art. 22 L.I.).

³ Par. 2(2) L.I.R.

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R3 (consolidé), « Détermination du statut de résident d'un particulier », 4 octobre 2002, par. 2.

⁵ Voir entre autres : *Hauser c. La Reine*, 2006 D.T.C. 6447 et *Allchin c. La Reine*, 2005 D.T.C. 603.

canadienne, la possession de biens personnels au Canada ou encore des liens sociaux avec le Canada⁶.

Donc, nous constatons rapidement que dès l'arrivée d'un individu au Canada, celui-ci pourrait être considéré comme un résident canadien au sens fiscal, peu importe le nombre exact de jours au pays. Par exemple, si un employé étranger est affecté au Canada et qu'il vient au pays avec son conjoint et ses enfants et qu'ils créent de nombreux autres liens avec le Canada, ils pourraient, en théorie, tous être considérés comme des résidents canadiens au sens fiscal même s'ils ne sont au pays que depuis quelques jours ou semaines.

Par contre, dans les faits, il sera difficile de déterminer si un employé affecté au Canada a, à un moment donné, créé des liens suffisamment étroits avec le Canada. Afin de parer à cette difficulté, l'alinéa 250(1)a) L.I.R. vient créer une présomption voulant qu'un individu soit un résident canadien au sens fiscal pour toute l'année civile si celui-ci a passé 183 jours ou plus au Canada durant cette même année civile.

Lorsqu'un employé étranger devient un résident canadien au sens fiscal, soit par la création de liens suffisamment étroits avec le Canada ou par le jeu de la présomption de l'alinéa 250(1)a) L.I.R., il risque une double imposition dans la mesure où les lois fiscales de son pays d'origine permettent toujours d'imposer celui-ci. Par exemple, les lois fiscales américaines assujettissent un citoyen des États-Unis à l'impôt américain sur son revenu gagné n'importe où dans le monde (c'est-à-dire son revenu « mondial »), et ce, même s'il ne demeure plus aux États-Unis.

Donc, un citoyen américain affecté au Canada, qui crée des liens suffisamment étroits avec le pays ou qui y passe plus de 183 jours dans une année civile, pourrait, ne serait-ce que pour la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*⁷, être imposé à la fois au Canada et aux États-Unis sur son revenu gagné mondialement.

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 4, par. 16.

⁷ *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997 (ci-après « Convention fiscale Canada-É.-U. »).

Heureusement, le Canada est signataire de plusieurs conventions fiscales avec différents pays⁸. Dans bien des cas, ces conventions fiscales suivent un modèle international mis en place par l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE »). Ainsi, beaucoup de dispositions de ces conventions fiscales sont similaires, à moins qu'au moment des négociations, le Canada et le pays en question n'aient négocié quelque chose de différent. Cela peut donc permettre à deux États de soumettre les mêmes revenus d'un individu à leur système fiscal respectif. Cela explique donc pourquoi les conventions fiscales sont si utiles afin d'éliminer (ou réduire) la double imposition qui pourrait y avoir sur le même revenu d'un individu considéré comme résident dans deux juridictions différentes. Les conventions fiscales signées par le Canada ont préséance sur les règles d'imposition « domestiques » canadiennes⁹.

1.2.1. La Convention fiscale Canada-É.-U.

L'une des façons dont la Convention fiscale Canada-É.-U. élimine (ou réduit) la possibilité de double imposition est par l'entremise de son article IV. Cet article tranche la résidence fiscale d'un individu en faveur d'un État au détriment de l'autre, moyennant une liste de contrôle par ordre de priorité. Donc, si les critères habituels de chaque État font en sorte que l'individu peut être considéré comme étant résident tant du Canada que des États-Unis, la situation peut être réglée, aux termes de cet article, de la manière suivante :

- 1) l'individu sera d'abord considéré comme résident de l'État où il dispose d'un foyer d'habitation permanent;
- 2) s'il dispose d'un foyer d'habitation permanent dans deux États, il sera considéré comme résident de l'État avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits (c'est-à-dire, le centre des intérêts vitaux);
- 3) si le centre des intérêts vitaux n'est pas déterminant, l'individu sera considéré comme résident de l'État contractant où il séjourne de façon habituelle;

⁸ Pour une liste des pays avec lesquels le Canada a signé une convention fiscale, consultez le site Web du ministère des Finances du Canada (en ligne : http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/treatystatus_-fra.asp).

⁹ Par. 250(5) L.I.R.

- 4) s'il séjourne de façon habituelle dans les deux États, il sera déterminé résident de l'État contractant dans lequel il possède la citoyenneté. Il est à noter, de nouveau, que bien que la citoyenneté n'ait pas été un des critères déterminants pour établir si l'individu est résident du Canada, il demeure que la citoyenneté est l'un des critères souvent utilisés dans les conventions fiscales lorsque les autres critères ne permettent pas de trancher la question;
- 5) s'il est citoyen des deux États, les autorités fiscales compétentes des deux États devront s'entendre entre elles.

En règle générale, si un individu n'est pas un résident canadien au sens fiscal, il sera assujéti à de l'impôt uniquement sur les revenus de source canadienne, comme le revenu généré par un emploi exercé au Canada¹⁰. Par contre, si ce même individu est plutôt un résident d'un pays ayant signé une convention fiscale avec le Canada, il se peut que même certains revenus de source canadienne ne soient pas imposables au Canada. Par exemple, la Convention fiscale Canada-É.-U. prévoit que la rémunération gagnée au Canada par un employé qui est résident des États-Unis ne sera pas imposable au Canada sous certaines conditions, à savoir :

- 1) si la rémunération n'excède pas 10 000 \$; ou
- 2) i) si l'employé ne séjourne pas au Canada pendant une période ou des périodes n'excédant pas au total 183 jours au cours d'une année civile; **et**
ii) si la charge des rémunérations n'est pas supportée par un employeur qui est résident au Canada ou par un établissement ou une base fixe que l'employeur a au Canada¹¹.

Ainsi, il y a une règle *de minimis* de 10 000 \$, peu importe la durée du séjour de l'employé au Canada. De plus, si cet employé gagne plus de 10 000 \$ au Canada, ce revenu ne serait toujours pas imposable au Canada dans la mesure où celui-ci ne séjourne pas au Canada pour plus de 183 jours et que sa rémunération n'est pas payée à partir du Canada.

Donc, pour poursuivre notre exemple précédent, si un citoyen américain affecté au Canada crée des liens suffisamment étroits avec le Canada ou qui passe plus de 183 jours au Canada, il pourrait être assujéti à l'impôt au

¹⁰ Al. 115(a)i) L.I.R.

¹¹ Art. XV de la Convention fiscale Canada-É.-U.

Canada et aux États-Unis, auquel cas plusieurs scénarios pourraient être envisageables.

Dans un premier temps, l'application de l'article IV de la Convention fiscale Canada-É.-U. pourrait faire en sorte que l'employé soit considéré comme résident du Canada, auquel cas il sera assujéti à l'impôt au Canada sur ses revenus gagnés mondialement.

En revanche, l'application de l'article IV de la Convention fiscale Canada-É.-U. pourrait faire en sorte que l'employé soit considéré comme résident des États-Unis, auquel cas il sera uniquement assujéti à l'impôt canadien sur ses revenus gagnés au Canada durant son affectation au pays. Même là, si son revenu d'emploi gagné au Canada n'excède pas 10 000 \$, il pourrait échapper entièrement à l'impôt canadien sur ce revenu. Si le revenu d'emploi gagné au Canada est supérieur à 10 000 \$, ce revenu ne serait toujours pas imposable au Canada dans la mesure où l'employé ne séjourne pas au Canada pour plus de 183 jours et que sa rémunération n'est pas payée à partir du Canada.

En ce qui a trait aux États-Unis, il continuera sûrement d'être imposé sur ses revenus gagnés mondialement, incluant son revenu gagné au Canada, quitte à obtenir un crédit pour l'impôt payé au Canada, le cas échéant.

Évidemment, puisqu'il s'agit d'une règle consignée dans une convention fiscale bilatérale, le même principe s'applique, *mutatis mutandis*, dans le cas où un résident canadien est affecté aux États-Unis.

1.2.2. La Convention fiscale Canada-France

En ce qui a trait à la *Convention fiscale entre le Canada et la France*¹², les règles discutées en ce qui concerne la Convention fiscale Canada-É.-U. s'appliquent *mutatis mutandis* avec certaines particularités dont la plus pertinente est la suivante : la rémunération d'un résident du Canada ne sera pas imposable en France si :

¹² *Convention entre le Canada et la France tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 2 mai 1975 et modifiée par les protocoles signés le 16 janvier 1987 et le 30 novembre 1995 (ci-après « Convention fiscale Canada-France »).

- 1) le résident canadien séjourne en France pendant une période ou des périodes n'excédant pas au total 183 jours au cours de toute période de 12 mois;
- 2) les rémunérations sont payées par un employeur ou pour le compte d'un employeur qui n'est pas un résident de la France; et
- 3) la charge des rémunérations n'est pas supportée par un établissement stable ou une base fixe que l'employeur a en France¹³.

Ainsi, la règle *de minimis* de 10 000 \$ qui se trouve dans la Convention fiscale Canada–É.-U. ne se retrouve pas dans la Convention fiscale Canada–France.

Encore une fois, puisqu'il s'agit d'une règle consignée dans une convention fiscale bilatérale, le même principe s'applique dans le cas où un résident français est affecté au Canada.

1.2.3. Résidence au Québec

Selon l'article 22 L.I., un individu qui est résident du Québec le dernier jour d'une année (soit le 31 décembre) sera assujéti à l'impôt québécois. La résidence au Québec sera en général déterminée selon des critères similaires que la détermination de la résidence canadienne.

De plus, selon le paragraphe 8a) L.I., un individu est réputé avoir résidé au Québec pendant toute une année d'imposition si, pendant cette année, il a séjourné au Québec pour 183 jours ou plus et résidait ordinairement en dehors du Canada.

1.3. LA RÉSIDENCE CANADIENNE AU SENS FISCAL – EMPLOYÉ CANADIEN AFFECTÉ À L'ÉTRANGER

En règle générale, un individu sera considéré avoir cessé d'être un résident canadien aux fins fiscales si, à la suite de son départ du pays, il rompt ses liens de rattachement au Canada. La question de savoir si de tels liens ont été rompus implique une analyse détaillée des faits particuliers dans chaque cas. Le raisonnement fait ci-dessus, à savoir si un particulier a créé des liens suffisamment étroits avec le Canada, doit se faire à l'inverse. Donc, si un résident canadien est affecté à l'extérieur du pays et qu'il rompt ses

¹³ Art. 15 de la Convention fiscale Canada–France.

liens de rattachement avec le Canada, il sera considéré comme n'étant plus résident du Canada au sens fiscal. Dans ce cas, il sera notamment assujéti à l'« impôt de départ », c'est-à-dire qu'il sera généralement réputé avoir vendu tous ses biens, sauf quelques exceptions, à leur juste valeur marchande au moment de la cessation de la résidence fiscale¹⁴. S'il y a quelconque accroissement en valeur dans lesdits biens depuis le moment de leur acquisition jusqu'à la date du départ, cet accroissement sera imposable au Canada au moment du « départ ».

2. CRÉDITS D'IMPÔT, DÉDUCTIONS ET AVANTAGES IMPOSABLES

Hormis toutes les questions de résidence fiscale ou de convention fiscale, il existe certaines règles qui offrent dans certaines circonstances un allègement fiscal sous forme de crédit d'impôt ou l'exclusion de certains montants payés par l'employeur qui seraient autrement considérés comme étant un avantage imposable. Nous analyserons ci-dessous quelques exemples.

2.1. DÉDUCTION POUR L'EMPLOI À L'ÉTRANGER

Les règles concernant la déduction pour l'emploi à l'étranger (*overseas employment tax credit*) ont pour but de permettre aux particuliers résidant au Canada¹⁵, qui exercent des fonctions à l'étranger pour un employeur canadien, une réduction du fardeau fiscal supplémentaire qui pourrait leur être imposé en raison de leur assujettissement à un impôt sur le revenu du pays étranger.

Ces règles diffèrent quelque peu entre le régime fédéral et le régime provincial¹⁶.

2.1.1. Régime fédéral

De façon générale, tel que nous l'avons vu précédemment, un résident du Canada au sens fiscal est assujéti à l'impôt sur son revenu de source mondiale. Cela n'exclut pas que d'autres pays puissent aussi prélever un impôt sur ce même revenu particulièrement si le revenu est gagné dans le cadre d'un emploi exercé dans cet autre pays. Afin de pallier ce potentiel de

¹⁴ Al. 128.1(4)b) L.I.R.

¹⁵ Art. 122.3 L.I.R.

¹⁶ Art. 737.25 L.I.

double imposition, l'article 122.3 L.I.R. permet une réduction d'impôt en forme de crédit qui permet d'éliminer jusqu'à 80 % de l'impôt canadien sur la première tranche des 100 000 \$¹⁷ gagnés à l'étranger dans la mesure où certaines conditions sont remplies. Le revenu gagné par un employé comprend les salaires, les traitements et toute autre rémunération, y compris les avantages et autres montants imposables qui doivent être inclus dans le revenu.

Donc, cette aide se présente comme un crédit d'impôt, soit le crédit d'impôt pour emploi à l'étranger (ci-après « CIEÉ »).

Brièvement, pour qu'un particulier puisse bénéficier de ce crédit d'impôt, il doit :

- 1) être un résident du Canada au sens fiscal;
- 2) tout au long d'une période de plus de six mois consécutifs, être employé par une personne résidente du Canada (ou une société qui est une société étrangère affiliée (ci-après « SÉA ») d'une personne résidente du Canada); et
- 3) avoir exercé la totalité, ou presque, des fonctions de son emploi à l'étranger dans le cadre d'un contrat en vertu duquel ledit employeur exploitait une entreprise à l'étranger se rapportant à certains secteurs d'activités, notamment à un projet de construction, un projet d'ingénierie ou l'exploration pour la découverte ou l'exploitation de pétrole, de gaz naturel, de minéraux ou d'autres ressources semblables¹⁸.

Les employés qui sont des résidents ou des résidents réputés du Canada pendant une partie quelconque d'une année d'imposition peuvent demander le CIEÉ dans la mesure où les autres conditions énumérées aux points 2) et 3) sont remplies.

La totalité ou presque des fonctions exercées par un employé tout au long d'une période admissible doivent être exercées à l'étranger. Si jamais durant cette période l'employé cesse d'être un résident du Canada, le CIEÉ ne sera pas pour autant refusé. En effet, il suffit que le particulier soit un résident ou un résident réputé pendant l'année d'imposition tel qu'il est noté

¹⁷ En devise canadienne.

¹⁸ Art. 122.3 L.I.R.

dans le paragraphe précédent. Bien entendu, dans un tel cas, ce n'est que le revenu imposable au Canada qui bénéficiera du CIEÉ.

Généralement, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») considère le critère de « la totalité, ou presque », mentionné ci-dessus, comme ayant été satisfait si 90 % des fonctions ont été exercées à l'étranger¹⁹. L'employé doit donc y consacrer 90 % de ses fonctions pendant qu'il est à l'étranger.

L'employé peut prendre certaines périodes d'absence d'un lieu de travail à l'étranger (par exemple, un employé peut prendre des vacances ou exercer les fonctions de son emploi au Canada) et demeurer admissible au CIEÉ, pourvu qu'il exerce la presque totalité des fonctions de son emploi à l'étranger.

Il est important de noter que ce sont les activités de l'employeur qui doivent se qualifier. Ainsi, les employés faisant partie du personnel administratif qui fournissent des services de soutien seront admissibles au même titre que leurs collègues ingénieurs dans la mesure où leurs services font partie du projet d'ingénierie. De plus, l'employé peut être employé soit par l'employeur canadien ou par sa SÉA.

Le Formulaire T626, « Crédit d'impôt pour emploi à l'étranger », doit être rempli et être produit avec la déclaration de revenus canadienne de l'employé qui demande le CIEÉ. De plus, l'employeur doit aussi remplir une partie du Formulaire T626.

L'employé peut demander une réduction de l'impôt retenu à la source par l'employeur dans la mesure où l'employé a droit au CIEÉ. En ce qui a trait à l'employeur, lorsque celui-ci a plusieurs employés en fonction à l'étranger et qu'il est évident que ceux-ci auront droit au CIEÉ, l'ARC peut accorder une dispense générale pour couvrir la réduction de l'impôt retenu à la source pour l'employeur.

2.1.2. Régime québécois

Le régime québécois ressemble énormément au régime fédéral, mais avec certaines particularités. Un employé qui réside au Québec dans une année d'imposition et qui exerce presque toutes les fonctions se rapportant à

¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-497R4*, « Crédit d'impôt pour l'emploi à l'étranger », 14 mai 2004, par. 3.

son emploi hors du Canada pendant une période d'au moins 30 jours consécutifs peut déduire certains montants²⁰ dans le calcul de son revenu imposable.

Comme dans le régime fédéral, l'employeur doit être une personne résidant au Canada (ou une société qui est une SÉA d'une personne résidant au Canada) et doit exploiter une entreprise à l'étranger se rapportant notamment à une des activités visées²¹.

Contrairement au régime fédéral, la réduction du fardeau fiscal au Québec ne se présente pas comme un crédit d'impôt, mais plutôt comme une déduction fiscale du revenu imposable québécois. Le calcul est par conséquent différent. De façon générale, le particulier pourra réduire dans le calcul de son revenu au Québec certains montants à titre d'indemnité imposable pour séjour à l'extérieur du Canada (telle une indemnité de pension et logement) et le revenu du particulier provenant uniquement de son emploi à l'étranger. Le résultat est de réduire à néant le fardeau fiscal à l'égard du revenu gagné à l'étranger au prorata du nombre de mois dans l'année où l'employé y exerce ses fonctions. Quant à l'indemnité imposable pour séjour à l'extérieur du Canada, celle-ci est exemptée jusqu'à concurrence de 50 % du salaire gagné relativement à cet emploi à l'étranger.

L'employeur doit produire annuellement un Relevé 17 pour tout employé qui a occupé un emploi à l'extérieur du Canada, et ce, pour chacun des séjours qu'il a faits à l'étranger dans une année d'imposition (il se peut donc que l'employeur ait à produire plusieurs Relevés 17 pour un même employé si ce dernier a séjourné plusieurs fois à l'extérieur du Canada pendant l'année visée). L'employé peut demander une déduction dans le calcul de son revenu imposable pour le montant inscrit dans ses Relevés 17.

2.2. BÉNÉFICES IMPOSABLES SELON LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU ET LA LOI SUR LES IMPÔTS

Hormis le salaire qui peut être assujéti à l'impôt, la mobilité d'un employé peut engendrer des situations selon lesquelles l'employeur verse des allocations ou effectue des remboursements pour certains frais liés aux déplacements de l'employé.

²⁰ Art. 736.26 L.I.

²¹ Art. 737.25 L.I.

2.2.1. Logement – Avantages liés à un emploi dans un chantier particulier

En général, tous les avantages personnels qu'un employé reçoit ou dont il bénéficie dans le cadre de son emploi sont imposables selon l'alinéa 6(1)a) L.I.R. Selon l'ARC²², dans la grande majorité des cas, le fait qu'un employeur paie la pension et le logement d'un employé constitue un avantage découlant de l'emploi et la valeur de cet avantage doit être incluse dans le revenu de l'employé.

De plus, un montant qu'un employé a reçu ou la valeur d'un avantage qu'il a reçu ou dont il a joui en vertu d'un emploi, relativement à des frais de déplacement que lui ou sa famille ont engagés, seront considérés comme un avantage imposable pour l'employé²³. Bref, la règle générale concernant les allocations personnelles est qu'elles sont imposables dans la mesure où elles ne sont pas liées au travail. Il existe cependant des exceptions, dont la plus pertinente est la suivante.

Le paragraphe 6(6) L.I.R. énonce une exception à cette règle générale en permettant que certains avantages liés à un emploi dans un chantier particulier soient exclus du calcul du revenu. Lorsque les critères du paragraphe 6(6) L.I.R. sont remplis, un employé peut exclure du calcul de son revenu la valeur de la pension et du logement fournis ou une allocation (n'excédant pas un montant raisonnable) reçue pour les frais qu'il a engagés pour sa pension et son logement relativement à son emploi dans un « chantier particulier » (*special work site*).

Pour que l'employé puisse jouir du paragraphe 6(6) L.I.R., certains critères doivent être remplis :

- 1) le travail accompli par l'employé sur le chantier particulier était de nature temporaire. De façon générale, l'ARC considère que le travail est de nature temporaire si on peut raisonnablement s'attendre à ce que ce travail ne constitue pas un emploi continu de plus de deux ans²⁴;

²² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-91R4, « Emploi sur un chantier particulier ou en endroit éloigné », 17 juin 1996, par. 1.

²³ *Id.*

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 22, par. 6.

- 2) l'employé tenait à un autre endroit, comme lieu principal de résidence, un établissement « domestique » : i) qui est resté à sa disposition pendant toute la période donnée et qu'il n'a pas loué à une autre personne; et ii) qui était situé à une telle distance du chantier particulier qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'employé retourne quotidiennement chez lui. Selon l'ARC, une distance de 80 km satisfait ce critère dans des conditions de route ou de travail normales²⁵;
- 3) la période au cours de laquelle le travail accompli par l'employé l'obligeait à s'absenter de son lieu principal de résidence ou à être sur le chantier particulier était d'au moins 36 heures²⁶.

Selon l'alinéa 6(6)b) L.I.R., l'employé ne doit inclure aucun montant dans son revenu pour le transport ou pour le remboursement des frais de transport, fourni par son employeur pour se rendre à un chantier particulier au début de son emploi et en revenir à la fin. De plus, le transport que l'employeur fournit ou l'allocation qu'il verse doit se rapporter aux déplacements entre le lieu principal de résidence de l'employé et le chantier particulier. Par conséquent, l'exclusion prévue à l'alinéa 6(6)b) L.I.R. ne semble pas s'appliquer à l'allocation pour frais de transport que l'employé aurait reçue pour ses déplacements entre le chantier particulier et un endroit autre que son lieu principal de résidence (par exemple, un lieu de résidence temporaire).

L'employé et l'employeur devront remplir le Formulaire TD4, « Déclaration d'exemption – Emploi sur un chantier particulier », afin que les allocations ou la valeur des avantages en question soient exclues du revenu de l'employé. Il faut inscrire sur le Formulaire TD4 l'emplacement exact du chantier particulier ainsi que la distance qui sépare le lieu principal de résidence de l'employé du chantier particulier.

Au Québec, un régime similaire existe à l'exception que les « montants à titre d'indemnité pour séjour à l'extérieur du Canada » (discutés dans la section relative au CIEÉ et qui peuvent inclure les dépenses envisagées par le paragraphe 6(6) L.I.R., c'est-à-dire la pension et le logement ainsi que les frais de transport) seront couverts par le régime de l'article 737.26 L.I. plutôt que par le régime des avantages liés à un emploi dans un chantier particulier.

²⁵ *Id.*, par. 9.

²⁶ *Id.*, par. 4.

3. LES CHARGES SOCIALES

Au Canada, un employé au Québec est généralement tenu de cotiser au Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ »), au Régime québécois d'assurance parentale (ci-après « RQAP ») et à l'assurance-emploi (ci-après « AE »). Ces cotisations se font moyennant des RAS. Hormis ces cotisations, l'employeur doit en plus cotiser au Fonds des services de santé du Québec (ci-après « FSS »), aux normes du travail et, dans certains cas, au Fonds favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre.

Les lois qui régissent ces différentes cotisations ont chacune leurs propres règles quant aux circonstances sous lesquelles elles seront requises. Nous parcourrons celles-ci selon sept scénarios différents. Dans chacun d'entre eux, une détermination voulant que l'employé doive effectuer une cotisation au RRQ, au RQAP et à l'AE entraînera aussi des cotisations pour l'employeur, à moins d'indications contraires.

Les sept scénarios qui suivent ont été imaginés à partir des paramètres que les différentes législations imposent comme point de rattachement afin d'assujettir l'employé et l'employeur aux différentes cotisations, telles que la résidence de l'employé ou encore le lieu de l'établissement de l'employeur. Bien que chaque scénario puisse être lu de façon indépendante, il peut l'être aussi de façon complémentaire avec les autres scénarios.

Par exemple, le scénario 2 concerne un employé étranger (c'est-à-dire, qui n'est pas un résident du Canada au sens fiscal) qui vient travailler au Québec pour un employeur ayant un établissement au Québec. S'il est déterminé que cet employé étranger est devenu un résident canadien alors qu'il travaillait au Canada en vertu des règles que nous avons étudiées à la Partie I ci-dessus, il faudra alors délaisser le scénario 2 et entreprendre l'étude selon le scénario 1 (c'est-à-dire, un employé résident du Québec qui vient travailler au Québec pour un employeur ayant un établissement au Québec).

Le même principe s'applique lorsqu'un employé résident du Canada est affecté à l'extérieur du Canada (voir par exemple le scénario 5) et que ce dernier cesse d'être un résident canadien, au sens fiscal, au profit du pays auquel il est affecté. Dans ce cas, il faudra alors délaisser le scénario 5 et entreprendre l'étude selon le scénario 6.

De plus, il se peut par exemple qu'un employeur n'ayant aucun établissement au Canada, mais qui affecte des non-résidents afin que ceux-ci

travaillent au Québec, tel le scénario 3, crée un établissement au Québec (donc forcément un au Canada aussi) selon les règles que nous analyserons à la Partie IV ci-après. Dans ce cas, il faudra alors délaissier le scénario 3 et entreprendre l'étude selon le scénario 2.

3.1. SCÉNARIO 1 : UN EMPLOYÉ, RÉSIDENT DU QUÉBEC, QUI SE PRÉSENTE AU TRAVAIL À UN ÉTABLISSEMENT DE SON EMPLOYEUR AU QUÉBEC

Le premier scénario est le plus évident. En fait, il permettra d'introduire les règles générales en la matière.

3.1.1. Régime de rentes du Québec

Un employé sera généralement tenu de cotiser au RRQ pour tout « travail visé » par la *Loi sur le régime de rentes du Québec*²⁷.

L'article 2 L.R.R.Q. énonce la règle générale voulant que tout travail au Québec soit un « travail visé », à moins que ce travail ne soit exclu par une autre disposition de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ou par l'un de ses règlements. L'article 7 L.R.R.Q. précise qu'un travail est réputé être exécuté au Québec lorsque l'établissement de l'employeur où l'employé se présente au travail y est situé ou, si l'employé n'est pas requis de se présenter au travail à un établissement de l'employeur, lorsque l'établissement de l'employeur d'où il reçoit sa rémunération est situé au Québec.

Donc, avec le jeu de ces articles, un employé résidant au Québec qui se présente au travail à un établissement de son employeur au Québec sera tenu de cotiser au RRQ, car il y effectue un « travail visé » par la *Loi sur le régime de rentes du Québec*.

3.1.2. Régime québécois d'assurance parentale

Selon l'article 50 de la *Loi sur l'assurance parentale*²⁸, tout « employé » qui réside au Québec à la fin d'une année doit cotiser au RQAP. Selon la *Loi sur l'assurance parentale*, un « employé » est défini comme une personne qui se présente au travail à un établissement de son employeur au Québec ou,

²⁷ L.R.Q., c. R-9 et mod. (ci-après « L.R.R.Q. »), art. 50.

²⁸ L.R.Q., c. A-29.011 (ci-après « L.R.Q.A.P. »).

s'il n'est pas requis de se présenter au travail à un établissement de l'employeur, lorsque l'établissement de l'employeur d'où il reçoit sa rémunération est situé au Québec.

Nous constatons à ce stade-ci que les critères en vertu de la *Loi sur l'assurance parentale* ressemblent énormément aux critères de l'article 7 L.R.R.Q. en ce qui a trait à l'obligation de cotiser, à l'exception évidente que la première exige que l'employé soit un résident du Québec à la fin de l'année.

Donc, sous ce premier scénario, un employé résident du Québec à la fin de l'année, qui se présente au travail à un établissement de son employeur au Québec, sera tenu de cotiser au RQAP.

3.1.3. Assurance-emploi

Pour être assujéti à la cotisation de l'AE, il faut que le travail soit un « emploi assurable ». Selon l'article 5 de la *Loi sur l'assurance-emploi*²⁹, un emploi assurable est notamment un emploi exercé au Canada. Contrairement aux législations provinciales, la notion d'établissement de l'employeur ne semble pas être un facteur déterminant quant à l'obligation de cotiser à l'AE.

Donc, dans ce scénario, un employé québécois qui se présente au travail à un établissement de son employeur au Québec et qui donc, forcément, exerce un emploi au Canada, sera tenu de cotiser à l'AE.

3.1.4. Fonds des services de santé

Selon l'article 34 de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*³⁰, un employeur doit cotiser au FSS pour le salaire qu'il verse à son employé qui se présente au travail à son établissement au Québec. Si l'employé n'est pas tenu de se présenter à aucun établissement de son employeur, ce dernier doit tout de même payer la cotisation au FSS s'il verse le salaire de son employé à partir d'un établissement situé au Québec.

Donc, puisque dans ce scénario l'employé se présente au travail à un établissement de son employeur au Québec, l'employeur sera tenu de cotiser au FSS pour le salaire qu'il verse à cet employé.

²⁹ L.C. 1996, c. 23 (ci-après « L.A.E. »).

³⁰ L.R.Q., c. R-5 (ci-après « L.R.A.M.Q. »).

3.1.5. Impôts

L'employeur doit effectuer les RAS relativement aux impôts fédéral et provincial puisque l'employé est un résident du Québec.

3.2. SCÉNARIO 2 : UN EMPLOYÉ ÉTRANGER QUI VIENT TRAVAILLER AU QUÉBEC POUR UN EMPLOYEUR AYANT UN ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC

3.2.1. Régime de rentes du Québec

Un employé étranger qui vient travailler au Québec et qui se présente à un établissement de son employeur au Québec devra cotiser au RRQ selon les articles 2 et 7 L.R.R.Q., tel que nous les avons analysés dans le premier scénario.

Par contre, si l'employé étranger travaillait pour un employeur ayant son lieu d'affaires dans un pays signataire d'une entente en matière de sécurité sociale avec le Québec et qui est ensuite tenu par cet employeur de venir travailler au Québec, l'employé étranger ne sera pas assujéti à la cotisation du RRQ s'il a obtenu un certificat d'assujettissement émis en vertu d'une telle entente par les autorités de son pays d'origine. Ainsi, l'obtention du certificat d'assujettissement assurera que l'employé demeurera assujéti aux charges sociales couvertes par l'entente de son pays d'origine pendant toute la période de validité dudit certificat.

Le Québec est signataire de plusieurs ententes en matière de sécurité sociale³¹. Par exemple, l'*Entente en matière de sécurité sociale entre les Gouvernements du Québec et des États-Unis d'Amérique*³² prévoit à son article V, paragraphe 2a) que l'employé qui se déplace d'un pays à l'autre pour continuer à y rendre des services d'emploi demeurera assujéti aux lois relatives à la sécurité sociale de son lieu de travail originaire à la condition

³¹ Pour une liste des pays avec lesquels le Québec a signé une convention fiscale, consultez le site Web de la Régie des rentes du Québec (en ligne : www.rrq.gouv.qc.ca/fr/programmes/regime_rentes/ententes_internationales/ententes_internationales.htm#liste).

³² *Règlement sur l'Entente en matière de sécurité sociale entre les Gouvernements du Québec et des États-Unis d'Amérique*, c. R-9, r. 3.2, D.1555-84, 1984 G.O. 2, 3572 (ci-après « Entente Québec-É.-U. »).

que le déplacement ne dure pas plus de 60 mois. L'entente entre le Québec et la France prévoit une période plus courte de 36 mois³³.

S'il est prévu que ladite période de travail dépasse 60 mois ou 36 mois, selon le cas, il faudra alors obtenir l'approbation préalable des autorités compétentes afin de prolonger la période de couverture du certificat d'assujettissement.

Donc, pour un employé venant des États-Unis, il demeurerait couvert par les lois américaines régissant le « Programme fédéral d'assurance à l'intention des personnes âgées, des survivants et des invalides »³⁴. Pour un employé venant de la France, la couverture est plus large. L'entente avec la France couvrirait notamment les législations françaises « fixant l'organisation de la sécurité sociale », les « assurances sociales », l'« assurance volontaire vieillesse et invalidité continuée » et les « prestations familiales »³⁵.

3.2.2. Régime québécois d'assurance parentale

Un employé étranger qui se présente au travail à un établissement de son employeur au Québec devra cotiser au RQAP uniquement s'il peut être considéré comme un résident du Québec à la fin de l'année (soit le 31 décembre). Dans le cas contraire, aucune cotisation au RQAP ne serait requise. Les critères pour déterminer si l'employé étranger est devenu un résident du Québec à la fin de l'année seront similaires aux critères que nous avons examinés lors des discussions portant sur les « liens suffisamment étroits » avec le Canada ci-dessus. Par contre, si l'employé est considéré être un résident du Québec du seul fait qu'il a séjourné plus de 183 jours au Québec³⁶, il ne sera pas assujéti à la cotisation du RQAP³⁷.

³³ *Règlement sur la mise en œuvre des dispositions relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles contenues dans l'Entente en matière de sécurité sociale entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de la République française*, L.R.Q., c. S-2.1, r.12.4.1. (ci-après « Entente Québec-France »), art. 8.

³⁴ Art. II de l'Entente Québec-É.-U.

³⁵ Art. 2 de l'Entente Québec-France.

³⁶ Par. 8a) L.I.

³⁷ Art. 3.1, al. 2 L.R.Q.A.P.

3.2.3. Assurance-emploi

Puisque dans ce scénario l'employé étranger vient travailler au Québec, l'emploi serait, en règle générale, assurable selon l'article 5 L.A.E. puisqu'il sera exercé au Canada. Par contre, exception à la règle : le paragraphe 7(d) du *Règlement sur l'assurance-emploi*³⁸ prévoit que l'emploi exercé au Canada par une personne qui réside dans un pays étranger ne sera pas un emploi assurable dans la mesure où la loi sur l'assurance-emploi de ce pays étranger impose des cotisations pour le service que fournit l'employé qui vient travailler au Canada. Si ce n'est pas le cas, il doit contribuer à l'AE, même si lui ou son employeur ne sont pas résidents du Canada.

Par exemple, un employé des États-Unis venant travailler au Canada demeurerait couvert par la loi sur l'assurance-emploi des États-Unis si celui-ci rend des « services localisés » aux États-Unis. Que sont ces « services localisés »?

Le Canada et les États-Unis ont signé un accord concernant l'assurance-chômage en 1942 (ci-après « Accord Canada-É.-U. »). Cet accord a établi que l'employé doit payer ses cotisations d'AE dans le pays où ces services sont localisés³⁹. Les services sont localisés dans le pays dans lequel les services sont tous rendus⁴⁰. Les services seront considérés tous rendus dans un pays même si l'employé rend des services temporaires ou transitoires à l'extérieur de ce pays⁴¹.

³⁸ DORS/96-332 (ci-après « R.A.E. »).

³⁹ *Échange de notes entre le Canada et les États-Unis d'Amérique comportant un accord concernant l'assurance-chômage*, 12 mars 1942, 119 R.T.N.U. 295, R.T. Can. 1942 n° 4 (ci-après « Échange de notes Canada-É.-U. »), art. IV.

⁴⁰ Par. I (b) de l'Échange de notes Canada-É.-U.

⁴¹ Si les services ne sont situés ni au Canada ni aux États-Unis, selon la définition de l'entente, il y a trois autres possibilités pour déterminer où l'employé doit payer la cotisation de l'assurance-emploi. En premier, la cotisation sera payée par l'employé dans le pays où une partie des services sont rendus et la base des opérations de l'employé où le lieu de direction de l'entreprise se situe. Si la base des opérations où le lieu de direction ne se situe pas au Canada ou aux États-Unis, l'employé devra cotiser dans le pays où il a rendu une partie des services et où il a sa résidence. Dans toutes autres situations, l'employeur de cet individu peut élire le pays dans lequel il veut que les cotisations de l'assurance-chômage soient faites : voir l'article IV de l'Accord Canada-É.-U.

Donc, par exemple, si un employé des États-Unis est affecté à travailler au Canada de façon temporaire ou transitoire pour le compte de son employeur aux États-Unis, il demeurera assujéti à la loi de l'assurance-emploi des États-Unis en vertu de l'Accord Canada-É.-U. Par conséquent, son emploi au Canada ne sera pas assurable selon le paragraphe 7(d) R.A.E.⁴²

De plus, selon l'alinéa 7(c)i) R.A.E., pour un employé venant des États-Unis, l'emploi au Canada ne serait pas assurable si des cotisations sont payables en vertu d'une loi sur l'assurance-emploi d'un État des États-Unis.

3.2.4. Fonds des services de santé

Puisque l'employé, dans ce scénario, se présente à un établissement de son employeur au Québec, ce dernier sera tenu de cotiser au FSS⁴³.

Dans certains cas, l'employeur ne sera pas assujéti à la cotisation du FSS si l'employé étranger a obtenu un certificat d'assujétissement de son pays d'origine en vertu d'une entente sur la sécurité sociale signée par le Québec et qui couvre la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*, telle que l'Entente Québec-France⁴⁴.

Il est à noter que l'Entente Québec-É.-U. couvre uniquement le RRQ. Donc, pour un employé venant des États-Unis, des cotisations au FSS seraient requises.

3.2.5. Impôts

L'employeur serait tenu de déduire les impôts fédéral et provincial⁴⁵ puisque l'employé étranger tire un revenu d'emploi au Canada⁴⁶, à moins que l'employé (ou l'employeur avec l'autorisation de l'employé) n'obtienne

⁴² Par. 7(c) R.A.E.

⁴³ Art. 34 L.R.A.M.Q.

⁴⁴ Voir par exemple l'Entente Québec-France, précité, note 33.

⁴⁵ Il faudra faire attention au Québec à l'article 1015R18 du *Règlement sur les impôts* du Québec, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod., qui précise qu'une retenue de 9 % s'impose à toute personne qui effectue un paiement pour services rendus au Québec par une personne qui ne réside pas au Canada autrement que dans le cours d'un emploi régulier et continu.

⁴⁶ Al. 115(a)i) L.I.R.

une dérogation à la retenue d'impôt⁴⁷. Une dérogation sera obtenue si le salaire de l'employé gagné au Canada bénéficie d'une exemption en vertu d'une convention fiscale. Par exemple, tel qu'il a été discuté à la Partie I ci-dessus, pour un employé résident des États-Unis, son salaire sera exempté de l'impôt au Canada si la rémunération n'excède pas 10 000 \$ ou : i) si l'employé ne séjourne pas au Canada pendant une période ou des périodes n'excédant pas au total 183 jours au cours d'une année civile et si la charge des rémunérations n'est pas supportée par un employeur qui est résident au Canada ou par un établissement ou une base fixe que l'employeur a au Canada⁴⁸.

3.3. SCÉNARIO 3 : UN EMPLOYEUR N'AYANT AUCUN ÉTABLISSEMENT AU CANADA, MAIS QUI AFFECTE OU ENGAGE DES NON-RÉSIDENTS AFIN QUE CEUX-CI TRAVAILLENT AU QUÉBEC

3.3.1. Régime de rentes du Québec

Un employé étranger qui vient travailler au Québec et qui se présente à un établissement de son employeur au Québec devra cotiser au RRQ, tel que nous l'avons analysé dans le deuxième scénario. Or, dans le présent scénario, l'employeur n'a aucun établissement au Québec. Par conséquent, il faudra déterminer d'où le salaire de l'employé sera payé. Dans la mesure où l'employé est payé par l'établissement de son employeur à l'extérieur du Canada, il ne sera pas tenu de cotiser au RRQ⁴⁹. De plus, selon l'article 5 du *Règlement sur le travail visé*⁵⁰, le travail au Québec au service d'un employeur qui n'a pas d'établissement au Québec est un travail exclu.

⁴⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 75-6R2*, « Retenue d'impôt obligatoire sur les montants versés à des non-résidents pour des services rendus au Canada », 23 février 2005. Au Québec, voir REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'information ADM.7-1*, « Réduction de la retenue d'impôt à l'égard d'un paiement pour services rendus au Québec par une personne qui ne réside pas au Canada », 3 novembre 2004.

⁴⁸ Art. XV de la Convention fiscale Canada-É.-U.

⁴⁹ Force est de constater que puisque ce scénario présume que l'employeur n'a aucun établissement au Québec, l'employé ne peut être payé à partir d'un établissement du Québec.

⁵⁰ R.Q. c. R-9, r-8 (ci-après « R.R.R.Q. »).

3.3.2. Régime québécois d'assurance parentale

En règle générale, un employé étranger qui vient travailler au Québec devra cotiser au RQAP s'il peut être considéré comme un résident du Québec à la fin de l'année (soit le 31 décembre), sauf s'il est considéré être un résident du Québec du seul fait qu'il a passé plus de 183 jours au Québec⁵¹.

Si l'employé étranger est considéré comme un résident du Québec à la fin de l'année, la cotisation au RQAP suivra le même sort que notre analyse dans le scénario 4 ci-après, à savoir un employeur n'ayant aucun établissement au Canada, mais qui engage des résidents du Québec afin que ceux-ci travaillent au Québec.

3.3.3. Assurance-emploi

Puisque dans ce scénario l'employé étranger vient travailler au Québec, l'emploi serait, en règle générale, assurable selon l'article 5 L.A.E. puisqu'il sera exercé au Canada. Par contre, exception à la règle : le paragraphe 7(d) R.A.E. prévoit que l'emploi exercé au Canada par une personne qui réside dans un pays étranger ne sera pas un emploi assurable dans la mesure où la loi sur l'assurance-emploi de ce pays étranger impose des cotisations pour le service que fournit l'employé qui vient travailler au Canada. Si ce n'est pas le cas, il doit contribuer à l'AE, même s'il ne réside pas au Canada ou que son employeur n'a pas d'établissement au Canada.

Nous reprenons donc notre exemple du deuxième scénario : un employé des États-Unis qui est affecté à travailler au Canada de façon temporaire ou transitoire pour le compte de son employeur aux États-Unis (« services localisés » aux États-Unis) demeurera assujéti à la loi de l'assurance-emploi des États-Unis en vertu de l'Accord Canada-É.-U. Par conséquent, son emploi au Canada ne sera pas assurable⁵².

3.3.4. Fonds des services de santé

Dans ce scénario, l'employeur n'a aucun établissement au Québec. Donc, l'employé ne peut ni se présenter à un établissement de son employeur

⁵¹ Par. 8a) L.I.

⁵² Par. 7(c) R.A.E.

au Québec ni être payé à partir d'un tel établissement. Par conséquent, l'employeur ne sera pas tenu de cotiser au FSS⁵³.

3.3.5. Impôts

Notre discussion sur la possibilité d'obtenir une dérogation dans le deuxième scénario s'applique au présent scénario également⁵⁴.

3.4. SCÉNARIO 4 : UN EMPLOYEUR N'AYANT AUCUN ÉTABLISSEMENT AU CANADA, MAIS QUI ENGAGE DES RÉSIDENTS DU QUÉBEC AFIN QUE CEUX-CI TRAVAILLENT AU QUÉBEC

3.4.1. Régime de rentes du Québec

Pour les mêmes motifs invoqués au troisième scénario, à savoir que puisque l'employeur n'a aucun établissement au Québec, il faudra déterminer d'où le salaire de l'employé sera payé. Dans la mesure où l'employé est payé par l'établissement de son employeur à l'extérieur du Canada, l'employé ne devra pas cotiser au RRQ. Par contre, puisque dans ce scénario l'employeur engage des résidents du Québec afin que ceux-ci travaillent au Québec, l'employeur pourrait prendre un arrangement avec la Régie des rentes du Québec quant au paiement de cotisations à l'égard du salaire versé à ses employés québécois⁵⁵. Il est à noter que pour conclure une telle entente, l'employeur pourrait être requis d'effectuer les cotisations d'employeur au RRQ selon les modalités de l'arrangement⁵⁶.

De plus, si l'employeur ne prend pas un arrangement avec la Régie des rentes du Québec, l'employé, dans le présent scénario, pourrait effectuer par lui-même des cotisations facultatives au RRQ⁵⁷.

3.4.2. Assurance-emploi

Puisque dans ce scénario, le travail est exercé au Canada, l'emploi serait, en règle générale, assurable selon l'article 5 L.A.E., l'exception

⁵³ Art. 34 L.R.A.M.Q.; *supra*, note 49.

⁵⁴ *Supra*, note 45.

⁵⁵ Art. 5 R.R.R.Q.

⁵⁶ Art. 7 R.R.R.Q.

⁵⁷ Art. 21 R.R.R.Q.

prévue au paragraphe 7(d) R.A.E. ne pouvant s'appliquer puisque, contrairement aux scénarios 2 et 3, l'employé réside au Canada.

3.4.3. Régime québécois d'assurance parentale

Tout comme le scénario 3, étant donné que dans ce scénario l'employeur n'a pas un établissement au Québec, l'article 53.1 L.R.Q.A.P. trouve son application. Selon cet article, une personne qui réside au Québec à la fin de l'année et qui, à l'égard d'un emploi, n'est pas requise de se présenter au travail à un établissement de son employeur, mais que son salaire est versé d'un établissement à l'extérieur du Canada, serait tenue de cotiser au RQAP dans la mesure où cet emploi lui procure un emploi assurable selon la *Loi sur l'assurance-emploi*. Or, puisque nous avons déterminé ci-dessus que cet emploi est assurable en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*, la cotisation au RQAP serait exigible.

3.4.4. Fonds des services de santé

Dans ce scénario, l'employeur n'a aucun établissement au Québec. Donc, l'employé ne peut ni se présenter à un établissement de son employeur au Québec ni être payé à partir d'un tel établissement. Par conséquent, l'employeur ne sera pas tenu de cotiser au FSS⁵⁸.

3.4.5. Impôts

L'employeur doit effectuer les RAS relativement aux impôts fédéral et provincial puisque l'employé est un résident du Québec.

3.5. SCÉNARIO 5 : UN EMPLOYEUR AYANT UN ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC QUI AFFECTE UN EMPLOYÉ RÉSIDENT DU QUÉBEC À L'EXTÉRIEUR DU CANADA

Bien que notre analyse porte sur les conséquences relatives aux charges sociales québécoises et canadiennes, l'employeur québécois doit de plus s'assurer qu'il se conforme, tant pour lui que pour son employé, aux lois du pays étranger concernant l'affectation d'employés vers ce pays.

⁵⁸ Art. 34 L.R.A.M.Q.; *supra*, note 49.

3.5.1. Régime de rentes du Québec

Dans ce scénario, il faudra premièrement déterminer où doit se rapporter l'employé qui est affecté à l'extérieur du Canada. En effet, soit : i) que l'employé affecté se rapporte à un autre établissement de son employeur à l'extérieur du Canada, par exemple l'employé est affecté à une usine de son employeur située à l'extérieur du Canada; ou ii) que l'employé ne doit se rapporter à aucun établissement de l'employeur. Par exemple, si l'employeur ne possède aucun autre établissement hormis son établissement au Québec. Cette situation pourrait exister si, par exemple, l'employeur québécois affecte son employé à une usine d'un client située à l'extérieur du Canada pour y rendre des services⁵⁹.

- i) L'employé affecté se rapporte à un autre établissement de son employeur à l'extérieur du Canada

En vertu de la règle générale de l'article 2 et de l'article 7 L.R.R.Q., il semblerait que l'employé ne devrait pas cotiser au RRQ, puisque l'employé travaille à l'extérieur du Québec. Par contre, selon l'article 4 L.R.R.Q., le travail hors du Québec peut être un travail visé par la L.R.R.Q. s'il est décrété ainsi par règlement.

Ainsi, selon l'article 8 R.R.R.Q., le travail exécuté hors du Canada, qui serait visé s'il était exécuté au Québec, est considéré comme un travail visé dans certaines circonstances.

Premièrement, il faut que le travail soit exécuté pour le compte d'un employeur ayant un établissement au Québec et que ce dernier, au moment de l'affectation hors Canada, ait conclu un arrangement avec la Régie des rentes du Québec quant au paiement des cotisations à l'égard de ce travail. Donc, si l'employeur, dans le présent scénario, ne conclut pas un tel arrangement, le travail de son employé affecté hors du Canada ne serait pas assujéti à la cotisation du RRQ. Par contre, l'employé, dans le présent scénario, pourrait effectuer par lui-même des cotisations facultatives au RRQ⁶⁰.

Deuxièmement, si le travail hors du Canada est pour le compte d'une filiale étrangère, ce travail sera considéré comme un « travail visé », et donc

⁵⁹ Nous tenons pour acquis que l'usine du client à l'extérieur du Canada ne pourra être considérée comme un établissement de l'employeur.

⁶⁰ Art. 21 R.R.R.Q.

assujéti aux cotisations au RRQ, dans la mesure où l'affectation n'excède pas une période de cinq années⁶¹.

Finalement, si l'employé est affecté vers un pays ayant conclu une entente en matière de sécurité sociale avec le Québec, il demeurera assujéti à la cotisation du RRQ dans la mesure où il obtient un certificat d'assujétissement avant son départ. Tel qu'il a été discuté dans le deuxième scénario, le certificat d'assujétissement couvrira l'employé pour une période de 60 mois en ce qui concerne l'Entente Québec-É.-U. et 36 mois pour l'entente conclue avec la France⁶², à moins d'obtenir l'approbation préalable des autorités compétentes afin de prolonger la période de couverture du certificat d'assujétissement.

En ce qui a trait à l'entente conclue avec la France, durant toute la période de validité du certificat d'assujétissement, l'employé demeurera en plus soumis aux législations québécoises relatives aux prestations familiales, aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, au régime d'assurance maladie et au régime général d'assurance médicaments. Il faudra obtenir le certificat d'assujétissement du « Bureau des ententes de sécurité sociale » administré par la Régie des rentes du Québec. On peut obtenir ce certificat en soumettant le Formulaire SE 401-Q-201. L'Entente Québec-É.-U., par contre, couvre uniquement le RRQ.

Hormis l'avantage d'être couvert par le régime québécois durant la période de validité du certificat d'assujétissement, tant l'employé que l'employeur éviteront de contribuer aux charges sociales du pays étranger, évitant ainsi la possibilité d'une double imposition relativement à celles-ci.

ii) L'employé ne doit se rapporter à aucun établissement de l'employeur

Si l'employé ne doit se présenter à aucun établissement de son employeur lors de son affectation à l'extérieur du Canada, il faudra alors déterminer d'où l'employé reçoit sa rémunération. Si l'employé reçoit sa rémunération de l'établissement de son employeur au Québec, il sera réputé exécuter le travail au Québec selon les termes de l'article 7 L.R.R.Q. et par conséquent, il devra cotiser au RRQ. Si l'employé reçoit sa rémunération de l'établissement de son employeur à l'extérieur du Canada, aucune cotisation

⁶¹ Art. 8, al. 2 R.R.R.Q.

⁶² Art. 8 de l'Entente Québec-France.

au RRQ ne serait exigible, à moins d'être visé par l'une des circonstances de l'article 8 R.R.R.Q.

3.5.2. Assurance-emploi

Encore une fois, afin de déterminer l'assurabilité de l'emploi au Canada, il faudra déterminer si, dans ce scénario, l'emploi exercé à l'extérieur du Canada est assurable par le pays étranger. Si la réponse est non, l'emploi sera un emploi assurable aux termes de l'article 5 R.A.E.⁶³

En vertu de l'Accord Canada-É.-U., si l'employé est affecté à travailler aux États-Unis de façon temporaire ou transitoire pour le compte de son employeur au Canada, ce travail serait « localisé » au Canada et donc un emploi assurable au Canada. Dans le cas contraire, le travail serait couvert par les lois de l'assurance-emploi des États-Unis et, par conséquent, ne serait pas un emploi assurable au Canada⁶⁴.

3.5.3. Régime québécois d'assurance parentale

Dans ce scénario, l'employé qui se présente à un établissement de son employeur à l'extérieur du Canada, ou s'il n'est pas requis de se présenter à un établissement de son employeur, dont le salaire est versé d'un tel établissement à l'extérieur du Canada, est réputé être un employé qui se présente à un établissement de son employeur au Québec si certaines conditions sont remplies, auquel cas l'employé doit cotiser au RQAP.

Premièrement, l'employé doit demeurer un résident du Québec à la fin de l'année. Deuxièmement, l'employeur doit avoir un établissement au Québec. Troisièmement, son emploi à l'extérieur du Canada ne serait pas assurable selon la *Loi sur l'assurance-emploi*⁶⁵.

Donc, par exemple, si l'employé est affecté aux États-Unis de façon temporaire ou transitoire pour le compte de son employeur au Canada, ce travail serait « localisé » au Canada et donc un emploi assurable au Canada

⁶³ En plus de répondre non à la question, il faudra : i) que l'employé réside habituellement au Canada; ii) que l'emploi à l'extérieur du Canada soit assurable s'il est exercé au Canada; et iii) qu'il soit exercé entièrement ou partiellement à l'étranger au service d'un employeur qui réside ou a un établissement au Canada.

⁶⁴ Par. I (b) de l'Accord Canada-É.-U.

⁶⁵ Art. 43.1 L.R.Q.A.P.

selon l'Accord Canada-É.-U. Par conséquent, il n'y aurait pas de cotisation au RQAP dans ce cas-ci puisque la troisième condition ne serait pas remplie.

Dans les cas où un employé n'est pas tenu de se présenter à aucun établissement de son employeur, ni au Québec ni à l'extérieur du Canada, il pourrait toujours être assujéti à la cotisation du RQAP si son salaire est versé à partir d'un établissement du Québec⁶⁶. De plus, selon l'article 48.1 L.R.Q.A.P., si une personne qui n'est pas tenue de se présenter au travail à un établissement de son employeur et dont le salaire ne lui est pas versé d'un tel établissement, elle est réputée se présenter au travail à un établissement de son employeur au Québec si, en fonction de l'endroit où elle se rapporte principalement au travail, de l'endroit où elle exerce principalement ses fonctions, du lieu principal de sa résidence, de l'établissement d'où s'exerce sa supervision, de la nature des fonctions qu'elle exerce ou de tout autre critère semblable, l'on peut raisonnablement considérer qu'elle est un employé de cet établissement.

3.5.4. Fonds des services de santé

Tout comme le régime du RRQ, il faudra premièrement déterminer où doit se rapporter l'employé qui est affecté à l'extérieur du Canada : soit : i) que l'employé affecté se rapporte à un autre établissement de son employeur à l'extérieur du Canada; ou ii) que il ne doit se rapporter à aucun établissement de l'employeur.

- i) L'employé affecté se rapporte à un autre établissement de son employeur à l'extérieur du Canada

Selon l'article 34 L.R.A.M.Q., aucune cotisation ne serait payable par l'employeur puisque l'employé se présente à l'un de ses établissements à l'extérieur du Québec.

Par contre, tout comme le régime du RRQ analysé ci-dessus, si l'employé est affecté vers un pays ayant conclu une entente en matière de sécurité sociale avec le Québec, la cotisation au FSS demeurera applicable dans la mesure où l'employé obtient un certificat d'assujétissement de la Régie des rentes du Québec avant son départ.

⁶⁶ Voir la définition du mot « employé » à l'article 43 L.R.Q.A.P.

Au risque de se répéter, l'Entente Québec-É.-U. couvre uniquement le RRQ, alors que l'entente avec la France couvre la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*.

ii) L'employé ne doit se rapporter à aucun établissement de l'employeur

Si l'employé ne doit se présenter à aucun établissement de son employeur lors de son affectation à l'extérieur du Canada, il faudra alors déterminer d'où l'employé reçoit sa rémunération. Si l'employé reçoit sa rémunération de l'établissement de son employeur au Québec, la cotisation au FSS sera requise pour l'employeur selon l'article 34 L.R.A.M.Q.

3.5.5. Impôts

Puisque dans ce scénario l'employé est un résident du Canada, il est assujéti à l'impôt canadien sur ses revenus de source mondiale. Par conséquent, il devra payer de l'impôt sur le salaire qu'il a gagné à l'extérieur du Canada. Une retenue d'impôt pourrait donc s'avérer nécessaire.

3.6. SCÉNARIO 6 : UN EMPLOYEUR AYANT UN ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC QUI ENGAGE DES EMPLOYÉS DIRECTEMENT À L'EXTÉRIEUR DU CANADA AU LIEU D'Y AFFECTER SES EMPLOYÉS DE SON ÉTABLISSEMENT DU QUÉBEC

Bien que notre analyse porte sur les conséquences relatives aux charges sociales québécoises et canadiennes, l'employeur doit de plus s'assurer qu'il se conforme, tant pour lui que pour son employé, aux lois du pays étranger concernant l'affectation d'employés vers ce pays.

3.6.1. Régime de rentes du Québec

Dans ce scénario, la seule possibilité que l'employé étranger soit assujéti à la cotisation du RRQ est si l'employé ne doit se présenter à aucun établissement de son employeur et que son salaire lui est versé à partir de l'établissement du Québec⁶⁷. Donc, si l'employé étranger doit se présenter à un établissement de son employeur à l'extérieur du Canada ou qu'il reçoit son salaire à partir de là, il n'y aurait aucune cotisation au RRQ.

⁶⁷ Art. 7 L.R.R.Q.

3.6.2. Régime québécois d'assurance parentale

Dans ce scénario, l'employé engagé directement à l'extérieur ne serait pas un résident du Québec à la fin d'une année et donc, il ne serait pas tenu de cotiser au RQAP.

3.6.3. Assurance-emploi

Puisque l'emploi est exercé à l'extérieur du Canada par un employé qui ne réside habituellement pas au Canada, ce fait serait suffisant pour conclure que l'emploi sous ce scénario ne serait pas un emploi assurable. Par conséquent, aucune cotisation ne serait due pour l'AE⁶⁸.

3.6.4. Fonds des services de santé

Dans ce scénario, tout comme le régime du RRQ, la seule possibilité que l'employeur doive cotiser au FSS est si l'employé ne doit se présenter à aucun établissement à l'extérieur du Canada et que son salaire lui est versé à partir de l'établissement du Québec⁶⁹. Donc, si l'employé étranger doit se présenter à un établissement de son employeur à l'extérieur du Canada ou qu'il reçoit son salaire à partir de là, il n'y aurait aucune cotisation au FSS pour l'employeur.

3.6.5. Impôts

Puisque dans ce scénario, l'employé n'est pas un résident du Canada et ne travaille pas au Canada, aucune retenue d'impôt ne serait nécessaire.

3.7. SCÉNARIO 7 : UN EMPLOYEUR N'AYANT AUCUN ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC, MAIS QUI ENGAGE DES RÉSIDENTS DU QUÉBEC AFIN QUE CEUX-CI TRAVAILLENT À SON ÉTABLISSEMENT À L'EXTÉRIEUR DU CANADA

3.7.1. Régime de rentes du Québec

Puisque dans ce scénario, l'emploi est exercé à l'extérieur du Québec pour le compte d'un employeur qui n'a pas d'établissement au Québec, l'employé ne serait pas tenu de cotiser au RRQ.

⁶⁸ Al. 5(1)a) L.A.E.; art. 5 R.A.E.

⁶⁹ Art. 34 L.R.A.M.Q.

Il est à noter que les ententes en matière de sécurité sociale ne seraient pas utiles sous ce scénario, car l'employé n'est pas affecté à l'extérieur du Canada pour le compte d'un employeur ayant un établissement au Québec.

3.7.2. Assurance-emploi

Puisque dans ce scénario, l'emploi est exercé à l'extérieur du Canada au service d'un employeur qui n'a pas d'établissement au Canada (contrairement au scénario 5), l'emploi serait exclu des emplois assurables⁷⁰. Par conséquent, aucune cotisation d'AE ne serait due sous ce scénario.

3.7.3. Régime québécois d'assurance parentale

Selon l'article 53.1 L.R.Q.A.P., une personne qui réside au Québec à la fin de l'année et qui à l'égard d'un emploi se présente au travail à un établissement de son employeur à l'extérieur du Canada et que son employeur n'a pas d'établissement au Québec serait tenue de cotiser au RQAP dans la mesure où cet emploi lui procure un emploi assurable selon la *Loi sur l'assurance-emploi*. Or, puisque nous avons déterminé ci-dessus que cet emploi n'est pas assurable selon la *Loi sur l'assurance-emploi*, la cotisation au RQAP ne serait pas exigible.

3.7.4. Fonds des services de santé

Puisque dans ce scénario, l'emploi est exercé à l'extérieur du Québec pour le compte d'un employeur qui n'a pas d'établissement au Québec, l'employé ne peut donc pas se présenter à un établissement de son employeur au Québec ni être payé par cet établissement. Conséquemment, l'employeur ne sera pas tenu de cotiser au FSS⁷¹.

3.7.5. Impôts

De façon pratique, puisque l'employeur n'a pas d'établissement au Canada et que l'employé ne travaille pas au Canada, nous voyons difficilement pourquoi l'employeur devrait effectuer une retenue d'impôt dans ce scénario. Par contre, l'employé devra déclarer son revenu gagné à l'extérieur du Canada puisqu'il demeure un résident canadien.

⁷⁰ Al. 5(1)a) L.A.E.; art. 5 R.A.E.

⁷¹ Art. 34 L.R.A.M.Q.

3.8. NORMES DU TRAVAIL ET FORMATION DE LA MAIN-D'ŒUVRE

Pour chacun des sept scénarios présentés ci-dessus, notre analyse des cotisations au FSS s'applique aussi aux cotisations pour les normes du travail⁷² et les contributions pour la formation de la main-d'œuvre⁷³, sauf en ce qui a trait aux ententes en matière de sécurité sociale qui quant à elles, ne couvrent pas les cotisations pour les normes du travail et les contributions pour la formation de la main-d'œuvre.

4. CERTAINES AUTRES CONSÉQUENCES FISCALES POUR L'EMPLOYEUR

4.1. À LA NOTION D'ÉTABLISSEMENT

Dans plusieurs des scénarios que nous avons analysés ci-dessus, relativement aux charges sociales, nous avons présumé que l'employeur avait ou non un établissement dans une juridiction donnée. Certaines législations analysées ci-dessus se rapportent à la notion d'établissement tel qu'il est défini aux articles 12 et 13 L.I.

Selon l'article 12 L.I., un établissement signifie un lieu fixe où l'employeur exerce son entreprise, ou à défaut, l'endroit principal où il exerce son entreprise. Un établissement comprend notamment un bureau, une succursale, une usine ou un atelier. De plus, l'article 13 L.I. indique que lorsqu'un employeur exerce une entreprise par l'intermédiaire d'un employé qui est : i) établi à un endroit donné; et ii) qui a notamment autorité générale pour contracter pour son employeur, ce dernier est réputé avoir un établissement à cet endroit.

Or, au risque de se répéter, il se peut par exemple qu'un employeur n'ayant aucun établissement au Canada, mais qui affecte des non-résidents afin que ceux-ci travaillent au Québec, tel le scénario 3, crée un établissement au Québec (donc forcément un au Canada aussi) si lesdits employés exercent leurs activités à un endroit donné qui peut être considéré comme un établissement ou si lesdits employés ont une autorité générale de contracter pour l'employeur. Par conséquent, les règles que nous avons analysées dans le scénario 3 peuvent être chambardées et il faudra alors

⁷² *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1 et mod., art. 39.0.1.

⁷³ *Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre*, L.R.Q., c. D-8.3, art. 4 et annexe.

entreprendre l'étude des obligations relatives aux charges sociales sous un autre scénario, tel le scénario 2.

Hormis la création d'un établissement selon les articles 12 et 13 L.I., il faudra porter attention à la création d'un établissement « stable au Canada ». Généralement, un établissement stable est une installation d'affaires qui sert à exercer la totalité ou une partie des activités de l'entreprise de l'employeur. Évidemment, la définition d'un « établissement » selon la *Loi sur les impôts* se rapproche énormément de la définition d'un établissement « stable au Canada » utilisée dans plusieurs conventions fiscales.

Il arrive souvent que des entreprises n'acquièrent pas leurs propres bureaux dans une juridiction donnée. Sous certains des scénarios que nous avons analysés, l'employeur affecte ou engage des employés à l'extérieur de sa juridiction habituelle d'affaires. Donc, par exemple, les employés affectés à l'extérieur du Canada peuvent créer un établissement stable de l'employeur à l'extérieur du Canada. Inversement, des employés affectés ou engagés au Canada pour le compte d'un employeur étranger peuvent créer un établissement stable au Canada.

En effet, il n'est pas pertinent que l'employeur soit ou non propriétaire ou locataire de l'emplacement aux fins de l'analyse de l'existence d'un établissement stable dans une juridiction donnée. Il suffit qu'une entreprise ait à sa disposition un certain emplacement servant à ses activités d'entreprise pour qu'il s'agisse d'une installation d'affaires, de sorte qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait un droit d'occuper cet espace soit en tant que locataire ou propriétaire.

En effet, certains commentaires de l'OCDE⁷⁴ postérieurs à l'arrêt *La Reine c. Dudley*⁷⁵, énoncent plusieurs exemples d'activités où

⁷⁴ Voir les commentaires de l'ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, 2000, art. V.

⁷⁵ 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.) (ci-après « *Dudley* »). Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale avait conclu que les locaux du client canadien d'un consultant résidant aux États-Unis ne constituaient pas une installation fixe d'affaires dont il pouvait disposer pendant qu'il y travaillait étant donné qu'il n'exerçait aucun contrôle sur cet environnement de travail.

Essentiellement, puisque le consultant américain n'avait accès au local de son client canadien que sur les heures normales de bureau, que l'espace physique qu'il occupait pouvait être modifié au gré de son client et que son entreprise n'était pas identifiée à
(à suivre...)

l'utilisation d'un espace particulier entraînerait la création d'un établissement stable. Ces exemples étendent le concept d'établissement stable au-delà des critères retenus par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Dudney*.

Entre autres, on y cite l'exemple d'un peintre qui, pendant deux ans, passe trois jours par semaine à peindre les locaux d'un seul client. Dans ce cas, la présence du peintre dans les locaux du client est suffisante pour conclure à l'existence d'un établissement stable, bien qu'il n'ait pas de contrôle sur les locaux.

Évidemment, la création d'un établissement stable dans un pays étranger entraînera selon la majorité des conventions fiscales un certain assujettissement à l'impôt du pays étranger.

Dans le cas des États-Unis, par exemple, un employeur canadien pourrait être assujéti à l'impôt fédéral aux États-Unis dans la mesure où il gagne un revenu connu sous le terme *income effectively connected with a trade or business*. Néanmoins, en vertu de l'article VII de la Convention fiscale Canada-É.-U., un allègement d'impôt existe dans la mesure où l'employeur n'a pas un « établissement stable » au sens de la convention aux États-Unis⁷⁶. Inversement, un employeur des États-Unis qui exerce une

(...suite)

ce lieu de travail, la Cour a conclu qu'il n'exerçait pas son entreprise par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires.

⁷⁶ « Article V – Établissement stable

1. Au sens de la présente Convention, l'expression "établissement stable" désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle un résident d'un État contractant exerce tout ou partie de son activité.
2. L'expression "établissement stable" comprend notamment :
 - a) Un siège de direction;
 - b) Une succursale;
 - c) Un bureau;
 - d) Une usine;
 - e) Un atelier; et
 - f) Une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles.

[...]

(à suivre...)

entreprise au Canada sera assujéti à l'impôt canadien⁷⁷, à moins qu'il n'exerce cette entreprise sans avoir un établissement stable au Canada.

Ainsi, dans toute situation où un employé qui exerce une partie de ses activités dans un local où il n'a aucun contrôle, et sans aussi identifier ce local à son entreprise, pourrait être considéré avoir un établissement stable où le local est situé si le local est à la disposition de la personne pour une certaine période suffisamment longue.

Il est généralement reconnu qu'une filiale ne constitue pas, en tant que telle, un établissement stable de sa société mère dans la juridiction où elle est constituée⁷⁸. Cependant, les règles de détermination de l'existence d'un établissement stable s'appliquent également dans le cadre d'échanges commerciaux entre personnes d'un même groupe puisque la notion d'établissement stable vise l'entreprise exploitée par une entité ou une personne et non l'entité en tant que telle. Il serait donc possible qu'une société mère exerce la totalité ou une partie des activités de son entreprise par l'intermédiaire de sa filiale.

Ainsi, un cas où la filiale serait considérée comme un établissement stable de la société mère concerne une situation où un employé de la société mère utilise pour une longue période un bureau au siège social d'une filiale étrangère.

L'ARC a déjà mentionné que l'utilisation d'un local mis à la disposition d'une société américaine par sa filiale canadienne sur une durée suffisamment longue pourrait mener à la création d'un établissement stable de la société mère au Canada⁷⁹. Encore une fois, on fait référence davantage à la période pour déterminer s'il y a établissement stable ou non plutôt que d'analyser en détail les services rendus et l'utilisation des lieux.

(...suite)

5. Une personne agissant dans un État contractant pour le compte d'un résident de l'autre État contractant – autre qu'un agent jouissant d'un statut indépendant auquel s'applique le paragraphe 7 – est considérée comme un établissement stable dans le premier État si cette personne dispose dans cet État de pouvoirs qu'elle y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom du résident. »

⁷⁷ Al. 115(a)i) L.I.R.

⁷⁸ Par. 8 de l'art. V de la Convention fiscale Canada-É.-U.

⁷⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9333340.

Finalement, dans plusieurs des scénarios que nous avons analysés ci-dessus, relativement aux charges sociales, nous avons présumé que l'employeur avait ou non un établissement dans une juridiction donnée. Or, il se peut par exemple qu'un employeur n'ayant aucun établissement au Canada, mais qui affecte des non-résidents afin que ceux-ci travaillent au Québec, tel le scénario 3, crée un établissement au Québec (donc forcément un au Canada aussi) si lesdits employés exercent leurs activités dans un emplacement qui peut être considéré comme un établissement. Par conséquent, les règles que nous avons analysées dans le scénario 3 peuvent être chambardées et il faudra alors entreprendre l'étude des obligations relatives aux charges sociales sous un autre scénario, tel le scénario 2.

4.2. LES PRIX DE TRANSFERT

Dans le contexte d'affectation d'employés entre le Canada et d'autres pays pour le compte d'une filiale étrangère, il arrive souvent que l'employeur au Canada facturera la filiale étrangère afin de comptabiliser les diverses dépenses liées auxdites affectations.

Ces affectations peuvent entraîner l'application des règles relatives aux prix de transfert. Très brièvement, en vertu de ces règles, toutes les dépenses directes et indirectes engagées dans le cadre de l'affectation doivent faire l'objet d'une répartition entre le Canada et le pays étranger conformément au principe de pleine concurrence, c'est-à-dire que cette répartition doit être faite de la manière qu'auraient convenu les parties n'ayant pas de lien de dépendance.

Les dépenses liées à l'affectation d'employés comprennent, entre autres, le salaire de base de l'employé faisant l'objet de l'affectation, ses bonis, ses avantages sociaux, les montants d'allocation ou de remboursement de dépenses de déménagement, de déplacement et d'établissement, les allocations d'expatriation ainsi que les contributions d'employeur aux régimes de pension et de sécurité sociale.

Selon les principes administratifs énoncés par l'ARC⁸⁰, l'employeur devrait maintenir une documentation ponctuelle et détaillée relativement aux transactions intragroupes concernant les affectations des employés à des entités ayant un lien de dépendance à l'étranger. En particulier, la documentation doit fournir le détail des coûts totaux engagés dans le cadre

⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Mémoire* PTM-09, « Efforts sérieux en vertu de l'article 247 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », 18 septembre 2006.

de l'affectation ainsi que décrire la méthode qui a été utilisée à des fins d'allocation des coûts entre le Canada et le pays étranger. Le genre de documentation exigible pourrait être le suivant :

- le contrat écrit d'affectation, ainsi que la description des postes occupés par les individus transférés;
- l'analyse comparative des échelles salariales sur le marché local de la main-d'œuvre du pays étranger;
- la preuve de dépenses de salaire de l'employé transféré avant et pendant la période d'affectation.

CONCLUSION

Nous avons été à même de constater que la mobilité transfrontalière des employés peut avoir plusieurs implications fiscales. Dans certains cas, l'employeur québécois doit non seulement déterminer ces implications par rapport aux lois canadiennes, mais aussi par rapport aux lois étrangères.

Il serait intéressant de déterminer combien d'employeurs font une analyse exhaustive des implications fiscales avant d'entreprendre l'affectation d'employés vers un pays étranger ou l'embauche d'employés dans un pays étranger. Dans la grande majorité des cas, nous pouvons prédire que toutes ces questions auxquelles l'employeur doit répondre sont soulevées bien après que les faits soient accomplis, laissant ainsi très peu de marge de manœuvre pour une planification fiscale adéquate. Cette réalité étant plus vraie pour les petites et moyennes entreprises qui n'ont pas nécessairement les moyens financiers et administratifs pour gérer toutes ces implications.

Les ressources disponibles, que ce soit en matière de guides ou autres publications gouvernementales concernant les obligations relatives aux charges sociales, offrent une assistance limitée aux employeurs. Malheureusement, l'interaction entre les différentes législations québécoise et canadienne, les conventions fiscales et les ententes gouvernementales crée une complexité si énorme qu'il est devenu souvent très difficile d'obtenir une réponse claire des agences gouvernementales concernées sans avoir recours à des demandes d'interprétation technique ou à des demandes de décision anticipée.

Le but premier de notre analyse de certaines implications fiscales concernant la mobilité transfrontalière des employés était de démystifier les

différentes règles de jeu en la matière, plus particulièrement celles concernant les charges sociales. Nous concédons qu'il n'y a pas de solution parfaite et qui peut exister des situations qui ne sont pas entièrement envisagées par l'un des sept scénarios. Par contre, nous demeurons convaincus que la lecture desdits scénarios permettra d'obtenir une vue d'ensemble et une bonne connaissance de base afin de permettre de résoudre des problèmes particuliers qui peuvent subvenir dans des situations particulières.

PÉNALITÉS ADMINISTRATIVES IMPOSÉES À DES TIERS

Shawna O'Brien
B. Comm., CGA
Agence du revenu du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1.	OBJECTIFS DE LA LOI	17:3
2.	PÉNALITÉS : TYPES ET CALCULS	17:3
3.	L'APPLICATION DE LA PÉNALITÉ	17:4
3.1.	CONDUITE INTENTIONNELLE.....	17:4
3.2.	INDIFFÉRENCE	17:4
3.3.	INSOUCIANCE DÉLIBÉRÉE, DÉRÉGLÉE OU TÊMÉRAIRE.....	17:4
4.	MISE À JOUR	17:6
4.1.	GENRES DE CAS QUI ONT ÉTÉ ÉVALUÉS PAR LE COMITÉ	17:6
4.1.1.	Montants fictifs	17:6
4.1.2.	Appropriation de fonds.....	17:6
4.1.3.	Arrangement de dons.....	17:7
4.1.4.	Écriture de journal invalide	17:7
4.1.5.	Dépouillement de REÉR	17:7
5.	CONSEILS SUR LES MEILLEURES MESURES À PRENDRE	17:8

1. OBJECTIFS DE LA LOI

La législation fiscale prévoit diverses mesures visant à encourager l'observation de la loi, notamment l'imposition de pénalités aux contribuables qui fournissent des renseignements erronés ou trompeurs en ce qui a trait à leur situation fiscale, soit la pénalité pour faute lourde. Avant l'entrée en vigueur des dispositions législatives prévoyant l'imposition des pénalités aux tiers (le 29 juin 2000), il n'existait aucune disposition en matière de pénalité administrative visant les personnes qui conseillent à d'autres personnes de produire leurs déclarations en se fondant sur de l'information fautive ou trompeuse, ou qui ferment les yeux sur de l'information fautive fournie par leurs clients à des fins fiscales.

Les pénalités administratives imposées à des tiers visent à dissuader la soumission d'informations trompeuses ou les omissions en matière fiscale et à assurer l'observation de la loi en décourageant les comportements qui entraînent l'inobservation.

2. PÉNALITÉS : TYPES ET CALCULS

La pénalité du planificateur s'applique à une personne qui fait sciemment un faux énoncé ou le fait dans les circonstances s'élevant à la conduite coupable. Comme elle s'applique où il y a des activités de planification et d'évaluation, il n'est pas nécessaire d'identifier une liaison entre la ou les personnes et l'activité. En d'autres mots, ce n'est pas nécessaire d'identifier les personnes qui ont utilisé ou qui pourraient utiliser le faux énoncé. Elle s'élève au plus élevé de 1 000 \$ et aux droits aux paiements reliés à l'activité de planification ou d'évaluation.

La pénalité pour spécialistes en déclarations s'applique aux spécialistes en déclarations qui ferment les yeux sur de faux énoncés figurant dans les déclarations de revenus de leurs clients ou qui conseillent à un client de déclarer des renseignements fiscaux faux. La pénalité est calculée en fonction de la pénalité dont le client serait passible en vertu du paragraphe 163(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹. Elle est toutefois assujettie à un plafond de 100 000 \$ plus la rétribution brute relativement au faux énoncé. Ce calcul doit être fait pour chaque client qui a utilisé le faux énoncé.

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

La simple présence d'un faux énoncé n'entraîne pas une pénalité. Il doit aussi y avoir connaissance du faux énoncé ou dans l'absence de la connaissance, il doit y avoir une conduite coupable.

3. L'APPLICATION DE LA PÉNALITÉ

Avant de cotiser la pénalité, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») doit démontrer que le tiers savait qu'un énoncé était faux. La pénalité s'applique aussi dans le cas où le tiers aurait vraisemblablement dû savoir que l'énoncé était faux, n'eût été les circonstances équivalant à une conduite coupable.

À défaut de prouver qu'un tiers savait effectivement qu'un énoncé était faux, il faut établir qu'il a eu une « conduite coupable » pour lui imposer des pénalités administratives. Pour la conduite coupable, il s'agit d'une conduite qui ne constitue pas simplement une erreur de jugement ou une omission de diligence raisonnable, mais plutôt une conduite intentionnelle ou une indifférence ou une insouciance délibérée, déréglée ou téméraire.

3.1. CONDUITE INTENTIONNELLE

L'action ou le défaut d'agir de la personne montre qu'elle devait avoir l'intention de faire ou de présenter un faux énoncé (ou de le faire faire ou présenter par une autre personne).

3.2. INDIFFÉRENCE

La personne se doute bien que la situation exige une réponse à certaines questions; cependant, elle ne pose pas ces questions, car elle ne veut pas savoir qu'elle ferait un faux énoncé.

3.3. INSOUCIANCE DÉLIBÉRÉE, DÉRÉGLÉE OU TÉMÉRAIRE

Désigne une situation où une personne raisonnable et prudente devrait savoir qu'il est très probable que ses gestes donneront lieu à un faux énoncé, mais les pose quand même.

Afin de savoir si une situation mérite les pénalités, l'ARC a inclus dans ses lignes directrices administratives des directives (par. 17 de la *Circulaire d'information* 01-1²) qui devront être considérées dans chaque cas avant d'appliquer la pénalité, qui sont les suivantes :

- si la façon de procéder est manifestement erronée, déraisonnable ou contraire à la jurisprudence établie;
- dans quelle mesure le conseiller savait que les énoncés étaient faux ou a délibérément participé à leur production, eu égard à son expérience en ce qui touche le sujet de l'affaire et sa connaissance de la situation financière particulière du contribuable;
- dans quelle mesure la conduite coupable représente le comportement le plus abusif et le plus manifestement trompeur;
- dans quelle mesure on constate qu'il existe une habitude de contrevenir à la loi;
- si la diminution de taxes ou d'impôts est importante.

Notons que ce n'est pas nécessaire que tous ces critères soient présents. C'est plutôt le poids cumulatif de ces critères qui résultera dans une cotisation valable de la pénalité.

Un Comité d'examen des pénalités imposées à des tiers (ci-après « CEPIT ») a été créé en février 2002 à l'Administration centrale pour examiner les faits entourant chaque affaire et les représentations de la tierce partie avant de proposer l'imposition d'une pénalité. Le CEPIT contrôle strictement l'application des pénalités administratives imposées aux tiers. En plus, le CEPIT assure que ces pénalités ne sont appliquées que dans les situations les plus flagrantes, c'est-à-dire les plus grossièrement évidentes, celles qui démontrent un comportement abusif ou qui ont des répercussions générales.

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 01-1, « Pénalités administratives imposées à des tiers », 18 septembre 2001, par. 17.

4. MISE À JOUR

Au 24 septembre 2009 :

- vingt-cinq cas ont été acceptés pour l'application des pénalités;
- quatre-vingt-une vérifications de pénalités administratives imposées à des tiers sont en cours.

Des résumés de cas actuels suivent.

4.1. GENRES DE CAS QUI ONT ÉTÉ ÉVALUÉS PAR LE COMITÉ

- Montants fictifs (T4, pertes d'entreprise, de location et agricoles, dépenses d'emploi);
- affectation de fonds;
- arrangement de dons;
- écriture de journal invalide;
- dépouillement de régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »).

4.1.1. Montants fictifs

Le tiers a créé une perte d'entreprise fictive au niveau T-1 alors qu'aucune entreprise n'a été exploitée. Le but du faux énoncé était d'abaisser le revenu imposable afin de réduire ou d'éliminer l'impôt dû en raison d'un retrait de REÉR.

4.1.2. Appropriation de fonds

Au cours d'une période de quatre ans, l'actionnaire d'une société s'est approprié des sommes d'argent provenant de l'exploitation active de l'entreprise; ces sommes n'ont jamais été déposées aux comptes bancaires de la société. Lors de la préparation des livres et registres de la société, le préparateur a inscrit l'appropriation de fonds comme actif corporatif. En outre, lorsque le tiers a préparé la déclaration de revenus sur le revenu de l'actionnaire, le préparateur n'a pas inclus les fonds appropriés dans le revenu.

4.1.3. Arrangement de dons

Un promoteur a participé au développement et à la promotion d'un programme de dons par l'entremise d'une fiducie. En fait, le promoteur savait qu'aucune fiducie n'avait été créée et qu'aucune propriété ne lui avait été transférée. Le CEPIT a approuvé une cotisation de 500 000 \$ en pénalités à des tiers à la fiducie présumée. L'architecte primaire de l'arrangement a aussi été assujéti à une pénalité de 500 000 \$.

4.1.4. Écriture de journal invalide

Le préparateur a créé des écritures de régularisation de fin d'année – une ayant 38 éléments – qui étaient confuses et non corroborées et qui ont causé des redressements après vérification de plus de 500 000 \$. Le vérificateur a concentré sa vérification de pénalité aux tiers sur les écritures les plus flagrantes. L'avocat du préparateur allègue que le préparateur, un comptable agréé, n'offrait aucune assurance parce qu'il a simplement été engagé pour une compilation et que les écritures de fin d'année ont été préparées par la gestion de la société et non par lui. En outre, le préparateur maintient avoir effectué les conciliations bancaires qui ont nécessité la création de nombreuses écritures de journal. Par contre, le vérificateur a confirmé que le comptable a effectué beaucoup plus de travail que nécessaire lors d'un simple mandat de compilation et qu'il ne pouvait se dégager de sa responsabilité en se cachant derrière la nature du mandat. Le vérificateur a conclu que lorsque le préparateur a effectué la conciliation bancaire, un certain nombre d'anomalies auraient dû être évidentes. Quelle que soit la forme du mandat, le préparateur est obligé par le code d'éthique de son association professionnelle de ne pas s'associer à des états financiers lorsque le comptable soupçonne l'existence d'erreurs.

4.1.5. Dépouillement de REÉR

Un promoteur a créé quelques sociétés et a trouvé un comptable agréé qui a attesté que ces sociétés se qualifiaient comme « placements admissibles » pour des REÉR. Les contribuables ont dirigé les fonds dans leurs REÉR aux sociétés du promoteur et une fois redirigés, un pourcentage des fonds a été distribué aux contribuables sans retenue d'impôt. En publiant des petites annonces, le promoteur a attiré plus de 80 contribuables à l'arrangement. En vertu du paragraphe 163.2(3) L.I.R., une pénalité de plus de 1,8 M\$, qui correspond à la rétribution brute du promoteur, a été cotisée.

5. CONSEILS SUR LES MEILLEURES MESURES À PRENDRE

- Consigner toute discussion additionnelle visant à clarifier les incohérences ou les contradictions;
- documenter toute recherche effectuée ainsi que les résultats obtenus;
- consigner les hypothèses formulées;
- se demander si les énoncés et les hypothèses sont raisonnables;
- consigner les raisons permettant d'affirmer que les hypothèses sont raisonnables;
- consigner tous les renseignements fournis par le client;
- documenter toutes les préoccupations relatives à la véracité, à l'exactitude ou à la cohérence des renseignements fournis;
- consigner les questions posées relativement à ces préoccupations;
- consigner les réponses du client.

L'ARTICLE 84 L.I.R. – PIÈGES ET OPPORTUNITÉS



Claudine Puglièse

Avocate, M. Fisc.

Petrie Raymond CA s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	18:5
1. RÈGLES CONCERNANT LES DIVIDENDES PRÉSUMÉS	18:6
1.1. AUGMENTATION DU CAPITAL VERSÉ.....	18:6
1.2. DISTRIBUTION LORS D'UNE LIQUIDATION	18:7
1.3. RACHAT, ACQUISITION OU ANNULATION D' ACTIONS	18:8
1.4. RÉDUCTION DU CAPITAL VERSÉ	18:8
2. POSITIONS ADMINISTRATIVES	18:9
2.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 9214595	18:9
2.2. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 9530410	18:9
2.3. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2002-0146655	18:10
2.4. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2002-0168815	18:11
2.5. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2002-0176455	18:11
2.6. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2003-0043517	18:12

2.7.	INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2008-0293401E5	18:13
2.8.	INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2008-0266181I7	18:13
3.	JURISPRUDENCE	18:14
3.1.	AFFAIRE <i>L. MARK EVANS C. LA REINE</i>	18:14
3.1.1.	Les faits	18:14
3.1.2.	Le litige	18:15
3.1.3.	La décision	18:15
3.2.	AFFAIRE <i>BHAGAT RAM PALLAN, SADI RAM PALLAN ET JAGHT RAM PALLAN C. MRN</i>	18:16
3.2.1.	Les faits	18:16
3.2.2.	Le litige	18:16
3.2.3.	La décision	18:16
3.3.	AFFAIRE <i>LILIAN V. GILMOUR C. LA REINE</i>	18:16
3.3.1.	Les faits	18:16
3.3.2.	Le litige	18:17
3.3.3.	La décision	18:17
3.4.	AFFAIRE <i>DALE MACCALA C. LA REINE</i>	18:17
3.4.1.	Les faits	18:17
3.4.2.	Le litige	18:17
3.4.3.	La décision	18:17
3.5.	AFFAIRE <i>RMM CANADIAN ENTERPRISES INC. ET EQUILEASE CORPORATION C. LA REINE</i>	18:18
3.5.1.	Les faits	18:18
3.5.2.	Le litige	18:18
3.5.3.	La décision	18:18
3.6.	AFFAIRE <i>DENNIS GERANSKY C. LA REINE</i>	18:19
3.6.1.	Les faits	18:19
3.6.2.	Le litige	18:19
3.6.3.	La décision	18:19
3.7.	AFFAIRE <i>WILLIAM J. MC NICHOL, JONATHAN G. CHAES, PETER F. BLAIR ET GARRY B. MACLEAN C. LA REINE</i>	18:20
3.7.1.	Les faits	18:20
3.7.2.	Le litige	18:20
3.7.3.	La décision	18:20
3.8.	AFFAIRE <i>ROBERT MCMULLEN C. LA REINE</i>	18:21
3.8.1.	Les faits	18:21
3.8.2.	Le litige	18:22
3.8.3.	La décision	18:22
3.9.	AFFAIRE <i>DANIELLE VAILLANCOURT TREMBLAY, SUCCESSION HÉLÈNE TREMBLAY, GÉRARD TREMBLAY ET MARTIN TREMBLAY C. LA REINE</i>	18:23
3.9.1.	Les faits	18:23

3.9.2. Le litige	18:24
3.9.3. La décision	18:24
3.10. AFFAIRE <i>COPTHORNE HOLDINGS LTD. C. LA REINE</i>	18:25
3.10.1. Les faits	18:25
3.10.2. Le litige	18:25
3.10.3. La décision	18:26
3.11. AFFAIRE <i>COLLINS & AIKMAN PRODUCTS CO., COLLINS & AIKMAN CANADA INC., ET COLLINS & AIKMAN HOLDINGS CANADA INC. C. LA REINE</i>	18:26
3.11.1. Les faits	18:26
3.11.2. Le litige	18:27
3.11.3. La décision	18:27
CONCLUSION	18:28

INTRODUCTION

Ce sujet a fait l'objet de plusieurs textes intéressants¹. Le présent texte a comme principal objectif de faire une révision des nouvelles positions administratives et de la jurisprudence récente sur le sujet. Nous ferons un bref rappel des différentes dispositions qui donnent lieu à un dividende présumé.

Le principe qui sous-tend les dispositions de l'article 84 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² est celui d'imposer sous forme de dividende toute distribution des surplus de la société. Il sera possible de remettre à l'actionnaire sa mise de fonds sans implication fiscale puisqu'il s'agit de son capital.

La mise de fonds de l'actionnaire dans la *Loi sur les compagnies*³ fait référence à la notion de capital émis et payé. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁴ utilise le terme « capital déclaré ».

Nous verrons que ces notions sont essentielles à la compréhension de la notion de capital versé (ci-après « CV ») de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En effet, la définition de « capital versé » que l'on retrouve au paragraphe 89(1) L.I.R. renvoie à celle du droit des compagnies dans un premier temps. Dans un deuxième temps, la notion de CV est modifiée par différentes dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le paragraphe 89(1) L.I.R. calcule le CV pour une catégorie d'actions. Le CV d'une action correspond au CV de la catégorie divisé par le nombre d'actions de la catégorie.

¹ André LORTIE, « Utilisation du capital versé comme outil de planification », dans *Colloque – Capitalisation et financement de l'entreprise*, 45, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1991, pp. 3:1-81; François AUGER, « Capital versé et surplus d'apport », dans *Colloque – Financement Nord-Américain dans la turbulence*, 115P2, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 5:1-40.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Dans ce texte, les articles de la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »)) ne seront mentionnés qu'au moment où il y a une différence entre les textes de loi.

³ L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »), Partie 1A.

⁴ L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

La notion de CV dans la *Loi sur les impôts* fait référence à la définition de cette notion dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il n'y a donc aucun article de concordance dans la *Loi sur les impôts* avec les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui rajuste le CV d'une catégorie d'actions, tels les paragraphes 85(2.1), 85.1(2.1) et 86(2.1) L.I.R.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-463R2 mentionne ceci en ce qui concerne le compte capital déclaré :

« En ce qui concerne l'émission d'actions, le compte de capital déclaré est fonction des éléments suivants :

- a) la valeur nominale des actions émises avec une valeur nominale;
- b) le montant que les administrateurs ont attribué aux actions émises sans valeur nominale ou, dans certaines juridictions, la juste valeur marchande de la contrepartie reçue pour ces actions;
- c) la réduction pour les escomptes accordés (dans les cas où cela est permis) à l'égard d'actions ayant une valeur nominale;
- d) la réduction pour les montants impayés (dans les cas où cela est permis) à l'égard de toute émission⁵.

1. RÈGLES CONCERNANT LES DIVIDENDES PRÉSUMÉS

1.1. AUGMENTATION DU CAPITAL VERSÉ

Le paragraphe 84(1) L.I.R. prévoit qu'une société résidente au Canada sera réputée avoir versé un dividende sur une catégorie d'actions lors d'une augmentation du CV de cette catégorie d'actions sans accroissement de la valeur nette de l'actif de la société d'un montant correspondant.

Chaque personne détenant une action de cette catégorie sera réputée avoir reçu un dividende égal à la proportion du dividende présumé du nombre d'actions détenues sur le nombre d'actions émises de cette catégorie.

Le dividende réputé entraîne l'augmentation du prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions en vertu de l'alinéa 53(1)b) L.I.R. Ce

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-463R2, « Capital versé », 8 septembre 1995.

rajustement a pour but d'éviter une double imposition advenant une disposition des actions.

1.2. DISTRIBUTION LORS D'UNE LIQUIDATION

Le paragraphe 84(2) L.I.R. répute qu'une société résidente au Canada verse un dividende lorsqu'elle distribue ou attribue des biens de la société à ses actionnaires lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de son entreprise. Le montant du dividende sera égal à la valeur des biens distribués sur le montant de la réduction du CV des actions de la catégorie.

Il n'y a pas de définition des termes « distribution ou attribution » dans la loi. Il semble qu'il ne soit pas nécessaire que les fonds soient remis à l'actionnaire pourvu qu'ils soient remis à une autre personne au bénéfice de l'actionnaire.

La Cour suprême du Canada dans la cause *MRN c. Merritt*⁶ a considéré qu'il y avait eu distribution des biens de la société dans le cas où les actionnaires avaient reçu des actions de la société qui avait acquis tous les actifs et le passif de leur société. La Cour a établi que les actions avaient été reçues lors de la cessation de l'exploitation de l'entreprise de la société. En effet, la vente de tous les actifs et passifs de l'entreprise constituait une « liquidation, une cessation de l'exploitation ou une réorganisation de l'entreprise ».

Les termes « liquidation, une cessation de l'exploitation ou une réorganisation de l'entreprise » ne sont pas définis dans la loi. On peut penser que la liquidation ou la cessation de l'entreprise intervient lorsque tous les actifs d'une entreprise sont cédés. La liquidation ou la cessation d'une entreprise peut avoir lieu sans qu'il y ait dissolution de la société. Il est toutefois possible que l'on cesse l'exploitation de l'entreprise sans disposer de tous les actifs.

Dans ce cas, on peut se demander si le terme « cessation d'exploitation » accompagné du terme « liquidation » implique que l'on vise une cessation d'entreprise dont tous les actifs sont cédés aux actionnaires. Nous croyons que cette conclusion est correcte. Sinon, il s'agirait d'un dividende ordinaire. En effet, on peut penser que le paragraphe 84(2) L.I.R. vient permettre la

⁶ [1942] R.C.S. 269.

remise du capital de l'actionnaire libre d'impôt dans le cas où tous les biens de la société sont distribués.

Qu'en est-il du terme « réorganisation de son entreprise »? Une réorganisation d'entreprise n'entraîne pas nécessairement la cessation d'une entreprise. Doit-on penser que l'emploi du terme « réorganisation de son entreprise » avec l'expression « la liquidation, la cessation de l'exploitation » implique nécessairement une réorganisation qui comporte une fin d'entreprise? Il me semble qu'il faudrait conclure dans ce sens.

Cette disposition de la loi intervient dans le contexte d'une distribution ou attribution de biens à un actionnaire lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de l'entreprise. Le mot « lors » implique que cette distribution doit s'effectuer dans une situation de liquidation, de cessation d'exploitation ou de réorganisation d'entreprise.

1.3. RACHAT, ACQUISITION OU ANNULATION D' ACTIONS

Le rachat des actions par une société résidente au Canada, l'acquisition des actions de cette société ou l'annulation des actions par cette société entraîne la réception d'un dividende présumé pour l'actionnaire. Le montant du dividende est égal à l'excédent de la valeur reçue sur le CV des actions tel qu'il est mentionné au paragraphe 84(3) L.I.R.

Le rachat des actions entraîne aussi la disposition des actions tel qu'il est mentionné au paragraphe 84(9) L.I.R. Le produit de disposition, tel qu'il est défini au paragraphe 54(1) L.I.R., est réduit du montant du dividende présumé.

Le rachat des actions peut déclencher une perte en capital si le PBR des actions est plus élevé que le CV des actions.

Le paragraphe 84(3) L.I.R. ne s'applique pas dans la mesure où le paragraphe 84(1) L.I.R. s'applique. De plus, l'achat par une société de ses actions sur le marché libre n'entraîne pas pour les actionnaires la réception d'un dividende présumé. Ces règles se retrouvent au paragraphe 84(6) L.I.R.

1.4. RÉDUCTION DU CAPITAL VERSÉ

La réduction du CV des actions peut produire un dividende présumé en vertu du paragraphe 84(4) L.I.R. si le montant payé pour la réduction excède le montant qui est soustrait du CV de cette catégorie d'actions.

Chaque personne qui possède des actions de cette catégorie d'actions est réputée recevoir un dividende égal à la proportion de cet excédent représentée par le nombre d'actions détenues par l'actionnaire sur le nombre d'actions émises de la catégorie.

Toute somme payée par une société publique dans le cadre d'une réduction de son CV est réputée être un dividende réputé, et ce, en vertu du paragraphe 84(4.1) L.I.R. Il n'y a pas de dividende réputé si la somme provient d'un produit de disposition réalisé en dehors du cours normal des activités de l'entreprise de la société et au cours de la période ayant commencé dans les 24 mois avant le paiement.

2. POSITIONS ADMINISTRATIVES

2.1. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 9214595⁷

Cette interprétation technique mentionnait que lorsque des actions privilégiées étaient échangées contre des actions ordinaires et qu'un choix était effectué en vertu de l'article 85 L.I.R., le paragraphe 84(1) L.I.R. présumait un dividende égal à la différence entre l'augmentation du CV des actions ordinaires sur le CV des actions privilégiées.

En effet, à cette date, le paragraphe 84(1) L.I.R. s'appliquait au moment de l'émission des actions et le paragraphe 85(2.1) L.I.R. s'appliquait après l'émission des actions.

Le paragraphe 85(2.1) L.I.R. a été modifié en 1994 pour s'appliquer au moment de l'émission des actions et après l'émission des actions. La réduction du capital-actions est donc effectuée au moment de l'émission des actions et aucun dividende présumé en vertu du paragraphe 84(1) L.I.R. ne découle d'un tel échange d'actions.

2.2. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 9530410⁸

Une société qui augmente son CV d'une catégorie de ses actions dans le but de cristalliser son revenu protégé est présumée avoir versé un dividende

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9214595, 23 septembre 1992.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9530410, 6 décembre 1995.

à son actionnaire en vertu du paragraphe 84(1) L.I.R. S'il advient que le calcul du revenu protégé soit surestimé, l'excédent du dividende présumé sur le montant du revenu protégé sera caractérisé comme un produit de disposition aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R. Il en résultera un gain en capital.

Le montant du dividende présumé du paragraphe 84(1) L.I.R. augmente le PBR des actions en vertu de l'alinéa 53(1)b) L.I.R. Or, dans le cas où une partie du dividende est caractérisée comme un produit de disposition, le PBR des actions n'est pas augmenté de ce montant. Le coût des actions en vertu du paragraphe 52(1) L.I.R. n'est pas augmenté de ce montant parce qu'il n'y a pas acquisition d'un bien. Il s'ensuit qu'advenant la vente des actions dans une autre année d'imposition, il y aura double imposition de ce montant.

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») soutient que, si la disposition des actions intervient dans la même année d'imposition, le montant qui n'est pas réputé être un dividende ne sera pas présumé être un produit de disposition parce qu'il est déjà inclus dans le produit de disposition. Il n'y aura pas double imposition de ce montant dans ce cas.

2.3. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2002-0146655⁹

Une société veut réduire le CV d'une catégorie d'actions sans effectuer de distribution aux actionnaires. La société veut convertir le CV en surplus d'apport. Le but de cette transaction est de permettre à la société de satisfaire au test de solvabilité en vue de verser un dividende. La société est déficitaire à cette date.

Par après la société veut transférer son surplus d'apport en CV au moment où le surplus d'apport est plus élevé que le déficit.

La société soutient que le sous-alinéa 84(1)c.3)(iii) L.I.R. s'applique de façon que cette conversion ne résulte pas dans l'imposition d'un dividende présumé.

Cette disposition permet de convertir un surplus d'apport en CV dans la mesure où le surplus d'apport provient d'une réduction du CV d'une catégorie d'actions. Il n'y a aucun dividende présumé qui découle de cette transaction.

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0146655, 30 octobre 2002.

L'ARC a pris la position que la société ne pouvait créer un surplus d'apport lorsque la société est en déficit. De ce fait, la conversion d'un déficit en CV n'est pas une exception prévue à l'alinéa 84(1)c.3) L.I.R. et entraîne donc l'imposition d'un dividende réputé.

2.4. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2002-0168815¹⁰

Un individu acquiert des actions pour une somme de 1 \$. Le PBR des actions est de 1 \$. Le CV des actions est de 10 000 \$.

La société réduit le CV des actions de 9 999 \$. Aucun dividende présumé ne résulte de cette transaction en vertu du paragraphe 84(1) L.I.R.

Le PBR des actions est réduit de 9 999 \$, et ce, conformément au sous-alinéa 53(2)a)(ii) L.I.R. Il résulte de cette transaction un PBR négatif de 9 998 \$. Le paragraphe 40(3) L.I.R. prévoit qu'un PBR négatif donne lieu à l'imposition d'un gain en capital.

2.5. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2002-0176455¹¹

L'interprétation technique repose sur les faits suivants :

M. A détient des actions d'Aco qui ont un PBR et un CV de 30 \$. Aco détient les actions d'Opco qui ont un PBR et un CV de 30 \$. Bco détient des actions d'Opco qui ont un PBR et un CV de 70 \$. M. A et Aco ne sont pas liés à Bco.

M. A transfère les actions d'Aco d'une valeur de 300 \$ à Opco. Opco émet en contrepartie 30 actions d'Opco. M. A inclut dans son revenu un gain en capital de 270 \$ et utilise son exemption de gain en capital de 270 \$. Il n'en résulte aucune imposition.

La société Aco est liquidée dans Opco.

L'article 84.1 L.I.R. ne s'applique pas parce qu'Opco et M. A ne sont pas liés.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0168815, 14 février 2003.

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0176455, 17 février 2003.

Le paragraphe 84(1) L.I.R. ne s'applique pas parce que l'augmentation du CV des actions émis à M. A correspond à l'augmentation de la valeur nette des actifs d'Opc, soit la valeur des actions d'Aco de 300 \$.

Cela est vrai dans la mesure où M. A fait le choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. que le montant convenu est égal à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions d'Aco, soit 300 \$, puisque le paragraphe 85(2.1) L.I.R. s'appliquera et il n'en résultera aucune réduction du CV des actions émises par Opc.

Si le choix du paragraphe 85(1) L.I.R. n'avait pas été effectué, l'article 85.1 L.I.R. se serait appliqué et le paragraphe 85.1(2.1) L.I.R. aurait réduit le CV des actions d'Opc émises à M. A au CV des actions transférées.

L'ARC a émis l'opinion que ce genre de transaction qui a pour but de distribuer les surplus d'une société sans imposition pourrait faire l'objet de l'application des dispositions suivantes : le paragraphe 84(2) et l'article 245 L.I.R.

2.6. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2003-0043517¹²

Un individu transfère des biens à une société à une valeur supérieure à leur JVM. Le bien transféré a une valeur de 5 000 \$ et la contrepartie reçue est de 6 000 \$ et des actions de la société dont le CV est de 1 000 \$ et leur valeur est de 1 500 \$.

L'actionnaire sera imposé sur un dividende présumé de 1 000 \$, soit l'augmentation du CV de la catégorie d'actions : 1 000 \$ moins l'augmentation nette de la valeur des actifs de la société (5 000 \$ - 6 000 \$).

L'actionnaire sera imposé sur un avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. de 1 500 \$, soit le montant des biens reçus (6 000 \$ + 1 500 \$) sur le montant du dividende (1 000 \$) et le bien transféré (5 000 \$).

Les chiffres sont ceux de l'exemple donné dans le *Bulletin d'interprétation IT-432R2*¹³.

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0043517, 28 janvier 2004.

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-432R2*, « Avantages accordés à des actionnaires », 10 février 1995, par. 7.

Le dividende réputé sera réparti entre les actionnaires de la catégorie d'actions, et ce, même s'ils n'ont rien reçu.

2.7. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2008-0293401E5¹⁴

La question demandée est de savoir si le paragraphe 84(1) L.I.R. a priorité sur les paragraphes 85(2.1), 51(3), 85.1(2.1) et 86(2.1) L.I.R.?

On mentionne ce qui suit relativement à cette question :

« Lorsqu'un bien transféré, dans le cadre d'une opération à laquelle le paragraphe 85(1) s'applique, consiste en une action de la société cessionnaire dont le capital versé est inférieur au capital déclaré de l'action émise en contrepartie, l'augmentation provisoire du capital versé peut donner lieu à un dividende réputé en vertu du paragraphe 84(1). Le paragraphe 85(2.1), tel que modifié en 1994, s'applique tant au moment de la disposition d'un bien en faveur d'une société, qu'après ce moment. Par conséquent, la réduction du capital versé effectué par l'application du paragraphe 85(2.1) est prise en compte dans le calcul du montant de tout dividende réputé en vertu du paragraphe 84(1) à l'égard d'une opération donnée¹⁵. »

Les paragraphes 51(3) et 86(2.1) L.I.R. s'appliquent tant au moment de l'échange qu'au moment suivant. La réduction du CV de ces paragraphes doit être prise en compte dans le calcul du montant de dividende réputé du paragraphe 84(1) L.I.R. Seul le paragraphe 85.1(2.1) L.I.R. n'a pas été modifié en ce sens. Il faut donc porter une attention particulière dans un échange d'actions pour lequel l'article 85.1 L.I.R. s'applique.

2.8. INTERPRÉTATION TECHNIQUE 2008-026618117¹⁶

Une société non résidente du Canada est le seul actionnaire d'une société résidente du Canada. La société résidente réduit son CV des actions émises et remet le capital à la société non résidente. Lors d'une vérification par l'ARC, le calcul du CV est révisé à la baisse.

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0293401E5, 26 février 2009.

¹⁵ *Id.*, pp. 4-5.

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-026618117, 28 février 2008.

La société résidente prétend que l'excédent du montant distribué sur le montant du CV ne peut pas constituer un dividende réputé au sens du paragraphe 84(4) L.I.R. parce qu'il a été versé par erreur.

Selon le contribuable, l'ARC devrait appliquer la pratique administrative qu'elle utilise pour les rajustements secondaires en matière de prix de transfert. Le paiement excédentaire devrait être traité comme une avance selon le paragraphe 15(2) L.I.R. La société non résidente aurait un an suivant la fin d'année d'imposition du prêt pour rembourser l'avance. Dans le cas contraire, l'alinéa 214(3)a) L.I.R. s'appliquerait pour réputer le montant de l'avance être un dividende payé par la société canadienne à la société non résidente et la retenue à la source serait applicable à ce montant.

L'ARC conclut que, s'il s'agit d'une erreur honnête, elle n'appliquera pas le paragraphe 84(4) L.I.R. Le montant payé en excédent du montant du CV sera considéré comme un prêt sans intérêt à la société non résidente. Le Ministère appliquera le paragraphe 17(1) L.I.R. pour inclure un montant de revenu correspondant au taux d'intérêt prescrit sur le montant de la dette dans le revenu de la société canadienne.

3. JURISPRUDENCE

3.1. AFFAIRE L. MARK EVANS C. LA REINE¹⁷

3.1.1. Les faits

D^f Evans est dentiste et il exploite sa pratique professionnelle par l'entremise de sa société 117679 Alberta Ltd. (ci-après « 117679 »). Le 2 décembre 1996, 117679 émet à D^f Evans un dividende en actions de 487 actions catégorie B rachetable à 1 000 \$ l'action. Le jour suivant, D^f Evans vend ces actions à une société en commandite dont le commandité est son épouse et les commanditaires, ses enfants. La contrepartie reçue est un billet à ordre de 487 000 \$ portant intérêt à 5 %.

Le gain en capital de D^f Evans est annulé par la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») du même montant. La société 117679 paie des dividendes à la société en commandite, qui s'en sert pour payer le billet à ordre. L'impôt payé par les enfants sur les dividendes était très minime. La société en commandite paie des intérêts au D^f Evans et ce dernier les inclut dans son revenu.

¹⁷ 2005 D.T.C. 1762 (C.C.I.).

3.1.2. Le litige

Le Ministère considère la transaction comme un dépouillement de revenu et cotise le montant du billet reçu par D^r Evans comme un dividende en vertu de l'article 245 L.I.R.

3.1.3. La décision

Le juge Bowman analyse de la façon suivante l'application de l'article 245 L.I.R. :

« [...] L'approche relative à l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut se résumer ainsi.

1. Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAÉ s'applique :

(1) il doit exister un *avantage fiscal découlant d'une opération* ou d'une série d'opérations dont l'opération fait partie (par. 245(1) et (2));

(2) l'opération doit être une *opération d'évitement* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'elle est principalement effectuée pour un objet véritable - l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

(3) il doit y avoir eu *évitement fiscal abusif* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable.

2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.

3. S'il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable [...] ¹⁸. »

Le jugement donne raison au contribuable pour les motifs suivants :

Aucune de ces transactions ne va à l'encontre de l'objet ou de l'esprit de la loi.

Les transactions ne manquent pas de substance économique dans le sens que les relations entre les parties sont réelles et légales.

¹⁸ *Id.*, par. 13.

Si l'on devait considérer ces transactions comme abusives, on détruirait le droit des contribuables de tirer avantage de la loi qui lui confère des bénéfices.

Selon le juge, le Ministère ne s'est pas déchargé du fardeau de la preuve qu'il y a eu abus dans l'application des dispositions de la loi que le contribuable a utilisées.

3.2. AFFAIRE BHAGAT RAM PALLAN, SADI RAM PALLAN ET JAGHT RAM PALLAN C. MRN¹⁹

3.2.1. Les faits

Les trois contribuables ainsi que plusieurs compagnies familiales ont signé des ententes dans le but de régler des différends familiaux. Dans le cadre de ces transactions, des actions appartenant aux trois contribuables furent rachetées.

3.2.2. Le litige

Le Ministère cotise chacun des trois contribuables et inclut dans leur revenu un dividende réputé provenant du rachat des actions. Les contribuables s'opposent à cette inclusion au motif qu'ils n'ont jamais eu l'intention de procéder au rachat des actions.

3.2.3. La décision

La Cour canadienne de l'impôt ne donne pas gain de cause aux contribuables. Les contribuables ne peuvent répudier les contrats préparés par leurs avocats et dûment signés par eux.

3.3. AFFAIRE LILIAN V. GILMOUR C. LA REINE²⁰

3.3.1. Les faits

Une compagnie avait versé le surplus de capital en main à son actionnaire en anticipation de sa prochaine liquidation. Cette compagnie désirait vendre les actions qu'elle détenait dans une compagnie.

¹⁹ 90 D.T.C. 1102 (C.C.I.).

²⁰ 81 D.T.C. 5322 (C.F.).

3.3.2. Le litige

Le Ministère cotise la distribution de fonds comme un dividende réputé.

3.3.3. La décision

Le fait que la compagnie ait donné des garanties à l'acheteur des actions ne crée pas un passif attaché au fonds qu'elle a distribué à ses actionnaires en anticipation de sa liquidation. Les garanties accordées n'empêchent pas que les fonds avancés aux actionnaires soient considérés comme des distributions au sens de l'article 81 L.I.R. (ancien art. 84 L.I.R.).

3.4. *AFFAIRE DALE MACCALA C. LA REINE*²¹

3.4.1. Les faits

Une compagnie est liquidée et ses actifs sont transférés à son actionnaire.

3.4.2. Le litige

Le Ministère prétend que les fonds distribués à l'actionnaire constituent une distribution de fonds lors d'une liquidation et sont imposables comme un dividende réputé en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R. Le contribuable prétend que les fonds reçus sont un remboursement de prêt effectué à la compagnie.

3.4.3. La décision

Il a été prouvé que la compagnie était endettée envers son actionnaire. Les fonds distribués constituaient un remboursement de dette et non pas une distribution dans le cadre d'une liquidation.

²¹ 95 D.T.C. 398 (C.C.I.).

3.5. AFFAIRE *RMM CANADIAN ENTERPRISES INC. ET EQUILEASE CORPORATION c. LA REINE*²²

3.5.1. Les faits

Entreprise canadienne (ci-après « EC ») est une société non résidente qui détient toutes les actions d'Equilease (ci-après « EL »), qui détient à son tour Equilease Corporation (ci-après « ELC »). RMM Canadian Enterprises inc. (ci-après « RMM »), une société résidente du Canada, achète toutes les actions d'EL. Elle finance son achat par un emprunt à une banque de Chicago. Par après l'entreprise EL est liquidée dans RMM, et ELC et RMM fusionnent. Les liquidités d'EL et d'ELC sont utilisées par RMM pour rembourser son emprunt. Le gain en capital d'EC n'est pas imposable au Canada en vertu de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*²³.

3.5.2. Le litige

Le Ministère cotise EC et caractérise les sommes reçues de RMM comme une distribution de fonds d'EL, qui intervient lors de la liquidation de celle-ci. Ces montants sont cotisés comme un dividende réputé en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R.

3.5.3. La décision

La Cour canadienne de l'impôt ne donne pas gain de cause à EC. La Cour considère que la société RMM n'est pas impliquée dans le genre d'entreprise exploitée par EL et ELC. La Cour est d'opinion que RMM agit à titre de mandataire pour EC dans le but de distribuer les fonds d'EL à EC sans implication fiscale canadienne. Le paragraphe 84(2) L.I.R. s'applique puisqu'il y a attribution des fonds d'EL à EC. La Cour applique le paragraphe 215(3) L.I.R. pour tenir responsable RMM des retenues à la source à remettre sur le dividende réputé payé par RMM à AC.

La Cour soutient de plus que, si cette logique n'est pas valable, l'article 245 L.I.R. trouverait application puisque, selon la Cour, cette transaction est purement fiscale.

²² 97 D.T.C. 302 (C.C.I.) (ci-après « *RMM Canadian Enterprises inc.* »).

²³ S.C. 1984, c. 20 et mod.

3.6. AFFAIRE *DENNIS GERANSKY C. LA REINE*²⁴

3.6.1. Les faits

Deux frères sont actionnaires moitié-moitié d'une société de gestion Geransky Holding Ltd. (ci-après « GH »). GH détient toutes les actions d'une société Geransky Brothers Construction Ltd. (ci-après « GBC »), qui exploite une entreprise de béton. Il a été décidé de ne plus exploiter une usine de ciment et une entente est prise avec la société Lafarge pour que celle-ci achète l'usine de ciment. La transaction est structurée de la façon suivante :

- 1) Les deux frères vendent chacun 40 actions catégorie A de GH à une nouvelle société 606103 Saskatchewan Ltd. (ci-après « 606103 »). Ils reçoivent en contrepartie chacun 100 actions catégorie A de 606103 rachetables à 477 450 \$.
- 2) Lafarge achète de GBC un terrain et un entrepôt pour 200 000 \$. GBC paie un dividende en nature de 1 M\$ à GH et transfère l'usine de ciment à GH.
- 3) GH rachète les 80 actions détenues par 606103 pour 1 M\$ et transfère l'usine de ciment à 606103.
- 4) Lafarge achète de chacun des deux frères les 100 actions catégorie A de 606103 pour 477 450 \$.

3.6.2. Le litige

Le Ministère prend la position que les frères ont reçu un dividende présumé de 477 450 \$ en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R. ou que la transaction est une transaction d'évitement en vertu de l'article 245 L.I.R.

3.6.3. La décision

Le paragraphe 84(2) L.I.R. n'est pas applicable parce qu'il n'y a pas eu de cessation d'entreprise, de liquidation ou de réorganisation d'entreprise. GH et GBC ont continué d'exploiter leur entreprise respective, soit celle de placement et d'entreprise de béton. Même si on voulait prétendre qu'il y a eu

²⁴ 2001 D.T.C. 243 (C.C.I.) (ci-après « *Geransky* »).

réorganisation d'entreprise de GBC compte tenu de la vente d'actifs, les deux frères ne sont pas des actionnaires de GBC. De plus, aucun fonds de GBC ou de GH n'a été distribué aux deux frères. Il s'agit de l'argent de Lafarge. Lafarge n'agit pas à titre de facilitateur. Il y a une transaction commerciale véritable.

Les règles antiévitement ne s'appliquent pas parce qu'il s'agit d'une transaction commerciale structurée pour payer le moins d'impôt possible. On ne peut pas dire qu'il y a eu abus dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'article 55 L.I.R. s'est appliqué au rachat des actions de GH et il y a eu des impôts de payer sur la récupération.

3.7. AFFAIRE WILLIAM J. MC NICHOL, JONATHAN G. CHAES, PETER F. BLAIR ET GARRY B. MACLEAN C. LA REINE²⁵

3.7.1. Les faits

Quatre avocats détiennent en parts égales les actions de la société Bec Holding Corporation Limited (ci-après « B »). En janvier 1989, B vend l'immeuble dans lequel les avocats exerçaient leur pratique. En mars 1989, les actionnaires vendent leurs actions de B à la société Beformac Inc. (ci-après « H ») pour une somme de 300 000 \$. Chacun des actionnaires déclare un gain en capital de 75 000 \$ et demande la DGC. La société H emprunte pour payer le prix de vente et donne en garantie les biens de B. Les biens de la société B sont constitués seulement de liquidités. Peu de temps après, les sociétés H et B fusionnent. La société H rembourse le prêt.

3.7.2. Le litige

Le Ministère cotise chacun des actionnaires en alléguant que le produit de disposition constitue un dividende présumé lors de la liquidation ou la réorganisation de B en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R. ou un dividende présumé en vertu de l'article 84.1 L.I.R.

3.7.3. La décision

Le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'applique pas. Les fonds reçus par les actionnaires n'appartiennent pas à B, mais à H. L'article 84.1 L.I.R. ne s'applique pas parce que les actionnaires et H ne sont pas liés. L'article 245

²⁵ 97 D.T.C. 111 (C.C.I.) (ci-après « *Mc Nichol* »).

L.I.R. s'applique parce que la transaction a été effectuée pour profiter d'un avantage fiscal. Les actionnaires pouvaient distribuer les fonds de B sous forme de dividende de liquidation. Ils ont préféré vendre leurs actions à une autre société dans le but de ne pas payer d'impôt. La vente des actions n'avait pas d'autre objet que celle de créer un avantage fiscal.

3.8. AFFAIRE ROBERT McMULLEN C. LA REINE²⁶

3.8.1. Les faits

M. McMullen était actionnaire moitié-moitié avec M. DeBruyn dans la société DeBruyn McMullen Enterprises Ltd. (ci-après « DMEL »). Cette société exploitait une entreprise de chauffage et climatisation dans deux régions, Belleville et Kingston. À la suite d'un différend, ils décidèrent de se séparer les entreprises.

La réorganisation fut effectuée ainsi :

- 1) DMEL changea de nom pour devenir DeBruyn Entreprises Ltd. (ci-après « DEL »).
- 2) Les actions ordinaires furent reclassifiées en actions catégorie A échangeables en actions catégorie B (ordinaires).
- 3) M. DeBruyn a converti ses 100 actions catégorie A en actions catégorie B.
- 4) M. McMullen a vendu ses 100 actions catégorie A à 1149530 Ontario (ci-après « 114 »), une société détenue à 100 % par la conjointe de M. DeBruyn pour une contrepartie de 150 000 \$.
- 5) DEL a payé un dividende de 150 000 \$ aux actionnaires des actions de catégorie A.
- 6) 114 a payé le prix de vente de 150 000 \$ avec le montant du dividende.
- 7) M. McMullen a capitalisé sa société HHCI avec 150 000 \$.

²⁶ 2007 D.T.C. 286 (C.C.I.) (ci-après « McMullen »).

- 8) HHCI a acheté de DEL les actifs de l'entreprise de Kingston pour une somme de 431 500 \$. Elle a versé 150 000 \$ à DEL.
- 9) DEL a remboursé le prêt de 150 000 \$.
- 10) M. McMullen a déclaré un gain en capital sur la vente de ses actions et utilise la DGC pour annuler le gain en capital.

3.8.2. Le litige

Le Ministère cotise le produit de disposition reçu par M. McMullen comme un dividende réputé en vertu du paragraphe 84(2) et de l'article 84.1 L.I.R. ou les dispositions antiévitements de l'article 245 L.I.R.

3.8.3. La décision

Le juge analyse s'il y a réorganisation au sens du paragraphe 84(2) L.I.R. Il mentionne que, dans la cause *Merritt c. MRN*²⁷, le juge Maclean était d'opinion que les mots « liquidation, cessation ou réorganisation » étaient des termes commerciaux et non légaux. La Cour suprême du Canada entérina cette position dans la cause *Smythe et autres c. MRN*²⁸.

La division de Kingston a été vendue à la société détenue par M. McMullen et sa conjointe. La division de Belleville était exploitée par M. Debruyne et sa conjointe. Selon le juge, il y a eu vente d'entreprise à une tierce partie. On renvoie à la cause *Geransky* dans laquelle la société avait cessé d'exploiter son plan de ciment et on n'a pas considéré qu'il y avait eu réorganisation. Le juge conclut donc qu'il n'y a pas de réorganisation et que le paragraphe 84(2) L.I.R. n'est pas applicable.

L'article 84.1 L.I.R. ne s'applique pas, selon le juge Lamarre, parce que les parties avaient des intérêts économiques divergents depuis le moment où ils ont décidé de ne plus exploiter l'entreprise ensemble. Ils n'agissent pas de concert. Le fait qu'ils aient été conseillés par le même comptable ne change pas la situation. Le juge cite le juge Bonner : « Buyer and seller do not act in concert simply because the agreement which they seek to achieve can be expected to benefit both²⁹. »

²⁷ [1942] 2 D.L.R. 465.

²⁸ [1970] R.C.S. 64, 71.

²⁹ *McMullen*, précité, note 26, 293.

En ce qui concerne la règle antiévitement, le juge fait l'analyse suivante : la série de transactions avait un but commercial, soit celui de mettre fin à leur exploitation commune de l'entreprise. Le but de la transaction n'était pas celui d'obtenir un avantage fiscal. Il n'y a pas abus dans l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour ces motifs, la règle antiévitement n'est pas applicable.

3.9. AFFAIRE DANIELLE VAILLANCOURT TREMBLAY, SUCCESSION HÉLÈNE TREMBLAY, GÉRARD TREMBLAY ET MARTIN TREMBLAY C. LA REINE³⁰

3.9.1. Les faits

La famille Martin a détenu une entreprise de câblodistribution, Télésag inc. par le biais d'une société de gestion Les Placements M.H.T. inc. (ci-après « MHT »). En 1989, MHT a vendu les actions de Télésag à la société Le Groupe Vidéotron (ci-après « Vidéotron »). La transaction s'est effectuée selon un roulement de l'article 85 L.I.R. et MHT a reçu en contrepartie des actions privilégiées de Vidéotron.

En 1994, la famille Martin procède à une réorganisation avec l'aide de Vidéotron. Le 2 février 1994, la famille incorpore la société 9000-8855 Québec inc. (ci-après « 8855 »). Le 15 février 1994, la famille Martin vend ses actions de MHT à 8855 par voie de roulement de l'article 85 L.I.R. Elle reçoit des actions de catégorie A.

Le 16 février 1994, MHT transfère ses actions privilégiées et des débentures de Vidéotron à 8855 par voie de roulement de l'article 85 L.I.R.

Le 6 avril 1994, la famille Martin échange ses actions de 8855 contre des actions de Vidéotron. Cet échange s'effectue en vertu de l'article 85.1 L.I.R.

Le 6 avril 1994, Vidéotron procède à la liquidation de 8855. Les actions privilégiées et les débentures détenues par 8855 ont été annulées avec la liquidation.

La famille Tremblay se retrouve avec des actions de Vidéotron.

³⁰ 2009 D.T.C. 1043 (C.C.I.).

3.9.2. Le litige

Le 30 décembre 2004, le ministre du Revenu national inclut dans le revenu de chaque membre de la famille Tremblay pour l'année 1994 un dividende réputé de plusieurs millions de dollars en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R.

Le Ministère soutient que l'échange d'actions entre Vidéotron et 8855 faisait partie d'une transaction qui a permis à 8855 de distribuer ses actifs à la famille Tremblay. Il soutient que l'émission de nouvelles actions de Vidéotron lors de l'échange a le même effet que si 8855 avait liquidé ses actifs dans les mains de la famille Tremblay. 8855 détenant elle aussi des actions de Vidéotron.

La famille Martin prétend que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'applique pas.

3.9.3. La décision

Le juge Favreau analyse le paragraphe 84(2) L.I.R. et mentionne ce qui suit :

« Pour que le paragraphe 84(2) puisse s'appliquer en l'espèce, il faut que des fonds ou des biens de 8855 aient été "distribués ou autrement attribués, de quelque façon que ce soit" aux appelants ou à leur profit "lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation"³¹. »

Ces expressions selon le juge Bowman dans la cause *RMM Canadian Entreprises inc.* « ont une portée fort large et visent un bon nombre de façons de remettre aux actionnaires les fonds de l'entreprise »³².

Le juge souligne que « d'un point de vue purement technique, les actions subalternes que les appelants ont reçues en échange ne sont pas de biens identiques à ceux détenus par la société 8855 ».

Le fait que les actions de Vidéotron détenues par 8855 étaient convertibles en actions subalternes telles que celles qui ont été reçues par la famille Tremblay lors de l'échange n'en fait pas des biens identiques.

³¹ *Id.*

³² Précité, note 22.

Les actions émises à la famille Tremblay étaient de nouvelles actions du Trésor.

On note de plus que Vidéotron n'était pas un facilitateur du même type que celui utilisé dans la cause *RRM Canadian Enterprises inc.*

Pour tous ses motifs, le juge en vient à la conclusion que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'applique pas.

3.10. AFFAIRE COPTHORNE HOLDINGS LTD. C. LA REINE³³

3.10.1. Les faits

La famille Li a investi 96 736 845 \$ dans la société canadienne VHHC Investments. Cette dernière société a acheté des actions d'une autre société canadienne VHHC Holding pour une somme de 67 401 279 \$.

VHHC Holding détenait les actions de Husky Oil Ltd. (ci-après « Husky ») par une filiale, VHSUB. Le prix des actions de Husky avait baissé et VHSUB avait une perte en capital latente. Copthorne I avait un gain en capital important à la suite de la vente d'un hôtel. Une série de transactions intervient en vue de consolider la perte en capital des actions de Husky dans Copthorne I dans le but d'annuler son gain en capital.

Une autre série de transactions intervient en vue d'additionner le CV de VHHC Investment avec celui de VHHC Holding. Pour ce faire, une nouvelle société est créée dans le but de fusionner les deux compagnies sœurs VHHC Investment et Copthorne II (issue d'une fusion des sociétés VHHC Holding et Copthorne I). La nouvelle société se nomme Copthorne III.

Par la suite, Copthorne III rachète ses actions pour un montant égal au CV. Aucun dividende réputé ne résulte de cette transaction en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R.

3.10.2. Le litige

Le ministre cotise Copthorne III pour un impôt sur la Partie XIII L.I.R. sur le dividende réputé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. En effet, le ministre refuse l'addition des deux CV et prétend que la règle antiévitement

³³ 2009 D.T.C. 5101 (C.A.F.) (ci-après « *Copthorne Holdings* »).

s'applique pour refuser l'addition des deux CV à la suite de la fusion des compagnies sœurs.

3.10.3. La décision

La Cour d'appel fédérale en vient à la conclusion suivante :

- qu'il y a deux séries de transactions et qu'elles sont liées;
- que la vente par Cophorne I des actions de VHHC Holding à sa société mère avait comme seul but de permettre la fusion de deux sociétés sœurs et qu'il s'agissait d'une opération d'évitement. Le but de cette transaction n'était pas simplement la consolidation des pertes et la simplification de la structure des sociétés;
- qu'il y a avantage fiscal découlant de la série de transactions qui a été mise en place pour permettre de calculer deux fois le CV des actions;
- qu'il y a abus dans l'application des dispositions de la loi dans le calcul du CV du paragraphe 89(1) L.I.R. et dans celui du calcul du dividende réputé du paragraphe 84(3) L.I.R.

3.11. **AFFAIRE COLLINS & AIKMAN PRODUCTS Co., COLLINS & AIKMAN CANADA INC., ET COLLINS & AIKMAN HOLDINGS CANADA INC. c. LA REINE**³⁴

3.11.1. Les faits

Collins & Aikman Products Co. (ci-après « Products »), une compagnie américaine, détient des actions de Collins & Aikman Holdings Ltd. (ci-après « CAHL »). Le CV et le PBR de ces actions étaient de 475 000 \$. CAHL est une compagnie non résidente. En 1994, une compagnie canadienne est créée. Il s'agit de la compagnie Collins & Aikman Holdings Canada inc. (ci-après « Holdings »).

Un mois plus tard, Products transfère ses actions de CAHL à Holdings en contrepartie des actions ordinaires de Holdings. La valeur des actions transférées est de 167 M\$. Un montant de 167 M\$ est crédité au capital

³⁴ 2009 D.T.C. 1179 (C.C.I.).

déclaré des actions ordinaires de Holdings. Aucun impôt n'est payé par Products sur la disposition d'actions.

CAHL et deux autres compagnies canadiennes du groupe de sociétés fusionnent et forment la compagnie Collins & Aikman Canada inc. (ci-après « C & A »). Cette compagnie devient résidente du Canada.

Peu de temps après, C & A paye un dividende de 104 M\$ à Holdings. Holdings distribue la somme de 104 M\$ à Products, la société mère américaine. La distribution prend la forme de réduction de CV des actions pour une somme de 104 M\$.

3.11.2. Le litige

Le ministre par le biais du paragraphe 152(1.11) L.I.R. a réduit le CV des actions de Holdings à environ 475 000 \$ et a réduit le PBR des actions de Holdings à 475 000 \$, soit le CV et le PBR des actions de CAHL. Le ministre cotise Holdings pour un impôt de la Partie XIII L.I.R. sur un dividende réputé égal à l'excédent de 104 M\$ sur le CV de 475 000 \$ des actions tel qu'il a été réduit. Le ministre cotise aussi C & A pour l'impôt de la Partie XIII L.I.R. parce qu'il agit à titre d'agent pour Holdings dans le paiement du dividende à Products.

3.11.3. La décision

Le juge analyse la question de savoir s'il y avait un stratagème dans le but de distribuer des revenus libres d'impôt. Sur ce point, il mentionne que les décisions auxquelles le ministre fait référence ont été rendues avant la décision de la Cour suprême du Canada dans la cause *Canada Trustco Mortgage Company c. Canada*³⁵.

Depuis cette décision, le juge Bonner mentionne dans la cause *Evans c. La Reine*³⁶ que le ministre ne peut appliquer l'article 245 L.I.R. en se basant sur le principe que toute distribution aux actionnaires doit être imposée comme un dividende en ignorant l'application spécifique des dispositions de la loi.

³⁵ 2005 D.T.C. 5523 (ci-après « *Canada Trustco* »).

³⁶ 2005 D.T.C. 1762.

Le juge analyse si cette transaction avait comme conséquence de frustrer l'esprit du paragraphe 84(4) L.I.R. Le juge analyse chaque étape de la transaction et en vient à la conclusion qu'il n'y a pas d'abus dans l'application de la loi.

Le produit de disposition des actions de Products était de 167 M\$.

Le coût des actions reçues en contrepartie était de 167 M\$.

Holdings a inclus 167 M\$ dans le capital déclaré des actions données en contrepartie.

Le CV des actions de Holdings pour Products était de 167 M\$.

Le coût des actions de CAHL pour Holdings était de 167 M\$.

La Couronne soutenait qu'il n'y avait pas de nouvel argent investi dans Holdings de la part de Products. Le juge répond à cela qu'il n'est pas seulement question dans la loi d'argent, mais de valeur. Les actions de CAHL représentaient une valeur.

Le fait que l'article 212.1 L.I.R. ne se soit pas appliqué parce que les actions de CAHL étaient des actions de compagnie non résidente ne peut constituer un abus parce que CAHL avait cessé d'être une compagnie résidente au Canada depuis 1961, donc bien avant la réorganisation.

Le fait que la disposition des actions de CAHL par Products n'ait pas donné lieu à une imposition parce que la compagnie résidait dans un pays où très peu d'impôts sont prélevés ne modifie pas l'application des dispositions de la loi canadienne. Si la CAHL avait été incorporée aux États-Unis, les conséquences auraient été les mêmes.

Bien qu'il soit évident que la réorganisation des sociétés ait été planifiée dans l'optique de payer le moins d'impôt possible, elle ne comporte pas un degré d'artificialité qui justifie de la considérer comme un *loophole or gimmick in common parlance*.

CONCLUSION

L'article 84 L.I.R. permet de distribuer des fonds de la société jusqu'à concurrence du CV des actions de la catégorie sans implication fiscale. Une distribution de fonds en excédent du CV des actions de la catégorie donne lieu à l'imposition d'un dividende réputé.

La revue de la jurisprudence nous permet de constater que les autorités fiscales ont tenté à plusieurs reprises d'appliquer les dispositions de l'article 84 L.I.R. dans le but d'imposer des distributions de fonds de la société. Toutefois, les tribunaux ont décortiqué les conditions d'application de chacun des paragraphes de cet article pour en conclure que l'article ne trouvait pas application en l'occurrence. Les autorités fiscales ont dû se tourner vers l'application du paragraphe 245(2) L.I.R. pour imposer les distributions de fonds de la société.

On remarque une certaine évolution dans l'application de l'article 84 L.I.R. en relation avec celle du paragraphe 245(2) L.I.R. Depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada Trustco*³⁷, les tribunaux appliquent rigoureusement les critères de l'article 84 L.I.R. et ce n'est que si la transaction entraîne un abus de l'esprit et de l'objet de l'article 84 L.I.R. que la Cour intervient par le biais du paragraphe 245(2) L.I.R. pour empêcher la distribution de fonds de la société libre d'impôt. Le plus bel exemple de cela est la décision rendue dans l'affaire *Cophorne Holdings* où la Cour d'appel fédérale refuse de permettre l'addition du CV des actions de la société mère et de celui de la filiale.

Il sera intéressant de suivre la jurisprudence et de voir les décisions qui ont été rendues dans des causes comme celles de *Mc Nichol*³⁸ et de *RMM Canadian Enterprises*³⁹ où l'on utilise une société de complaisance pour permettre la distribution des fonds d'une société libre d'impôt.

³⁷ *Id.*

³⁸ Précité, note 25.

³⁹ Précité, note 22.

LA FISCALITÉ MANUFACTURIÈRE, UN SECTEUR À REDÉCOUVRIR



Guy Carboneau
CA, M. Fisc.
Mazars Harel Drouin, s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 19:5

1. DÉFINITION 19:5

2. FÉDÉRAL..... 19:7

2.1. DÉDUCTION POUR BÉNÉFICES DE FABRICATION ET TRANSFORMATION 19:7

 2.1.1. Formule de base..... 19:8

 2.1.2. Éléments de planification 19:9

2.2. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL 19:10

 2.2.1. Activités admissibles..... 19:10

 2.2.2. Dépenses admissibles 19:11

 2.2.3. Crédit d'impôt 19:13

3.	QUÉBEC	19:15
3.1.	DÉDUCTIONS RELATIVES AUX ENTREPRISES DE FT DANS LES RÉGIONS RESSOURCES	19:15
3.1.1.	Société admissible	19:16
3.1.2.	Employés admissibles	19:16
3.1.3.	Déductions.....	19:17
3.2.	DÉDUCTION – TAXE SUR LE CAPITAL POUR LES SOCIÉTÉS MANUFACTURIÈRES	19:18
3.3.	CRÉDIT D’IMPÔT POUR LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL	19:19
3.3.1.	Crédit d’impôt remboursable pour les salaires	19:20
3.3.2.	Crédit d’impôt remboursable pour la recherche universitaire ou pour la recherche effectuée par un centre de recherche ou par un consortium de recherche	19:21
3.3.3.	Crédit d’impôt remboursable concernant les droits ou cotisations versés à un consortium de recherche admissible.....	19:21
3.3.4.	Crédit d’impôt remboursable pour la recherche précompétitive en partenariat privé	19:21
3.4.	CRÉDIT POUR LA FORMATION DE LA MAIN-D’ŒUVRE DANS LE SECTEUR MANUFACTURIER	19:22
3.4.1.	Société admissible	19:22
3.4.2.	Activité admissible	19:22
3.4.3.	Dépenses de formation admissible	19:22
3.4.4.	Crédit d’impôt	19:25
3.4.5.	Société de personnes	19:25
3.4.6.	Impôt spécial	19:25
3.5.	CRÉDIT POUR LA FRANCISATION EN MILIEU DE TRAVAIL	19:25
3.5.1.	Société admissible	19:26
3.5.2.	Dépenses de formation admissible	19:26
3.5.3.	Crédit d’impôt	19:27
3.5.4.	Société de personnes et impôt spécial	19:27
3.6.	CRÉDIT POUR LE DESIGN	19:27
3.6.1.	Définition d’une activité de design admissible.....	19:27
3.6.2.	Société admissible	19:28
3.6.3.	Dépenses admissibles	19:29
3.6.4.	Crédit d’impôt	19:30
3.6.5.	Société de personnes	19:30
3.6.6.	Impôt spécial	19:30
3.7.	CRÉDIT POUR INVESTISSEMENT RELATIF AU MATÉRIEL DE FT	19:31
3.7.1.	Société admissible	19:31
3.7.2.	Biens admissibles	19:32

3.7.3.	Frais admissibles	19:33
3.7.4.	Taux du crédit d'impôt	19:33
3.7.5.	Réduction du taux selon le capital versé	19:34
3.7.6.	Sociétés associées.....	19:35
3.7.7.	Remboursement du CIMFT.....	19:35
3.7.8.	Société de personnes	19:36
3.7.9.	Impôt spécial	19:37
3.7.10.	Allocation du coût en capital.....	19:37
3.7.11.	Choix de l'aide fiscale.....	19:37
3.8.	CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE POUR LES ACTIVITÉS DE TRANSFORMATION DANS LES RÉGIONS RESSOURCES.....	19:38
3.8.1.	Société admissible	19:38
3.8.2.	Entreprise reconnue et régions admissibles	19:38
3.8.3.	Crédit d'impôt	19:39
3.9.	CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE POUR LA GASPÉSIE ET CERTAINES RÉGIONS MARITIMES DU QUÉBEC	19:40
3.9.1.	Société admissible	19:40
3.9.2.	Entreprise reconnue et régions admissibles	19:41
3.9.3.	Crédit d'impôt	19:41
3.10.	CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE POUR LA VALLÉE DE L'ALUMINIUM	19:43
3.10.1.	Société admissible	19:43
3.10.2.	Entreprise reconnue et régions admissibles	19:43
3.10.3.	Crédit d'impôt	19:43
3.11.	CUMUL DES CRÉDITS D'IMPÔT	19:44
4.	FÉDÉRAL ET QUÉBEC.....	19:45
4.1.	CATÉGORIE 1	19:45
4.2.	CATÉGORIE 8.....	19:47
4.3.	CATÉGORIE 12	19:47
4.4.	CATÉGORIE 14.....	19:47
4.5.	CATÉGORIE 29.....	19:48
4.6.	CATÉGORIE 43	19:50
4.7.	CATÉGORIE 43.1	19:51
4.8.	CATÉGORIE 43.2	19:52
4.9.	CATÉGORIE 44	19:52
	CONCLUSION	19:53

INTRODUCTION*

Les gouvernements fédéral et québécois accordent depuis un certain nombre d'années différents avantages fiscaux aux sociétés manufacturières, soit des crédits d'impôt remboursables et non remboursables, des déductions et certains reports fiscaux. Reconnaisant que l'industrie manufacturière constitue un rouage important de notre économie, les différents paliers de gouvernement ont, au cours des derniers budgets, accru l'aide accordée à ce secteur. Les mesures fiscales actuelles et mises en place au cours des derniers budgets sont de nature différente. Elles visent, entre autres, la déduction pour amortissement, les crédits d'impôt et la déduction pour taxe sur le capital.

1. DÉFINITION

Avant d'analyser les divers avantages fiscaux accordés au secteur manufacturier, il y a lieu, dans un premier temps, de déterminer si une société effectue de la fabrication ou de la transformation (ci-après « FT ») ou non, puisque certains incitatifs fiscaux visent expressément les sociétés qui font de la FT.

L'objectif du présent texte n'est pas de faire une analyse exhaustive de ce qui constitue de la FT, ce sujet ayant déjà été traité dans le passé¹. Toutefois, nous aborderons brièvement ce que signifie pour les autorités fiscales une activité de FT.

La *Loi de l'impôt sur le revenu*² ne définit pas ce qui constitue des activités de FT. Il est plutôt mentionné au paragraphe 125.1(3) L.I.R. ce qui ne constitue pas de la FT. Dans le *Bulletin d'interprétation IT-145R* de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), on mentionne ce que signifie les mots « fabrication ou transformation » pour les autorités fiscales :

* L'auteur tient à remercier M. Jean-Claude Lefebvre, CA, M. Fisc., Pl. Fin., de sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

¹ Nous vous référons au texte de Jacques BERNIER, « Bénéfice de fabrication et de transformation : Le crédit d'impôt au titre des bénéfices de fabrication et de transformation en vertu de l'article 125.1 L.I.R. : mise à jour jurisprudentielle », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 4:1-16 et au texte de Jean DELAGE, « Les bénéfices de fabrication et de transformation et le revenu actif », dans *Congrès 92*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1993, pp. 807-850.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

« 3. L'expression "fabrication ou transformation" est définie au paragraphe 125.1(3) comme ne visant pas l'exploitation agricole, la pêche, l'exploitation forestière, la construction, certaines activités relatives à des ressources énoncées aux alinéas *d*) à *k*) de la définition, et les activités dans le cas desquelles il n'est pas satisfait au minimum de 10 % prévu à l'alinéa *l*) de la définition. Comme la définition n'indique pas précisément quelles activités sont des activités de "fabrication ou de transformation", les termes "fabrication" et "transformation" ont leur acception courante. Malheureusement, ces termes ne se prêtent pas à une définition ou à une explication simple, d'application générale. Toutefois, on peut dire que la fabrication de biens ou marchandises implique ordinairement la création de quelque chose (p. ex., faire ou assembler une machine, confectionner des vêtements, préparer du potage) ou le façonnage, à partir de quelque chose, d'un objet (p. ex., la fabrication de rails métalliques, de clous, de balles de caoutchouc, de moules en bois). En revanche, on entend généralement par transformation d'une marchandise, la technique de préparation, de manipulation ou toute autre activité destinée à produire une transformation physique ou chimique dans un article ou dans une substance, autre que la transformation résultant du processus de croissance naturelle. À titre d'exemples, citons le processus de galvanisation du fer, le traitement des poteaux de barrières au créosote, la teinture des tissus, la déshydratation des aliments et l'homogénéisation et la pasteurisation des produits laitiers³. » (Note soulignement)

Ces définitions de ce qui constitue de la **fabrication** ou de la **transformation** pour les autorités fiscales proviennent en grande partie de nombreuses causes de jurisprudence. À ce titre, nous pouvons nommer les plus connues, soit les affaires *Federal Farm Ltd. c. MRN*⁴, *La Reine c. York Marble, Tile and Terrazzo Ltd.*⁵, *Tenneco Canada Inc. c. La Reine*⁶, *Rolls Royce (Canada) c. La Reine*⁷ et *La Reine c. Coopers & Lybrand Limited*⁸.

Ayant circonscrit sommairement ce qui constitue de la FT, nous examinerons les nombreux incitatifs fiscaux offerts par les différents gouvernements.

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-145R (consolidé), « Bénéfices de fabrication et de transformation au Canada – Taux réduit de l'impôt sur les sociétés », 26 janvier 2004, par. 3.

⁴ 66 D.T.C. 6058 (C. de l'É.).

⁵ 68 D.T.C 5001 (C.S.C.).

⁶ 91 D.T.C. 5207 (C.A.F.).

⁷ 93 D.T.C. 5031 (C.A.F.).

⁸ 94 D.T.C. 6541 (C.A.F.).

2. FÉDÉRAL

2.1. DÉDUCTION POUR BÉNÉFICES DE FABRICATION ET TRANSFORMATION

Une société qui effectue de la FT peut avoir droit en vertu du paragraphe 125.1(1) L.I.R. à la déduction pour bénéfices de fabrication et transformation (ci-après « BFT »). Toutefois, une société dont moins de 10 % de son revenu brut tiré de toutes les entreprises exploitées activement au Canada ne provient pas de la vente ou de la location de marchandises qu'elle fabrique ou transforme ou de la FT de marchandises destinées à la vente ou à la location n'aura pas droit à la déduction pour BFT.

La déduction pour BFT se calcule sommairement comme suit :

Le produit du pourcentage de réduction du taux général (au sens du paragraphe 123.4(1) L.I.R.) qui est applicable pour l'année par le moins élevé des montants suivants :

- a) l'excédent éventuel de ses BFT pour l'année sur, si la société est une société privée sous contrôle canadien⁹ (ci-après « SPCC ») tout au long de l'année, son revenu ayant bénéficié de la déduction pour petite entreprise (ci-après « DPE »);
- b) l'excédent éventuel du revenu imposable pour l'année sur le total des montants suivants :
 - i) si la société est une SPCC tout au long de l'année, son revenu ayant bénéficié de la DPE,
 - ii) le revenu de placement total,
 - iii) trois fois le total des sommes qui seraient déductibles pour le crédit d'impôt étranger calculé en vertu du paragraphe 126(2) L.I.R.

Nous pouvons constater, dans un premier temps, que le taux de réduction applicable aux BFT correspond au taux de réduction général dont peuvent bénéficier toutes sociétés qui exploitent une entreprise au Canada. Dans un deuxième temps, la déduction d'impôt générale en vertu du

⁹ Par. 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.

paragraphe 123.4(2) L.I.R. se calcule sommairement sur le revenu d'entreprise exploitée activement qui ne donne pas droit à la DPE et(ou) à la déduction pour BFT. Il en résulte qu'une société ayant droit à la déduction pour BFT sera indifférente entre cette déduction et la déduction pour impôt générale. Par conséquent, elle ne serait pas dans l'obligation de calculer ses BFT en vertu des articles 5200 ou 5201 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*¹⁰ afin de bénéficier d'une réduction d'impôt plus avantageuse.

Cependant, certaines provinces et certains territoires¹¹ accordent une déduction d'impôt plus importante pour les sociétés effectuant de la FT. Pour l'ensemble de ces provinces et territoires, le crédit d'impôt est calculé sur les BFT établis selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il en résulte donc qu'une société ayant un lieu d'affaires dans l'une de ces provinces ou l'un de ces territoires a avantage à calculer quels sont ses BFT.

Le Québec, quant à lui, n'accorde aucun crédit d'impôt ou déduction supplémentaire d'ordre général sur les revenus provenant de la FT. Par conséquent, une société possédant uniquement un lieu d'affaires au Québec n'aurait aucun avantage à calculer ses BFT afin de bénéficier d'une réduction d'impôt supplémentaire. Toutefois pour les entreprises manufacturières, le Québec accorde, depuis 2008, une déduction pour la taxe sur le capital dont le calcul est basé sur la proportion de ses BFT établie selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

2.1.1. Formule de base

La formule de base aux fins du calcul des BFT se retrouve à l'article 5200 R.I.R. et peut se schématiser comme suit :

$$\text{BFT} = \text{RRTE} \times \frac{(\text{CIFT} + \text{CMDFT})}{(\text{CI} + \text{CMD})}$$

RRTE : Revenu rajusté tiré d'une entreprise

CIFT : Coût en immobilisation de fabrication et transformation

CMDFT : Coût en main-d'œuvre de fabrication et transformation

¹⁰ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

¹¹ Entre autres, l'Ontario, la Saskatchewan, Terre-Neuve et le Yukon.

CI : Coût total en immobilisation

CMD : Coût total en main-d'œuvre

L'interprétation des différentes composantes du calcul des BFT se retrouve aux articles 5202 et 5203 R.I.R. Il n'est pas de notre intention d'effectuer une analyse de ces différents éléments¹². Cependant, afin de maximiser les BFT, il est important de porter une attention particulière et de circonscrire les montants se rattachant à chacune des composantes de la formule.

2.1.2. Éléments de planification

Pour les sociétés dont le revenu brut provenant des activités de FT représente moins de 10 %, il y aurait peut-être lieu d'isoler ces activités dans une autre société. Toutefois, il faut prendre en considération les coûts d'exploitation de cette nouvelle entité.

Au regard des immobilisations, la planification consistant à acquérir en fin d'exercice et de disposer en début d'exercice pour maximiser l'allocation du coût en capital s'applique également aux fins du calcul de la déduction pour BFT. À cet effet, puisqu'on doit considérer aux fins du calcul des BFT le coût des immobilisations dédiées à la FT, ainsi que l'ensemble des immobilisations détenues par une société, le fait de vendre ou d'acquérir un type d'immobilisation en particulier en début ou en fin d'exercice peut avoir un impact sur le ratio CIFT/CI et, par conséquent, sur la déduction pour BFT.

En règle générale, aux fins du calcul du CMDFT, la sous-traitance, même si elle est rattachée à la FT, n'est pas prise en considération. Il serait donc peut-être plus avantageux pour la société d'engager le personnel requis afin d'augmenter son revenu provenant des BFT sans compter que la société pourrait avoir droit au Québec à un crédit d'impôt pour la formation, lequel sera abordé plus loin dans ce texte.

¹² Nous vous référons au texte de René GLADU et Hélène RANCOURT, « Bénéfice de fabrication et de transformation : Optimisation du crédit et piège à éviter », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 5:1-40.

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

Les sociétés qui effectuent de la FT doivent continuellement évoluer, performer et innover si elles désirent demeurer concurrentielles. Par conséquent, elles doivent créer de nouveaux produits ou améliorer ceux existant déjà, acquérir ou créer de nouvelles machines et moderniser leurs équipements de FT.

En vue d'aider les sociétés à demeurer concurrentielles tant sur le marché local que sur le marché mondial, le gouvernement fédéral accorde un crédit d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») pour les sociétés effectuant de la recherche scientifique et du développement expérimental (ci-après « RS & DE »). Le but de ce texte n'est pas d'analyser les règles s'appliquant au CII reliées à la RS & DE, ce sujet ayant déjà été traité abondamment dans différents congrès et colloques. Toutefois, voici un bref résumé des dernières modifications et des règles applicables au CII.

2.2.1. Activités admissibles

Les activités de RS & DE se définissent sommairement comme suit selon le paragraphe 248(1) L.I.R. :

« Investigation ou recherche systématique d'ordre scientifique ou technologique, effectuée par voie d'expérimentation ou d'analyse, c'est-à-dire :

- a) la recherche pure, à savoir les travaux entrepris pour l'avancement de la science sans aucune application pratique en vue;
- b) la recherche appliquée, à savoir les travaux entrepris pour l'avancement de la science avec application pratique en vue;
- c) le développement expérimental, à savoir les travaux entrepris dans l'intérêt du progrès technologique en vue de la création de nouveaux matériaux, dispositifs, produits ou procédés ou de l'amélioration, même légère, de ceux qui existent [...]. » (Notre soulignement)

On retrouve dans cette définition à l'alinéa c) la partie qui intéresse davantage l'industrie manufacturière, soit le progrès technologique. Par conséquent, il est fort probable qu'une société manufacturière puisse bénéficier du CII.

2.2.2. Dépenses admissibles

Dans un contexte de FT continue, il n'est pas nécessairement évident de pouvoir distinguer ce qui constitue de la FT de ce qui constitue de la RS & DE. Il en est de même lorsqu'une société décide de fabriquer ses propres équipements. Dans ce contexte, comment répartir la portion RS & DE et celle des dépenses courantes ou capitalisables.

À cet effet, l'ARC a publié différentes politiques d'application. Nous vous référons aux *Politiques d'application RS & DE 2002-02R2* et *2004-03* émises par l'ARC¹³.

Afin de déterminer les dépenses admissibles aux fins du calcul du CII, il existe deux méthodes, soit la méthode traditionnelle et celle de remplacement. La principale différence entre ces deux méthodes se situe dans les frais généraux. Le tableau suivant résume les dépenses pouvant être considérées aux fins du CII selon l'une ou l'autre de ces méthodes.

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 2002-02R2*, « Production expérimentale et production commerciale avec développement expérimental – Dépenses de RS & DE déductibles », 29 juillet 2005 et *Politique d'application RS & DE 2004-03*, « Prototypes, usines pilotes/usines commerciales, produits sur commande et biens commerciaux », 5 octobre 2004. Voir également le texte de Lina JEAN, Sylvie LABERGE, Véronique LAMBERT et Patrice TREMBLAY, « Production expérimentale versus production commerciale avec développement expérimental », dans *Colloque – Au cœur de la recherche scientifique et du développement expérimental (RS & DE)*, 173, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 6:1-14.

Traitement des dépenses selon la méthode traditionnelle ou la méthode de remplacement ¹⁴		
Dépenses	Méthode traditionnelle	Méthode de remplacement
<i>Traitements ou salaires</i> pour des employés <i>exerçant directement des activités de RS & DE.</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Admissibles pour le calcul du CII; • Déductibles à titre de dépenses de RS & DE. 	<ul style="list-style-type: none"> • Admissibles pour le calcul du CII et utilisés dans le calcul de la <i>base salariale</i> aux fins du montant de remplacement visé par règlement (ci-après « <i>MRVR</i> »); • Déductibles à titre de dépenses de RS & DE.
Frais généraux et autres dépenses <i>directement liés</i> à la RS & DE et qui constituent des <i>coûts supplémentaires.</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Admissibles pour le calcul du CII; • Déductibles à titre de dépenses de RS & DE. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ne sont pas désignés de façon précise; • Remplacés par le <i>MRVR</i>; • <i>MRVR</i> admissible pour le calcul du CII; • Déductibles seulement comme dépenses d'entreprise habituelles – non déductibles à titre de dépenses de RS & DE.
Autres dépenses demandées de façon distincte : <ul style="list-style-type: none"> • <i>matériaux</i> consommés ou transformés dans le cadre d'activités de RS & DE; • coûts de location du matériel utilisé pour la RS & DE; • dépenses à l'égard d'activités de RS & DE effectuées directement pour votre compte; • paiements à des tiers. 	<ul style="list-style-type: none"> • Admissibles pour le calcul du CII; • Déductibles à titre de dépenses de RS & DE; • Peut réclamer les coûts de location du matériel lorsque ce dernier est utilisé <i>en totalité, ou presque</i>, dans le cadre d'activités de RS & DE; • Peut réclamer les coûts de location du matériel lorsque ce dernier est utilisé dans le cadre d'activités de RS & DE mais non <i>en totalité, ou presque</i> comme frais généraux. 	<ul style="list-style-type: none"> • Admissibles pour le calcul du CII; • Déductibles à titre de dépenses de RS & DE; • Peut réclamer les coûts de location du matériel lorsque ce dernier est utilisé <i>en totalité, ou presque</i>, dans le cadre d'activités de RS & DE, sauf le <i>meublement ou l'équipement de bureau de nature générale</i>; • Peut réclamer les coûts de location du matériel lorsque ce dernier est utilisé dans des activités de RS & DE, sauf le <i>meublement ou l'équipement de bureau de nature générale</i>.
<p>Le <i>MRVR</i> permet d'estimer les frais généraux et autres dépenses comme les suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> • fournitures de bureau; • <i>meublement ou équipement de bureau de nature générale</i>; • chauffage, eau, électricité et téléphone; • <i>traitements ou salaires</i> du personnel de soutien; • déplacements et formation; • impôts fonciers; • entretien des locaux, des installations ou du matériel servant à la RS & DE; • toute autre dépense admissible qui est <i>directement liée</i> à l'exécution de travaux de RS & DE et qui n'aurait pas été engagée s'il n'y avait pas eu de travaux de RS & DE; <p>Le <i>MRVR</i> représente sommairement 65 % des <i>salaires admissibles</i>.</p>		

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide T4088*, « Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS & DE) », (Rév. 08).

Les nouveaux paragraphes 37(1.4) et 37(1.5) L.I.R. et autres amendements effectués à la suite du Budget fédéral de 2008¹⁵ permettent, pour les contribuables ayant une année d'imposition se terminant après le 25 février 2008, de pouvoir considérer certaines dépenses de rémunération effectuée à l'étranger aux fins du calcul CII. La rémunération doit être engagée après le 25 février 2008 et doit :

- être relative au traitement ou salaire versé à un employé résident du Canada au moment où les frais ont été engagés;
- se rapporter à des activités de RS & DE qui sont exercées à l'étranger directement par le contribuable en rapport avec son entreprise et servir uniquement à appuyer la RS & DE que le contribuable exerce au Canada.

La dépense de rémunération est limitée au moindre des deux montants suivants :

- le traitement ou salaire de l'employé; et
- 10 % des dépenses au titre de salaires ou traitements engagées durant l'année (excluant le salaire de l'employé concerné) pour des activités de RS & DE exercées au Canada en rapport avec l'entreprise du contribuable¹⁶.

2.2.3. Crédit d'impôt

Le taux du CII de base s'appliquant aux dépenses admissibles est de 20 %. Pour les SPCC, mais sous réserve de certaines conditions, le taux de base est majoré de 15 %¹⁷ sur la première tranche de 3 M\$ de dépenses admissibles. Par conséquent, cela porte le taux du CII à 35 % pour cette première tranche de dépenses. Le montant des dépenses admissibles donnant droit à la majoration de 15 % a été haussé de 1 M\$ lors du Budget du 26 février 2008, soit de 2 M\$ à 3 M\$. Cette hausse s'applique aux années

¹⁵ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2008*, 26 février 2008, pp. 315-316.

¹⁶ Dans l'éventualité où l'année d'imposition chevauche le 26 février 2008, le taux de 10 % sera proraté.

¹⁷ Par. 127(10.1) L.I.R.

d'imposition se terminant après le 25 février 2008¹⁸. Dans le cas de sociétés ayant une fin d'exercice qui chevauche le 26 février 2008, le montant de la hausse sera proraté en fonction du nombre de jours de l'année d'imposition postérieure au 25 février 2008.

Le montant des dépenses admissibles donnant droit à la majoration de 15 % est réduit progressivement ou est éliminé lorsque le revenu imposable ou le capital imposable de l'année d'imposition précédente excède certains seuils¹⁹.

Pour les sociétés ayant une année d'imposition commençant en 2010, le seuil du revenu imposable (excluant le report de pertes) à partir duquel le montant de 3 M\$ de dépenses admissibles diminue de façon progressive est de 500 000 \$, soit une augmentation de 100 000 \$ à la suite du Budget du 27 janvier 2009²⁰. Avec le nouveau seuil de 500 000 \$, les dépenses admissibles bénéficiant du taux majoré de 15 % sont réduites à zéro lorsque le revenu imposable atteint 800 000 \$. Dans le cas de sociétés ayant une année d'imposition se terminant en 2010, mais qui commence avant 2010, le montant de l'augmentation doit être proraté.

Relativement au capital imposable, à la suite du Budget de 2008²¹, le seuil du capital imposable à partir duquel le montant de 3 M\$ de dépenses admissibles est éliminé, a été également augmenté. Le montant passe de 15 M\$ à 50 M\$ pour les années d'imposition se terminant après le 25 février 2008. Par conséquent, lorsque le capital imposable se situe entre 10 M\$ et 50 M\$, le montant de 3 M\$ diminue progressivement. Pour les sociétés dont l'année d'imposition comprend le 26 février 2008, le montant de 50 M\$ sera proraté.

Une SPCC qui est une société admissible aux fins du paragraphe 127.1(2) L.I.R. a droit sommairement à un remboursement de ses CII correspondant à 40 % du CII au taux de 20 % plus 100 % du CII au taux de 35 % relativement à ses dépenses admissibles. Toutefois, une SPCC qui

¹⁸ Pour les années d'imposition se terminant avant le 26 février 2008, le montant des dépenses admissibles pouvant bénéficier de la majoration de 15 % était limité à 2 M\$.

¹⁹ On calcule le revenu imposable et le capital imposable en tenant compte des sociétés associées.

²⁰ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2009*, 27 janvier 2009, pp. 354-355.

²¹ Voir CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 15, pp. 313-315.

n'est pas une société admissible peut obtenir un remboursement seulement sur ses dépenses admissibles donnant droit au CII majoré.

La détermination du statut de société admissible repose en partie sur le fait que le revenu imposable de l'année d'imposition précédente ne doit pas excéder le plafond des affaires de cette même année. Par conséquent, une société qui n'est pas associée à aucune autre société se verra allouer un plafond des affaires de 0 \$ pour son année d'imposition courante si son capital imposable est de plus de 15 M\$ pour cette même année. Par conséquent, afin de prendre également en considération la hausse du seuil du capital imposable (50 M\$) aux fins du calcul du CII à 35 %, aux fins du remboursement du CII des sociétés admissibles, la notion du plafond des affaires a été remplacée par celle du plafond de revenu admissible. Le plafond de revenu admissible applicable aux années d'imposition se terminant après le 25 février 2008 se calcule comme suit :

$$500\,000 \$ \times ((40\,000\,000 \$ - A)/40\,000\,000 \$)$$

La lettre A représente le moindre des montants suivants :

- a) zéro, si le capital imposable de la société, incluant le capital imposable des sociétés associées, est moindre que 10 M\$;
- b) 40 M\$ ou, s'il est moins élevé, l'excédent du montant du capital imposable (incluant les sociétés associées) sur 10 M\$.

Annoncée en janvier 2008²², la portion du CII non remboursée pour les CII gagnés depuis 1998 peut être reportée au cours des 20 années subséquentes; cette période était auparavant limitée à 10 ans.

3. QUÉBEC

3.1. DÉDUCTIONS RELATIVES AUX ENTREPRISES DE FT DANS LES RÉGIONS RESSOURCES

Les sociétés effectuant de la FT dans une région ressource peuvent avoir droit à certaines déductions au regard du calcul de leur revenu imposable, du

²² CANADA, ministre des Finances, *Communiqué* 2008-005, « Le gouvernement du Canada assouplit les règles sur les crédits d'impôt à l'investissement pour les entreprises canadiennes », 21 janvier 2008.

capital versé (ci-après « CV ») et des salaires assujettis à la contribution par l'employeur au Fonds des services de santé (ci-après « FSS »).

3.1.1. Société admissible

Brièvement, pour être admissible, la société doit remplir les conditions suivantes²³ :

- la totalité ou la quasi-totalité de sa masse salariale pour l'année doit être attribuable à des employés se qualifiant à titre d'employés admissibles de la société;
- ses activités consistent principalement à l'exploitation d'une entreprise de FT;
- le CV attribué à la société pour l'année est inférieur à 30 M\$²⁴;
- elle n'est pas une société exclue;
- la règle antiévitement propre à la déduction ne doit pas s'appliquer.

Pour être considéré principalement comme exploitant une entreprise de FT, il faut que la masse salariale admissible représente plus de 50 % de la masse salariale totale de la société ou que le coût en immobilisations dédiées à la FT représente plus de 50 % du total du coût des immobilisations de la société²⁵.

3.1.2. Employés admissibles

Une personne sera considérée comme un employé admissible si elle travaille dans une région admissible, les régions admissibles étant les suivantes :

- Bas-Saint-Laurent (région 01);

²³ *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 737.18.18 « société admissible ».

²⁴ On calcule le CV en prenant en compte le CV des sociétés associées. De plus, il existe des règles particulières relativement aux sociétés associées.

²⁵ Art. 737.18.19 L.I.

- Saguenay–Lac-Saint-Jean (région 02);
- Abitibi-Témiscamingue (région 08);
- Côte-Nord (région 09);
- Nord-du-Québec (région 10);
- Gaspésie–Îles-de-la-Madeleine (région 11);
- la MRC d’Antoine-Labelle;
- la MRC de La Vallée-de-la-Gatineau;
- la MRC de Mékinac;
- la MRC de Pontiac;
- l’agglomération de La Tuque, telle qu’elle est décrite dans la *Loi sur l’exercice de certaines compétences municipales dans certaines agglomérations*²⁶.

Certaines règles déterminent si un employé travaille dans une région admissible. Notamment lorsqu’un employé se présente au travail principalement à un établissement de l’employeur situé dans une région admissible, il sera présumé se présenter uniquement qu’à cet établissement. S’il se présente plutôt principalement à un établissement situé à l’extérieur de la région admissible, il sera présumé se présenter à cet établissement.

3.1.3. Déductions

Sommairement, les différentes déductions auxquelles une société peut avoir droit se calculent comme suit :

a) Revenu imposable²⁷

$$[75 \% \times (A - B)] \times \{1 - [(C - 20\,000\,000 \$) / 10\,000\,000 \$]\} \times (1 - D)$$

²⁶ L.R.Q., c. E-20.001, art. 8.

²⁷ Art. 737.18.26 L.I.

- A – représente la proportion du revenu de la société pour l'année provenant d'une entreprise admissible;
- B – représente la proportion de la perte de la société pour l'année;
- C – représente le plus élevé de 20 M\$ et du CV de la société (incluant les sociétés associées) pour l'année d'imposition précédente;
- D – représente le facteur de réduction de la société pour l'année.

b) CV²⁸

$$[75 \% \times A] \times \{1 - [(B - 20\,000\,000 \$) / 10\,000\,000 \$]\} \times (1 - C)$$

- A – représente la proportion du CV de la société pour l'année;
- B – représente le plus élevé de 20 M\$ et du CV de la société (incluant les sociétés associées) pour l'année d'imposition précédente;
- C – représente le facteur de réduction de la société pour l'année.

c) FSS²⁹

$$[75 \% \times \{1 - [(A - 20\,000\,000 \$) / 10\,000\,000 \$]\}]$$

- A – représente le plus élevé de 20 M\$ et du CV de la société (incluant les sociétés associées) pour l'année d'imposition précédente.

3.2. DÉDUCTION – TAXE SUR LE CAPITAL POUR LES SOCIÉTÉS MANUFACTURIÈRES

Une société manufacturière qui n'est pas nécessairement située dans une région ressource peut avoir droit, depuis le 14 mars 2008, à une déduction dans le calcul de son CV. Cette nouvelle mesure ayant été annoncée lors du Budget du Québec du 13 mars 2008³⁰.

²⁸ Art. 1138.2.3 L.I.

²⁹ *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*, L.R.Q., c. R-5, art. 34.

³⁰ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2008-2009, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 13 mars 2008.

La déduction s'applique uniquement aux exercices financiers se terminant après le 13 mars 2008. Pour une année d'imposition qui chevauche cette date, la déduction est prorataée.

Le montant de la déduction³¹ représente 100 % du montant du CV avant la présente déduction, si la proportion des activités de FT de la société pour son année d'imposition représente au moins 50 %. Si les activités de FT de la société représentent moins de 50 % de ses activités, le montant de la déduction se calcule comme suit :

$$A \times (B - 20 \%) / 30 \%$$

- A – représente le CV de la société pour l'année, avant l'application de la présente déduction;
- B – représente la proportion des activités de FT de la société pour l'année.

Comme il a été mentionné à la section 2.1. du présent texte, la déduction pour la taxe sur le capital est basée sur la proportion de ses BFT établie selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En effet, la définition de « proportion des activités de fabrication ou transformation » qu'on retrouve à l'article 1130 L.I. et qui fait partie du calcul de la déduction fait référence aux articles 5200 et 5201 R.I.R.

Pour une société effectuant de la FT dans une région ressource, la présente déduction sera calculée sur le montant du CV établi après la déduction mentionnée à la section 3.1.

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

À l'instar du fédéral, le Québec accorde une aide fiscale sous forme de crédit d'impôt pour la RS & DE. Cependant, il existe au Québec quatre crédits d'impôt, soit 1) le crédit d'impôt remboursable relatif aux salaires (le plus populaire); 2) le crédit d'impôt remboursable concernant les droits ou cotisations versés à un consortium de recherche admissible; 3) le crédit d'impôt remboursable pour la recherche précompétitive en partenariat

³¹ Art. 1138.2.6 L.I.

privé³²; et 4) le crédit d'impôt remboursable pour la recherche universitaire ou pour la recherche effectuée par un centre de recherche ou par un consortium de recherche.

Tous ces crédits d'impôt sont non imposables au Québec, mais ils le sont au fédéral. De plus, au fédéral ils réduisent les dépenses admissibles aux fins du calcul du CII-fédéral.

Tout en faisant un survol de ces différents crédits d'impôt à la RS & DE, nous examinerons plus en détail celui qui est remboursable relativement aux salaires.

3.3.1. Crédit d'impôt remboursable pour les salaires³³

Il existe, tout comme au fédéral, deux méthodes afin de déterminer les dépenses admissibles aux fins du calcul du CII, soit la méthode traditionnelle et celle de remplacement. Toutefois, les dépenses admissibles aux fins du calcul du CII du Québec n'englobent pas toutes les mêmes dépenses admissibles qu'aux fins du calcul du CII-fédéral. À ce titre, seules les dépenses relatives aux salaires admissibles et aux sous-traitants sont considérées. Dans le cas d'un contrat de sous-traitance conclu avec une personne ayant un lien de dépendance, seule la portion de la contrepartie raisonnablement attribuable aux salaires peut être considérée. Dans le cas des sous-traitants sans lien de dépendance, seule la moitié de la dépense est considérée.

Le taux de base du CII est de 17,5 %. Les SPCC peuvent bénéficier du taux pouvant atteindre 37,5 %. Toutefois, le taux de 37,5 % diminue de façon progressive lorsque l'actif de la société et des sociétés associées excède 50 M\$, pour s'établir à 17,5 % lorsque l'actif atteint 75 M\$, et cela, depuis le 4 décembre 2006³⁴. De plus, à la suite du Budget du Québec du

³² Lors du Budget du Québec du 23 mars 2006, ce crédit d'impôt a remplacé le crédit d'impôt pour la recherche précompétitive. Toutefois, ce dernier demeure en vigueur relativement à une entente qui constitue un contrat de partenariat dans le cadre d'un projet de recherche précompétitive pour lequel une attestation aura été délivrée ou en vertu duquel une entente aura fait l'objet d'une demande auprès du ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation, et cela, au plus tard le jour du budget.

³³ Art. 1029.8.6.1 à 1029.8.0.0.1 L.I.

³⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-5, « Mesures favorisant l'innovation », 4 décembre 2006.

13 mars 2008, le taux de 37,5 % s'applique sur la première tranche de 3 M\$ de dépenses admissibles.

3.3.2. Crédit d'impôt remboursable pour la recherche universitaire ou pour la recherche effectuée par un centre de recherche ou par un consortium de recherche³⁵

Ce crédit a comme objectif de favoriser la synergie entre les entreprises et le secteur public. Le crédit est de 35 % et est calculé sur 80 % de la dépense admissible engagée auprès d'une université, d'un centre de recherche public ou d'un consortium de recherche admissible n'ayant pas de lien de dépendance avec le contribuable.

3.3.3. Crédit d'impôt remboursable concernant les droits ou cotisations versés à un consortium de recherche admissible³⁶

Le crédit concernant les droits ou cotisations versés à un consortium de recherche vise à inciter les entreprises d'un même secteur d'activité à s'unir dans la mise sur pied d'un centre de recherche privé. Le crédit d'impôt remboursable représente 35 % de la cotisation admissible.

3.3.4. Crédit d'impôt remboursable pour la recherche précompétitive en partenariat privé³⁷

L'objectif de ce crédit d'impôt consiste à favoriser le regroupement d'entreprises traitant à distance afin qu'elles réalisent en partenariat des projets de RS & DE d'une plus grande envergure qu'elles n'auraient possiblement pas effectués individuellement. Les sociétés n'ayant pas de lien de dépendance entre elles peuvent obtenir un crédit d'impôt remboursable de 35 % pour les dépenses admissibles à ce crédit.

³⁵ Art. 1029.8.1 à 1029.8.7 L.I.

³⁶ Art. 1029.8.9.0.2 à 1029.8.9.0.4 L.I.

³⁷ Art. 1029.8.16.1.1 à 1029.8.16.1.9 L.I.

3.4. CRÉDIT POUR LA FORMATION DE LA MAIN-D'ŒUVRE DANS LE SECTEUR MANUFACTURIER

Le crédit d'impôt pour la formation de la main-d'œuvre dans le secteur manufacturier (ci-après « CIFMEM ») a été annoncé par le ministre des Finances du Québec le 23 novembre 2007 par l'entremise du *Bulletin d'information 2007-9*³⁸. Depuis la mise en place du crédit d'impôt pour la francisation, le CIFMEM a subi quelques modifications mineures.

3.4.1. Société admissible³⁹

Une société est admissible au CIFMEM au cours d'une année d'imposition, si elle exerce une activité admissible et qu'elle a un établissement⁴⁰ au Québec. Cependant, une société exonérée d'impôt n'y a pas droit.

3.4.2. Activité admissible⁴¹

Les activités admissibles doivent se rapporter au secteur manufacturier et doivent être décrites sous les codes 31, 32 et 33 du Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (ci-après « SCIAN »)⁴².

3.4.3. Dépenses de formation admissible⁴³

Les dépenses de formation admissibles sont celles engagées du 24 novembre 2007 au 31 décembre 2011. La formation doit être donnée par un établissement d'enseignement reconnu ou par un formateur agréé en vertu de la *Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences*

³⁸ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information 2007-9*, « Mesures visant à soutenir le secteur manufacturier », 23 novembre 2007.

³⁹ Art. 1029.8.33.1 « société admissible » L.I.

⁴⁰ La notion d'établissement se retrouve à l'article 12 L.I. Voir REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation IMP. 12-1/R3*, « Établissement d'un contribuable », 31 août 2005, dans lequel il est édicté les différents critères sur lesquels se base Revenu Québec afin de déterminer si une société a un établissement stable dans la province. Toutefois, le présent texte ne vise pas une telle analyse.

⁴¹ Art. 1029.8.33.1 « activité admissible » L.I.

⁴² On peut retrouver la description des codes SCIAN sur le site Internet de Statistique Canada : STATISTIQUE CANADA (en ligne : <http://www.stacan.gc.ca>).

⁴³ Art. 1029.8.33.1 « dépense de formation admissible » L.I.

de la main-d'œuvre⁴⁴ (ci-après « la loi du 1 % »). Un employé ou un actionnaire désigné⁴⁵, avec ou sans lien de dépendance avec la société admissible, n'est pas une personne que l'on qualifie de formateur agréé. Il en est de même pour certaines autres personnes.

La formation doit être en rapport avec les activités admissibles de la société admissible. D'autre part, la formation n'inclut pas :

- un colloque, un congrès, un séminaire, une conférence ou une autre activité semblable;
- un cours exigé par un ordre professionnel régi par le code des professions, une association patronale ou syndicale ou une association semblable et est destiné à l'un de ses membres;
- un cours donnant droit au crédit pour la francisation en milieu de travail;
- autres formations énumérées.

La formation doit être donnée à des employés d'un établissement de la *société admissible situé au Québec dont les fonctions consistent principalement pour l'année d'imposition concernée à exécuter ou à superviser des tâches attribuables à une activité admissible*. Toutefois, un actionnaire désigné et les personnes pour lesquelles il est raisonnable de considérer que l'un des buts pour lesquels elles travaillent pour la société admissible est de bénéficier du CIFMEM ne sont pas admissibles.

Les coûts de formation n'incluent pas les frais de déplacement, d'hébergement ou de repas engagés afin de permettre à l'employé d'assister à la formation en question. La dépense attribuable au traitement ou salaire d'un employé est également limitée, elle correspond au moindre des deux montants suivants :

- la partie du traitement ou salaire de l'employé que l'on peut raisonnablement attribuer à la période durant laquelle il suit la formation; et
- deux fois le coût de formation raisonnablement attribuable à cet employé.

⁴⁴ L.R.Q., c. D-8.3.

⁴⁵ Art. 1 « actionnaires désignés » L.I.

De plus, pour un employeur tenu de participer à la loi du 1 %⁴⁶, les dépenses de formation admissible sont limitées au moindre des deux montants suivants⁴⁷ :

- les dépenses de formation admissible pour l'année d'imposition; et
- l'excédent éventuel des dépenses de formation admissible aux fins de la loi du 1 % sur les dépenses devant être effectuées en vertu de cette même loi, durant l'année civile qui se termine durant l'année d'imposition donnant droit au CIFMEM et les dépenses de formation admissibles donnant droit au crédit d'impôt pour la francisation.

Voici un exemple :

- la société est une société admissible;
- sa fin d'exercice est le 30 juin 2009;
- ses dépenses de formation admissible aux fins du CIFMEM sont de 10 000 \$;
- ses dépenses admissibles pour l'année civile 2008 aux fins de la loi du 1 % sont de 18 000 \$;
- le montant des dépenses admissibles devant être effectuées aux fins de la loi du 1 % pour l'année civile 2008 est de 14 000 \$.

Aux fins du calcul du CIFMEM, la société pourra considérer un montant de 4 000 \$ à titre de dépenses de formation admissibles, soit le moindre de :

- 10 000 \$; et
- $18\ 000\ \$ - 14\ 000\ \$ = 4\ 000\ \$$.

Les dépenses de formation admissible aux fins du CIFMEM doivent être diminuées des montants de toute aide gouvernementale ou non

⁴⁶ Dans le cas d'un employeur qui est exempté de la loi du 1 % étant donné le fait que sa masse salariale n'excède pas 1 M\$, il y a présomption que cet employeur est assujéti à cette loi aux fins du calcul du CIFMEM.

⁴⁷ Art. 1029.8.33.11.2 L.I.

gouvernementale, ou de tout bénéfice ou avantage, selon les règles usuelles. Les montants d'aide peuvent prendre la forme de subvention, de prime, de prêt à remboursement conditionnel, de déduction d'impôt, d'allocation, etc. *A contrario*, tout remboursement donnera droit au CIFMEM.

3.4.4. Crédit d'impôt

Le montant du CIFMEM correspond à 30 % des dépenses de formation admissible, il est remboursable et imposable, tant au fédéral qu'au Québec. Par contre, au moment de la présentation de la réclamation du CIFMEM, les dépenses doivent avoir été payées.

3.4.5. Société de personnes

Une société membre d'une société de personnes admissibles effectuant une dépense de formation admissible pourra demander un CIFMEM. À cet effet, la dépense de formation admissible est déterminée à l'égard de la société de personnes et attribuée à chacun des membres de la société de personnes pour l'année d'imposition dans laquelle se termine l'exercice financier de la société de personnes au cours duquel a lieu la dépense.

Selon le paragraphe 1029.8.33.11.4 L.I., le partage doit s'effectuer en fonction de la proportion convenue. Selon l'article 1.8 L.I., le calcul de la proportion convenue est l'équivalent de la règle qui s'applique pour la portion des éléments que l'on doit considérer lors du calcul de la taxe sur le capital lorsqu'une société a une participation dans une société de personnes.

3.4.6. Impôt spécial⁴⁸

Dans l'éventualité où une société recevrait un remboursement dans une année subséquente relativement à une dépense de formation admissible pour laquelle elle avait demandé le CIFMEM, la société devra payer un impôt spécial correspondant sommairement au remboursement.

3.5. CRÉDIT POUR LA FRANCISATION EN MILIEU DE TRAVAIL

Instauré lors du Budget du Québec du 13 mars 2008⁴⁹, le crédit d'impôt pour la francisation en milieu de travail (ci-après « CIFMT ») ne s'adresse

⁴⁸ Art. 1129.41.0.1 à 1129.41.0.5 L.I.

⁴⁹ Voir QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 30.

pas expressément aux sociétés dans le secteur manufacturier. Toutefois, comme il a été mentionné précédemment, une société ayant le droit de réclamer le CIFMT sur une dépense admissible aux fins de ce crédit ne pourra pas considérer cette dépense aux fins du CIFMEM.

Compte tenu d'un certain lien entre les deux crédits d'impôt et d'une rédaction quasi identique des dispositions législatives les concernant, nous nous permettons de n'en tracer que les grandes lignes.

3.5.1. Société admissible⁵⁰

Une société est admissible au CIFMT au cours d'une année d'imposition, si elle a un établissement au Québec. Cependant, une société exonérée d'impôt n'y a pas droit.

Comparativement au CIFMEM, la société n'a pas besoin, dans ce cas, d'exercer une activité admissible.

3.5.2. Dépenses de formation admissible⁵¹

Les dépenses de formation admissibles sont celles qui ont été engagées du 14 mars 2008 au 31 décembre 2011. La formation doit être donnée par un établissement d'enseignement reconnu ou par un formateur agréé en vertu de la loi du 1 %. En ce qui concerne les personnes exclues ne pouvant donner de la formation, les mêmes règles que le CIFMEM s'appliquent.

La formation doit favoriser la francisation des immigrants. D'autre part, la formation n'inclut pas un cours suivi en raison du fait que l'employeur doit se conformer à une loi ou à un règlement.

La formation doit être donnée à un employé d'un établissement de la société admissible situé au Québec et cet employé doit être un immigrant qui a, au sens de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁵², le statut de résident permanent ou de résident temporaire, ou est titulaire d'un permis de séjour temporaire pour une personne ayant résidé au Canada pendant la période de 18 mois précédant ce moment, ou est une personne protégée.

⁵⁰ Art. 1029.8.33.11 « société admissible » L.I.

⁵¹ Art. 1029.8.33.11 « dépense de formation admissible » L.I.

⁵² L.C., 2001, c. 27.

Les dépenses admissibles et la limite de ces dépenses sont les mêmes que le CIFMEM, à l'exception du fait que l'on ne tient pas compte des dépenses donnant droit au CIFMT.

Également, les dépenses de formation admissible aux fins du CIFMT doivent être diminuées des montants de toute aide gouvernementale ou non gouvernementale ou de tout bénéfice ou avantage, selon les règles usuelles. Les montants d'aide peuvent prendre la forme de subvention, de prime, de prêt à remboursement conditionnel, de déduction d'impôt, d'allocation, etc. *A contrario*, tout remboursement donnera droit au CIFMT.

3.5.3. Crédit d'impôt

Le taux applicable aux fins du CIFMT est également de 30 %. Il est remboursable et imposable, tant au fédéral qu'au Québec, et les dépenses doivent avoir été payées au moment de la présentation de la demande.

3.5.4. Société de personnes et impôt spécial

Les mêmes règles et commentaires que le CIFMEM s'appliquent.

3.6. CRÉDIT POUR LE DESIGN

Le crédit d'impôt pour le design (ci-après « CID ») existe depuis déjà un certain nombre d'années. Toutefois, au cours des derniers budgets du Québec, certaines modifications y ont été apportées. Dans les prochaines sections, nous soulignerons les grandes lignes de ce crédit ainsi que les dernières modifications.

3.6.1. Définition d'une activité de design admissible

Lors du Budget du Québec du 19 mars 2009⁵³, la définition de ce qui constitue une activité de design a été modifiée, cette définition se lisait auparavant comme suit :

« [...] une activité de planification et de conception basée sur une analyse économique ergonomique et esthétique des structures, et dont le but est de déterminer les qualités formelles de produits que l'on veut produire

⁵³ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2009-2010, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 19 mars 2009.

industriellement, mais ne comprend pas le design d'intérieur, le design d'aménagement, le design graphique ni l'ingénierie. »

La nouvelle définition se lit maintenant ainsi :

« [...] il s'agit d'une activité de création qui découle d'une démarche systématique et documentée, et qui vise à déterminer les propriétés formelles, fonctionnelles et symboliques des biens fabriqués industriellement. Cela comprend également les activités de dessin de patron. »

Cependant, les activités suivantes ne se qualifient pas :

- le design d'un logiciel ou d'un site Internet;
- le design d'un bien selon des caractéristiques répondant aux besoins spécifiques d'un particulier à ses fins personnelles;
- le design d'aménagement consistant à agencer ou à adapter des produits déjà conçus afin de les intégrer à un environnement ou à un emplacement spécifique;
- le design graphique ayant pour objectif de créer des objets de communication. Toutefois, les activités qui mènent à l'impression ou à l'application d'un graphisme directement sur un bien fabriqué industriellement ne sont pas visées sous certaines conditions.

Cette modification s'applique aux travaux de design de biens fabriqués industriellement réalisés après le 31 mars 2009.

3.6.2. Société admissible

Une société est admissible⁵⁴ au CID au cours d'une année d'imposition, si elle a un établissement au Québec et qu'elle n'est pas une société exonérée d'impôt. Elle doit détenir une attestation émanant du ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation (ci-après « MDEIE ») et son revenu brut pour l'année provenant de l'exploitation de l'entreprise visée ne doit pas être inférieur à 150 000 \$.

Il fut également annoncé dans le Budget du 19 mars 2009 que les critères minimaux de production totale de biens fabriqués au Québec par la

⁵⁴ Art. 1029.8.36.4 « société admissible » L.I.

société, soit 20 % pour le secteur de la mode et 50 % pour le secteur industriel, soient retirés pour les travaux de design de biens fabriqués industriellement réalisés après le 31 mars 2009.

3.6.3. Dépenses admissibles

Il existe deux volets relativement au CID, soit le volet interne et le volet externe. Relativement au volet interne, les dépenses admissibles sont les salaires des employés se présentant au travail à un établissement de la société situé au Québec et pour lesquels la société a obtenu une attestation du MDEIE.

Dans le cas d'un employé qui se présente au travail à différents établissements de son employeur, si sa présence à certains de ces établissements représente principalement des endroits situés en dehors du Québec, l'employé sera présumé ne pas se présenter à l'établissement de l'employeur situé au Québec.

Les salaires admissibles se divisent également en deux volets, soit ceux attribuables à une activité de dessin de patron et ceux attribuables à d'autres activités de design. Pour l'activité de dessin de patron, le salaire d'un employé est limité au moindre des deux montants suivants :

- la portion raisonnable de son salaire attribuable à la réalisation d'une activité de dessin de patron au Québec⁵⁵; et
- 40 000 \$⁵⁶.

Dans le cas des autres activités de design, la même règle s'applique sauf que le montant de 40 000 \$ est remplacé par 60 000 \$.

Relativement au volet externe, les montants engagés auprès d'un consultant externe sont admissibles si ce dernier détient une attestation de qualification délivrée par le MDEIE. Dans le cas d'un contrat signé avec un consultant externe ayant un lien de dépendance avec la société, les montants pouvant être considérés sont les salaires des employés du consultant externe.

⁵⁵ Dans le cas où l'employé consacre plus de 90 % à cette activité, la totalité de son salaire est admissible.

⁵⁶ La limite de 40 000 \$ est prorataée en fonction du nombre de jours de travail qu'a effectués l'employé au sein de la société au cours de la période décrite dans l'attestation.

À cet effet, les mêmes règles que le volet interne s'appliquent. Pour un contrat signé avec un consultant externe sans lien de dépendance, seulement 65 % des montants engagés relativement aux activités de design seront admissibles.

Une fois de plus, comme la plupart des crédits d'impôt remboursables, les dépenses admissibles aux fins du CID doivent être diminuées des montants de toute aide gouvernementale ou non gouvernementale ou de tout bénéfice ou avantage, selon les règles usuelles. *A contrario*, tout remboursement donnera droit au CID.

3.6.4. Crédit d'impôt

Autant pour le volet interne que pour le volet externe, le taux de base du CID est de 15 %. Dans le cas d'une petite et moyenne entreprise, le taux est majoré à 15 %. Cette majoration diminue progressivement lorsque l'actif de la société, pour son exercice financier précédent, excède 50 M\$. Lorsque l'actif excède 75 M\$, la société perd son droit à la majoration.

Relativement à la majoration de 15 %, il existe des règles particulières dans le cas où certains actifs ont fait l'objet d'une réévaluation ou d'une comptabilisation différente de leur coût, dans les cas de sociétés associées et d'évitement.

Le CID majoré ou non est pleinement remboursable et il est non imposable au Québec.

3.6.5. Société de personnes

Une société membre d'une société de personnes admissibles effectuant une dépense de formation admissible pourra demander un CID. À cet effet, la dépense de formation admissible est déterminée à l'égard de la société de personnes et est attribuée à chacun des membres de la société de personnes pour l'année d'imposition dans laquelle se termine l'exercice financier de la société de personnes au cours duquel a lieu la dépense.

3.6.6. Impôt spécial⁵⁷

Dans l'éventualité où une société recevrait un remboursement dans une année subséquente relativement à une dépense de design admissible pour

⁵⁷ Art. 1129.42 à 1129.45 L.I.

laquelle elle aurait demandé le CID, la société devrait payer un impôt spécial correspondant sommairement au CID obtenu relativement à la dépense de design admissible remboursée.

3.7. CRÉDIT POUR INVESTISSEMENT RELATIF AU MATÉRIEL DE FT⁵⁸

Le crédit d'impôt pour investissement relatif au matériel de FT (ci-après « CIMFT ») a été instauré lors du Budget du Québec de 2008⁵⁹.

3.7.1. Société admissible⁶⁰

Une société est admissible au CIMFT au cours d'une année d'imposition, si elle exploite une entreprise et qu'elle a un établissement au Québec. Cependant, les sociétés suivantes ne sont pas admissibles :

- une société exonérée d'impôt pour l'année;
- une société de la Couronne ou sa filiale en propriété exclusive;
- une société de production d'aluminium ou une société de raffinage de pétrole.

À cet effet, une société de production d'aluminium est une société exploitant une telle entreprise ou une société propriétaire ou locataire de biens utilisés pour une telle exploitation par une autre société, une société de personnes ou une fiducie à laquelle elle est associée⁶¹. Pour les sociétés de raffinage de pétrole, les mêmes règles s'appliquent.

⁵⁸ Nous vous référons au texte de Guy CARBONNEAU « Crédit d'impôt à l'investissement québécois », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 37:1-26.

⁵⁹ Voir QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 30.

⁶⁰ Art. 1029.8.36.166.40 « société admissible » L.I.

⁶¹ Les règles d'association dans le cadre du CIMFT sont décrites à la section 3.7.6.

3.7.2. Biens admissibles⁶²

Les biens donnant droit au CIMFT seraient ceux de la catégorie 29 et 43 de l'annexe B du *Règlement sur les impôts*⁶³ selon le Budget du Québec du 13 mars 2008.

Pour être admissibles au CIMFT, les biens utilisés dans la FT doivent remplir les conditions suivantes :

- les biens devront commencer à être utilisés dans un délai raisonnable pendant une période minimale de 730 jours⁶⁴, uniquement au Québec;
- les biens devront être principalement utilisés dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise;
- les biens devront être neufs;
- les biens devront être acquis après le 13 mars 2008 et avant le 1^{er} janvier 2016. Toutefois, si un bien est acquis conformément à une obligation écrite contractée au plus tard le jour du Discours sur le budget, ou si la construction du bien a commencé le 13 mars 2008, ces biens ne sont pas admissibles.

Les investissements réalisés dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise reliée à un projet majeur d'investissement ne sont toutefois pas admissibles au CIMFT.

Les paragraphes 18 et 19 du *Bulletin d'interprétation* IMP. 130-7/R2⁶⁵ de Revenu Québec mentionnent qu'un bien « réusiné » ou « remis à neuf » est considéré comme un bien neuf. Par conséquent, ce bien devrait être admissible aux fins du CII.

⁶² Art. 1029.8.36.166.40 « bien admissible » L.I.

⁶³ R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »). Toutefois, au moment de la rédaction de ce texte, aucun bien prescrit n'a été promulgué à cet effet.

⁶⁴ La règle des 730 jours ne s'applique toutefois pas lorsque la disposition d'un bien résulte d'une destruction involontaire causée par le feu, le vol, l'eau ou un bris majeur.

⁶⁵ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP.130-7/R2, « Amortissement accéléré de 100 % – Matériel informatique et matériel de fabrication ou de transformation », 29 juin 2007.

Les biens pour lesquels un choix peut être effectué en vertu de l'article 125.1 L.I. (biens de location) sont également admissibles s'ils remplissent les conditions prévues à cet effet.

3.7.3. Frais admissibles⁶⁶

Les frais admissibles aux fins du calcul du CIMFT pour une année d'imposition donnée sont constitués des frais engagés pour l'acquisition du bien admissible. Ils ne prennent pas en considération les frais engagés auprès d'une personne avec laquelle la société ou un actionnaire désigné a un lien de dépendance.

Les frais engagés durant une année d'imposition sont pris en considération, s'ils sont payés au plus tard 18 mois après ladite fin d'année d'imposition. Dans le cas contraire, ils ne pourront être considérés que durant l'année d'imposition où ils ont été payés. Par conséquent, cela oblige la société à fixer le moment où seront payés les frais engagés, et ce, afin de déterminer dans quelle année d'imposition elle pourra réclamer le CIMFT.

Soulignons que le formulaire actuel servant à la réclamation du CIMFT mentionne que la dépense admissible doit être payée lors de la demande. Après discussion avec l'un des représentants de Revenu Québec, il nous fut confirmé qu'il s'agissait d'une version initiale du formulaire et qu'une nouvelle version devrait être publiée d'ici décembre 2009.

Le montant admissible aux fins du CIMFT doit être diminué des montants de toute aide gouvernementale ou non gouvernementale ou de tout bénéfice ou avantage, selon les règles usuelles. Cependant, le crédit d'impôt à l'investissement fédéral n'est pas pris en compte.

Tout remboursement, au cours d'une année d'imposition, d'une somme reçue à titre d'aide gouvernementale ou non gouvernementale ayant diminué le montant admissible au cours d'une année d'imposition antérieure pourra faire l'objet d'une réclamation pour le CIMFT.

3.7.4. Taux du crédit d'impôt

Le taux de base du CIMFT est de 5 %. Ce taux est majoré en fonction de l'endroit au Québec où l'investissement admissible est effectué. Cependant,

⁶⁶ Art. 1029.8.36.166.40 « frais admissibles » L.I.

cette majoration sera réduite si le CV de la société et des sociétés associées dépasse 250 M\$.

Les majorations du taux de base du CIMFT sont les suivantes :

- 15 % lorsque l'investissement admissible est effectué dans une zone intermédiaire, ce qui donne un taux de CIMFT de 20 %. Ces zones étant le Saguenay–Lac-Saint-Jean (région 02), la Mauricie (région 04), la MRC de La Vallée-de-la-Gatineau, la MRC de Pontiac et la MRC d'Antoine-Labelle;
- 25 % lorsque l'investissement est réalisé dans la région du Bas-Saint-Laurent (région 01), pour un taux de CIMFT de 30 %;
- 35 % lorsque l'investissement est réalisé dans une zone éloignée, ce qui porte le taux de CIMFT à 40 %. Ces zones étant l'Abitibi-Témiscamingue (région 08), la Côte-Nord (région 09), le Nord-du-Québec (région 10) et la Gaspésie–Îles-de-la-Madeleine (région 11).

Pour bénéficier des taux majorés, il faut cependant que le bien soit utilisé principalement dans l'un ou l'autre de ces différents endroits. Le terme « principalement » étant interprété par les autorités fiscales comme représentant plus de 50 %.

3.7.5. Réduction du taux selon le capital versé

Le taux du CIMFT majoré est également fonction du CV de la société et des sociétés associées sur une base consolidée. Il est réduit de façon progressive lorsque le CV consolidé excède 250 M\$, sans toutefois excéder 500 M\$. Par conséquent, lorsque le CV excède 500 M\$, le taux du CIMFT est limité au taux de base de 5 %.

Le calcul du CV aux fins du CIMFT s'effectue selon l'article 737.18.24 L.I. Cet article fait partie du titre VII.2.4 L.I., soit les règles applicables aux entreprises de FT dans les régions ressources, pour leur permettre de bénéficier de certaines déductions telles qu'elles ont été discutées auparavant. Sommairement, le calcul du CV en vertu de l'article 737.18.24 L.I. vient exclure certaines déductions, à titre d'exemple la déduction pour taxe sur le capital pour les sociétés manufacturières.

Selon l'endroit où sont effectués les investissements admissibles et le montant du CV calculé sur une base consolidée, la réduction du taux du CIMFT majoré sera calculée comme suit :

Zone intermédiaire

$$\text{Taux du CIMFT} = 20 \% - [15 \% \times \frac{(\text{CV calculé sur une base consolidée} - 250 \text{ M\$})}{250 \text{ M\$}}]$$

Région du Bas-Saint-Laurent

$$\text{Taux du CIMFT} = 30 \% - [25 \% \times \frac{(\text{CV calculé sur une base consolidée} - 250 \text{ M\$})}{250 \text{ M\$}}]$$

Zone éloignée

$$\text{Taux du CIMFT} = 40 \% - [35 \% \times \frac{(\text{CV calculé sur une base consolidée} - 250 \text{ M\$})}{250 \text{ M\$}}]$$

3.7.6. Sociétés associées

Comme il a été mentionné précédemment, la majoration du CIMFT est réduite lorsque le CV de la société et des sociétés associées, calculé sur une base consolidée, excède 250 M\$.

Le calcul du CV doit s'effectuer sur une base mondiale. Aussi, on devra prendre en considération le CV des sociétés associées non assujetties à la taxe sur le capital du Québec.

De plus, pour déterminer les entités associées, les sociétés de personnes et les fiducies sont considérées comme une société dont les actions avec droit de vote sont détenues par les membres de la société de personnes ou les bénéficiaires du revenu de la fiducie à la fin de l'année d'imposition, selon la proportion de la répartition des revenus ou des pertes pour l'exercice financier se terminant dans l'année d'imposition de la société.

Dans le cas d'une entreprise exploitée par un particulier, ce dernier est réputé exploiter l'entreprise par l'intermédiaire d'une société dont il détient toutes les actions avec droit de vote à la fin de l'année d'imposition.

3.7.7. Remboursement du CIMFT

Par ailleurs, le CIMFT auquel a droit une société au cours d'une année d'imposition pour un bien admissible acquis dans cette même année est déduit dans un premier temps à l'encontre de l'impôt et de la taxe sur le capital payable. À ce titre, les autres crédits d'impôt remboursables et la partie non remboursable du crédit d'impôt relatif à des ressources minières,

pétrolières, gazières ou autres ne seront pas pris en considération. Par contre, la partie reportable des années précédentes du CIMFT doit être prise en considération.

Dans un deuxième temps, la portion du CIMFT qui n'est pas appliquée à l'encontre de l'impôt et de la taxe sur le capital est remboursable en totalité, si le CV calculé sur une base consolidée n'excède pas 250 M\$. Aux fins du calcul du CV consolidé, les mêmes règles mentionnées à la section précédente s'appliquent. Lorsque le CV consolidé se situe entre 250 M\$ et 500 M\$, la portion du CIMFT non appliquée est remboursable en partie.

Le taux de remboursement du CIMFT pour une année d'imposition donnée lorsque le CV consolidé excède 250 M\$ se calcule comme suit :

$$\text{Taux de remboursement} = 1 - \frac{(\text{CV calculé sur une base consolidée} - 250 \text{ M}\$)}{250 \text{ M}\$}$$

Lorsque le CV excède 500 M\$, la portion du CIMFT non déduite à l'encontre de l'impôt et de la taxe sur le capital payables est reportable aux 3 années d'imposition précédentes ou aux 20 années d'imposition subséquentes. La portion reportable du CIMFT pouvant être utilisée au courant d'une année d'imposition se calcule principalement en fonction des mêmes principes applicables pour le CIMFT gagné durant l'année d'imposition courante.

Le report aux années précédentes ne peut toutefois pas s'effectuer si ces années se terminent avant le 13 mars 2008. De plus, dans le cas d'acquisition de contrôle, les mêmes règles qu'aux fins des reports de pertes autres qu'en capital s'appliqueront relativement au solde des CIMFT à reporter. Par conséquent, les CIMFT reportés ne pourront être utilisés qu'à l'encontre des impôts et de la taxe sur le capital attribuables à l'entreprise exploitée par la société acquise.

3.7.8. Société de personnes

Une société membre d'une société de personnes effectuant un investissement admissible pourra demander un CIMFT. À cet effet, l'investissement admissible est déterminé à l'égard de la société de personnes et le CIMFT est attribué à chacun des membres de la société de personnes pour l'année d'imposition dans laquelle se termine l'exercice financier de la société de personnes au cours duquel a lieu l'investissement. Le partage doit s'effectuer en fonction de la proportion convenue.

3.7.9. Impôt spécial

Dans l'éventualité où une société n'utilise pas le bien durant la période minimale de 730 jours ou reçoit un remboursement dans une année subséquente, la société sera tenue :

- soit de payer un impôt spécial représentant le montant du CIMFT qu'elle aura demandé pour une année d'imposition précédente;
- ou de réduire le solde de son compte de CIMFT reporté.

3.7.10. Allocation du coût en capital

Bien qu'aucune référence à cet égard n'ait été mentionnée dans le budget du Québec, il est ressorti de nos discussions avec Revenu Québec que le CIMFT sera considéré comme une aide gouvernementale ou non gouvernementale aux fins de l'établissement du coût en capital⁶⁷ d'un bien. Par conséquent, aux fins du calcul de l'allocation du coût en capital, le montant du CIMFT utilisé à l'encontre de l'impôt et de la taxe sur le capital payables par ailleurs, et la portion du CIMFT remboursée durant une année d'imposition devra réduire le coût en capital du bien. Par contre, tout impôt spécial payé devra être ajouté au coût du bien et à la fraction non amortie du coût en capital.

Le fédéral devrait adopter ce même principe, si ce dernier suit la même position prise pour le crédit de la taxe sur le capital⁶⁸.

3.7.11. Choix de l'aide fiscale

Une société ayant droit à l'un des crédits d'impôt remboursables pour les régions ressources, soit le crédit d'impôt remboursable pour les activités de transformation dans les régions ressources, soit le crédit d'impôt remboursable pour la Vallée de l'aluminium, soit le crédit d'impôt remboursable pour la Gaspésie et certaines régions maritimes du Québec (ci-après « les crédits d'impôt régions »), et au CIMFT doit faire un choix entre ce dernier et les crédits d'impôt régions.

⁶⁷ Art. 101 L.I.

⁶⁸ *Tax Window Files*, dans *CCH Tax* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 2006-0212641E5, 22 janvier 2007; 2007-0227241E5, 6 novembre 2007 et 2007-0234681E5, 6 novembre 2007.

Dans l'éventualité où une société choisit de se prévaloir du CIMFT, sauf exception, ce choix annule de façon irrévocable le droit aux crédits d'impôt régions pour l'année civile se terminant dans l'année d'imposition et pour les années civiles subséquentes.

Lorsqu'une société admissible au CIMFT est associée à une autre société au cours d'une année d'imposition et que cette autre société est admissible aux crédits d'impôt régions, le choix de se prévaloir du CIMFT doit s'effectuer conjointement par toutes les sociétés associées. Ce choix annulera également, de façon définitive, pour la société et les sociétés associées, le droit aux crédits d'impôt régions pour l'année civile se terminant dans l'année d'imposition dans laquelle le choix est effectué et pour les années civiles subséquentes.

3.8. CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE POUR LES ACTIVITÉS DE TRANSFORMATION DANS LES RÉGIONS RESSOURCES

Le crédit d'impôt remboursable pour les activités de transformation dans les régions ressources (ci-après « CIATRR ») est en place depuis déjà un certain nombre d'années. Cependant, à la suite de l'introduction du CIMFT, certaines modifications ont été apportées au CIATRR. Dans les prochaines sections, nous examinerons les grandes lignes de ce crédit ainsi que les récentes modifications. Les articles 1029.8.36.72.82.1 à 1029.8.36.72.82.12 L.I. constituent le cadre fiscal qui régit ce crédit.

3.8.1. Société admissible

Une société est admissible au CIATRR au cours d'une année d'imposition si elle exploite une entreprise reconnue dans une région admissible et possède un établissement au Québec. Cependant, une société exonérée d'impôt n'y a pas droit.

3.8.2. Entreprise reconnue et régions admissibles

Pour être une entreprise reconnue, la société doit détenir un certificat d'admissibilité délivré par Investissement Québec, tant pour les employés admissibles que pour elle-même. À ce titre, la société doit démontrer à Investissement Québec qu'elle créera un minimum de trois emplois à temps plein dans un délai raisonnable. De plus, ses activités doivent se situer, entre autres, dans les secteurs suivants :

- secteur du bois : FT de produits finis ou semi-finis à partir du bois, de composantes de palettes, de produits à partir du papier et du carton;

- secteur des métaux : FT de produits finis ou semi-finis à partir de métaux;
- autres secteurs énumérés.

Les activités d'installation accessoire aux activités de FT réalisées par une société ne sont pas admissibles. De plus, les activités admissibles au crédit d'impôt remboursable pour la Gaspésie et certaines régions maritimes du Québec et pour la Vallée de l'aluminium ne sont pas reconnues pour le CIATRR.

Les régions admissibles sont les suivantes :

- le Bas-Saint-Laurent (région 01);
- le Saguenay–Lac-Saint-Jean (région 02);
- la Mauricie (région 04);
- l'Abitibi-Témiscamingue (région 08);
- la Côte-Nord (région 09);
- le Nord-du-Québec (région 10);
- la Gaspésie–Îles-de-la-Madeleine (région 11);
- la MRC de La Vallée-de-la-Gatineau;
- la MRC de Pontiac;
- la MRC d'Antoine-Labelle.

3.8.3. Crédit d'impôt

Le CIATRR correspond sommairement à 30 % de l'accroissement de la masse salariale et une société peut en bénéficier jusqu'au 31 décembre 2010, à la suite de l'annonce faite lors du Budget du Québec de 2008. Le crédit d'impôt est pleinement remboursable et il est imposable.

Aux fins du calcul de la masse salariale, les employés pouvant être considérés doivent être des employés d'un établissement d'une société

admissible situé dans une région admissible et ils doivent consacrer au moins 75 % de leur temps à entreprendre, superviser ou supporter directement les activités de l'entreprise reconnue.

De plus, les salaires admissibles aux fins du calcul de la masse salariale n'incluent pas les jetons de présence d'un administrateur, une indemnité, les heures supplémentaires, les avantages imposables et une prime au rendement et(ou) une commission pour certains employés.

Des règles particulières sont prévues pour les sociétés associées, pour les sociétés possédant un établissement dans une région admissible et un autre établissement ailleurs au Québec, lors de la liquidation ou de la fusion de sociétés et lors de la continuation d'une autre entreprise.

À la suite du Budget du Québec du 13 mars 2008, dans l'éventualité où une société ou une société associée choisit de se prévaloir du CIMFT au cours d'une année d'imposition donnée, la société devra renoncer à se prévaloir du CIATRR pour ladite année d'imposition et pour les années d'imposition suivantes. Cependant, si une société ou une société associée choisit de se prévaloir du CIATRR au cours d'une année d'imposition donnée, la société devra renoncer à se prévaloir du CIMFT pour ladite année d'imposition. Toutefois, pour les années d'imposition suivantes, il sera possible pour la société et les sociétés associées de se prévaloir du CIMFT.

3.9. CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE POUR LA GASPÉSIE ET CERTAINES RÉGIONS MARITIMES DU QUÉBEC

Au même titre que le CIATRR, le crédit d'impôt remboursable pour la Gaspésie et certaines régions maritimes du Québec (ci-après « CIGRMQ ») existe déjà depuis un certain nombre d'années. Il a également subi quelques modifications à la suite de l'introduction du CIMFT. Les articles 1029.8.36.72.82.1 à 1029.8.36.72.82.26 L.I. en constituent le cadre fiscal régissant ce crédit. Dans les prochaines sections, nous examinerons les grandes lignes de ce crédit ainsi que les récentes modifications.

3.9.1. Société admissible

Les critères applicables au CIGRMQ sont les mêmes que ceux du CIATRR.

3.9.2. Entreprise reconnue et régions admissibles

À la base pour être une entreprise reconnue, les mêmes critères que le CIATRR s'appliquent. Toutefois, les activités doivent se réaliser dans des régions précises et dans les secteurs suivants :

Activités admissibles	Régions admissibles
<ul style="list-style-type: none"> Transformation des produits de la mer. 	<ul style="list-style-type: none"> Gaspésie–Îles-de-la-Madeleine. Côte-Nord. MRC de Matane.
<ul style="list-style-type: none"> Production d'énergie éolienne et fabrication d'éoliennes. 	<ul style="list-style-type: none"> Gaspésie–Îles-de-la-Madeleine. MRC de Matane.
<ul style="list-style-type: none"> Fabrication de produits finis ou semi-finis dans le domaine de la biotechnologie marine. 	<ul style="list-style-type: none"> Gaspésie–Îles-de-la-Madeleine. Côte-Nord.
<ul style="list-style-type: none"> Mariculture (élevage de produits de la mer). 	<ul style="list-style-type: none"> Bas-Saint-Laurent.

Lors du Budget du 13 mars 2008, les activités manufacturières pour la région de la Gaspésie–Îles-de-la-Madeleine ont été ajoutées. Les activités manufacturières visées sont celles regroupées sous les codes 31 à 33 du SCIAN.

Les activités d'installation accessoire aux activités de FT réalisées par une société ne sont également pas admissibles.

3.9.3. Crédit d'impôt

À la suite du Budget du Québec de 2008, le CIGRMQ se divise maintenant en deux crédits. Le crédit calculé au taux de 40 % jusqu'au 31 décembre 2010 ou jusqu'au 31 décembre 2015 pour les secteurs de la biotechnologie marine et de la mariculture, et le nouveau crédit d'impôt au

taux de 20 %⁶⁹ applicable jusqu'au 31 décembre 2015 si certains choix sont effectués.

Crédit au taux de 40 %

Le CIGRMQ au taux de 40 % est calculé sommairement sur l'accroissement de la masse salariale. Toutefois, une société qui amorce l'exploitation d'une entreprise reconnue après le 31 mars 2008, ou qui effectue le choix du crédit au taux de 20 % ou encore qui décide de se prévaloir du CIMFT ne pourra plus se prévaloir du crédit au taux de 40 %. Par contre, si la société décide de continuer de se prévaloir du crédit au taux de 40 %, elle pourra toujours faire le choix dans une année d'imposition subséquente d'utiliser le taux de 20 % et(ou) de bénéficier du CIMFT.

Crédit au taux de 20 %

Le CIGRMQ au taux de 20 % se calcule également sur l'accroissement de la masse salariale. Par contre, la période de référence est l'année civile précédant celle où le choix est effectué⁷⁰. Une société effectuant le choix du nouveau CIGRMQ pourra faire également le choix du CIMFT.

Crédit au taux de 40 % et 20 %

Aux fins du calcul de la masse salariale, les employés pouvant être considérés doivent être des employés d'un établissement d'une société admissible situé dans une région admissible et ils doivent consacrer au moins 75 % de leur temps à entreprendre, superviser ou supporter directement les activités de l'entreprise reconnue.

De plus, les salaires admissibles aux fins du calcul de la masse salariale n'incluent pas les jetons de présence d'un administrateur, une indemnité, les heures supplémentaires, les avantages imposables et une prime au rendement et(ou) une commission pour certains employés.

Des règles particulières sont prévues, pour les sociétés associées, pour les sociétés possédant un établissement dans une région admissible et un

⁶⁹ Pour les sociétés qui exercent leurs activités dans les secteurs de la biotechnologie marine et de la mariculture, le taux du crédit demeure à 40 %.

⁷⁰ Par conséquent, une société qui ne fait pas le choix du nouveau crédit d'impôt remboursable pour les années civiles 2008 à 2010 aura comme année de référence l'année civile 2010.

autre établissement ailleurs au Québec, lors de la liquidation ou de la fusion de sociétés et lors de la continuation d'une autre entreprise.

3.10. CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE POUR LA VALLÉE DE L'ALUMINIUM

Le crédit d'impôt remboursable pour la Vallée de l'aluminium (ci-après « CIVA ») a été également mis en place depuis un certain nombre d'années. À la suite de l'introduction du CIMFT, tout comme le CIATRR et le CIGRMQ, le CIVA a subi quelques modifications. Le cadre législatif régissant ce crédit se retrouve aux articles 1029.8.36.72.82.1 à 1029.8.36.72.82.12 L.I. Dans les prochaines sections, nous survolerons les règles applicables à ce crédit ainsi que des nouveautés qui s'y rattachent.

3.10.1. Société admissible

Les critères applicables au CIVA sont les mêmes que ceux du CIATRR.

3.10.2. Entreprise reconnue et régions admissibles

Les critères de base pour qu'une société admissible soit reconnue comme exploitant une entreprise reconnue sont les mêmes que le CIATRR. Ses activités doivent se réaliser dans la région administrative du Saguenay-Lac-Saint-Jean et dans les secteurs d'activité suivants :

- la fabrication de produits finis ou semi-finis à partir de l'aluminium ayant déjà subi une première transformation;
- la valorisation et le recyclage des déchets et des résidus de la transformation de l'aluminium.

Tout comme le CIATRR et le CIGRMQ, les activités d'installation accessoire aux activités de FT réalisée par une société ne sont pas admissibles. De plus, les activités admissibles au crédit d'impôt remboursable pour la Gaspésie et certaines régions maritimes du Québec ne sont pas reconnues pour le CIVA.

3.10.3. Crédit d'impôt

Le CIVA s'est vu également ajouter un nouveau taux de crédit d'impôt et une prolongation lors du Budget du Québec de 2008. Par conséquent, une société pourra bénéficier d'un taux de crédit d'impôt de 30 % jusqu'au

31 décembre 2010 ou d'un taux de 20 % à compter de l'année civile 2008 jusqu'au 31 décembre 2015 si elle effectue un choix à cet effet. Le crédit est également remboursable et imposable.

Crédit au taux de 30 %

Le CIVA au taux de 30 % est calculé sommairement sur l'accroissement de la masse salariale. Toutefois, une société qui amorce l'exploitation d'une entreprise reconnue après le 31 mars 2008, ou qui effectue le choix du crédit au taux de 20 % ou encore qui décide de se prévaloir du CIMFT ne pourra pas plus se prévaloir du crédit au taux de 30 %. Par contre, si elle choisit de continuer de bénéficier du taux de 30 % durant une année d'imposition, elle pourra faire le choix dans une année d'imposition subséquente de profiter du taux de 20 % ou du CIMFT.

Crédit au taux de 20 %

Le CIVA au taux de 20 % se calcule également sur l'accroissement de la masse salariale. Par contre, la période de référence est l'année civile précédant celle où le choix est effectué. Une société effectuant le choix du nouveau CIVA pourra choisir également le CIMFT.

Crédit au taux de 30 % et 20 %

Les autres règles du CIGRMQ s'appliquent également au CIVA, *mutatis mutandis*.

3.11. CUMUL DES CRÉDITS D'IMPÔT

Nous constatons que le Québec offre une panoplie de crédits d'impôt. Par conséquent, il pourrait arriver, dans certaines situations, qu'une même dépense puisse être admissible pour plusieurs crédits d'impôt. Toutefois, l'article 1029.6.0.1 L.I. vient restreindre son utilisation. Une société aura donc à faire des choix afin de bénéficier des crédits d'impôt les plus avantageux.

4. FÉDÉRAL ET QUÉBEC⁷¹

Les gouvernements fédéral et québécois accordent aux contribuables, à l'encontre du revenu d'entreprise ou de biens, une déduction pour amortissement⁷² (ci-après « DPA ») à l'égard de certaines dépenses en capital (ou biens acquis). Afin de déterminer le montant de DPA qui peut être déduit, les biens sont divisés en différentes catégories fiscales, chacune comportant un taux d'amortissement. Les catégories fiscales et le taux d'amortissement établi par le législateur sont normalement fonction de la nature du bien et de sa durée de vie utile. En règle générale, plus la vie utile d'un bien sera longue, plus le taux de DPA sera bas.

Par conséquent, si une société désire maximiser sa DPA et par le fait même respecter la loi, il devient important de bien classer chaque bien acquis. Nous verrons dans les prochaines sections les différentes catégories fiscales qui touchent davantage les sociétés manufacturières et certains des biens qui composent ces catégories.

Nous tenons à rappeler qu'aux fins du calcul de la DPA, sauf exceptions, la règle du demi-taux s'applique lorsqu'un bien est acquis durant une année d'imposition⁷³.

4.1. CATÉGORIE 1

La catégorie 1 inclut les ponts, barrages, passages souterrains et autres biens. Elle inclut, entre autres, les bâtiments acquis après 1988. Le taux de la DPA de base est de 4 % dégressif. Lors de son Budget du 19 mars 2007⁷⁴, le gouvernement fédéral annonçait que le taux de la DPA de 4 % serait porté à 10 % pour les bâtiments servant à la FT. Cette hausse de la DPA est accordée au moyen d'une déduction supplémentaire de 6 %⁷⁵.

⁷¹ Sauf mention à l'effet contraire, les catégories fiscales au fédéral et au Québec sont les mêmes. De plus, les modifications annoncées dans les différents budgets au fédéral ont été suivies par le Québec.

⁷² Al. 20(1)a) et 20(1)b) L.I.R.

⁷³ Par. 1102(2) R.I.R.

⁷⁴ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007, pp. 443-444.

⁷⁵ Par. 1100(a.1) R.I.R.

Pour avoir droit à cette déduction supplémentaire, certaines conditions doivent être respectées :

- le bien doit être classé dans une catégorie distincte par l'effet du paragraphe 1101(5b.1) R.I.R.;
- au moins 90 % de l'aire de plancher du bâtiment est utilisée, à la fin de l'année d'imposition, pour la FT au Canada de marchandises destinées à la vente ou à la location;
- le bâtiment doit être situé au Canada⁷⁶;
- le bâtiment n'a pas été utilisé, ni acquis en vue d'être utilisé, par une personne ou une société de personnes avant le 19 mars 2007;
- le bâtiment est acquis après le 18 mars 2007 en vue d'être utilisé par le contribuable, ou par son preneur, à des fins non résidentielles.

Dans une interprétation technique⁷⁷, il a été demandé si un bâtiment acquis après le 19 mars 2007 aux fins de FT, mais érigé en 1986 et utilisé par son propriétaire d'origine, était admissible. L'ARC a répondu ce qui suit : « Dans la situation qui vous concerne, le bâtiment a été acquis et utilisé avant le 19 mars 2007, soit depuis 1986. Nous sommes donc d'avis que vous ne pourriez pas réclamer une DSPA pour ce bâtiment. »

Par conséquent, un bâtiment usagé ayant servi ou non aux fins de FT n'est pas admissible. Par contre, dans le cas d'ajout ou de modification à un bâtiment non admissible, les nouveaux paragraphes 1102(23) et 1102(24) R.I.R. énoncent que les ajouts ou modifications seront admissibles si les conditions suivantes sont remplies :

- le bâtiment ne doit faire partie d'une catégorie distincte par l'effet du paragraphe 1101(5b.1) R.I.R.;
- au moins 90 % de l'aire de plancher incluant l'ajout ou la modification du bâtiment est utilisée, à la fin de l'année d'imposition, pour la FT au Canada de marchandises destinées à la vente ou à la location.

⁷⁶ Par. 1104(1) « bâtiment non résidentiel admissible » R.I.R.

⁷⁷ *Tax Window Files*, dans *CCH Tax* (en ligne), *op. cit.*, note 68, interprétation technique 2008-0271891E5, 1^{er} mai 2008.

Pour les bâtiments en construction le 19 mars 2007, le paragraphe 1102(25) R.I.R. prévoit que les coûts engagés avant le 19 mars 2007 sont réputés avoir été engagés à cette date. Toutefois, un contribuable peut faire un choix de se soustraire de l'application dudit paragraphe. Le choix doit être produit avec sa déclaration de revenus. À cet égard, il n'y a aucune mention selon laquelle un choix tardif ou modifié peut être effectué.

4.2. CATÉGORIE 8

On retrouve dans la catégorie 8 tous les biens non inclus dans une autre catégorie fiscale. Entre autres, l'alinéa i) de la catégorie 8 commence comme suit : « une immobilisation matérielle qui n'est pas compris dans une autre catégorie de la présente annexe à l'exception ». L'exception vise un terrain, un animal, un arbre, un puits de pétrole ou de gaz, une mine et certains autres biens. Le taux applicable à la catégorie 8 est de 20 % dégressif.

4.3. CATÉGORIE 12

Le taux de DPA de la catégorie 12 est de 100 %. Il est donc avantageux de pouvoir inclure le plus de biens possibles dans cette catégorie. Dans le domaine de la fabrication, on y retrouve surtout les biens suivants : une matrice, un gabarit, un modèle de moule⁷⁸ ou une forme à chaussure, les outils coûtant moins de 200 \$, le dispositif de coupage ou de façonnage d'une machine. Les outils ne sont pas soumis à la règle du demi-taux. De plus, le Budget fédéral de 2006⁷⁹ a augmenté de 200 \$ à 500 \$ le coût des outils admissibles à la DPA à 100 %, pour les outils acquis après le 2 mai 2006. À ce jour, aucune modification de règlement n'a été déposée à cet effet.

4.4. CATÉGORIE 14

La catégorie 14 inclut les brevets, concessions ou permis d'une durée limitée. Cependant, les biens de la catégorie 14 ne comprennent pas une concession ou un permis à l'égard de minéraux, de pétrole de gaz naturel,

⁷⁸ Voir « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 48:1-72, question 8, aux pages 48:18-19, où Revenu Québec a mentionné qu'un moule peut être compris dans la catégorie 29 ou 43, et cela, à la suite de la cause *SMRQ c. Plastiques Simport ltée*, 2007 QCCA 160.

⁷⁹ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2006*, 2 mai 2006, p. 261.

d'autres hydrocarbures connexes, de bois et de biens s'y rapportant. Elle ne comprend pas également les biens inclus dans la catégorie 44.

Sommairement, les biens de la catégorie 14 sont amortis de façon linéaire, selon leur durée utile restant afin de gagner un revenu⁸⁰. De plus, la règle du demi-taux ne s'applique pas. Selon le paragraphe 4 du *Bulletin d'interprétation IT-477* de l'ARC, il est mentionné qu'une autre méthode peut être utilisée dans certaines circonstances. À cet effet, il est précisé ce qui suit : « [...] l'ADRC accepte que le coût en capital d'un bien de la catégorie 14 puisse se répartir d'une autre façon lorsque, selon les ententes légales ou autres facteurs pertinents, le contribuable peut clairement démontrer que cette répartition est raisonnable⁸¹. »

Il est également mentionné au paragraphe 5 du même bulletin que, si un contribuable déduit un montant moindre que la déduction maximale permise, la portion non déduite ne pourra être reconnue qu'à titre de perte finale lorsqu'il n'y aura plus aucun bien dans la catégorie 14.

Dans le cas des brevets, le paragraphe 1100(9) R.I.R. permet de déduire un montant correspondant à l'usage du brevet.

Normalement, le coût en capital d'un bien de la catégorie 14 inclut le prix d'achat, les frais juridiques, les frais d'enregistrement et de démarches et autres frais engagés pour faire son acquisition. Cependant, l'alinéa 20(1)cc) L.I.R. permet de déduire à titre de dépenses courantes les frais de démarche auprès d'un gouvernement, d'un organisme gouvernemental ou d'un autre corps similaire.

4.5. CATÉGORIE 29

La catégorie 29 s'appliquait aux biens acquis avant 1988 et son taux de la DPA était de 50 %, selon la méthode linéaire. Toutefois, les Budgets de 2007, 2008 et 2009 du fédéral ont fait revivre la catégorie 29 pour un certain temps. Lors du Budget fédéral de 2009⁸², il a été annoncé que les biens acquis après le 18 mars 2007 et avant 2012, inclus normalement dans la

⁸⁰ Al. 1100(1)c) R.I.R.

⁸¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-477* (consolidé), « Déduction pour amortissement – Brevets, concessions et permis », 13 décembre 2001, par. 4.

⁸² Voir CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 20, pp. 355-356.

catégorie 43, feront partie de la catégorie 29. Les modifications à cet effet ont été édictées en date du 30 avril 2009⁸³.

Sauf exception, la catégorie 29, contrairement à d'autres catégories, n'énumère pas précisément les biens qui en font partie. Elle fait plutôt référence aux biens inclus principalement dans la catégorie 8, dédiés principalement pour la FT. À ce titre, le *Règlement de l'impôt sur le revenu* définit les biens de la catégorie 29 comme suit :

« Les biens, sauf ceux qui ne sont pas compris dans la catégorie 41 que par l'effet de ses alinéas c) ou d) et ceux qui sont compris dans la catégorie 47 par l'effet de son alinéa b), qui seraient compris par ailleurs dans une autre catégorie de la présente annexe et qui remplisse les conditions suivantes :

a) c'est-à-dire les biens fabriqués par le contribuable et dont la fabrication a été achevée après le 8 mai 1972, ou autres biens acquis par le contribuable après le 8 mai 1972,

(i) et devant être utilisés directement ou indirectement par lui au Canada surtout pour la fabrication ou la transformation de marchandises en vue de la vente ou de la location, ou

(ii) devant être loués, dans le cours normal de l'exploitation d'une entreprise au Canada par le contribuable, à un preneur qui, selon ce à quoi il est raisonnable de s'attendre, les utilisera, directement ou indirectement, au Canada principalement dans le cadre de ses activités de traitement préliminaire au Canada ou de ses activités de fabrication ou de transformation de marchandises à vendre ou à louer, dans le cas où le contribuable est une société dont l'entreprise principale consiste à:

(A) louer des biens,

(B) fabriquer des biens qu'elle vend ou loue,

(C) prêter de l'argent,

(D) acheter des contrats de vente conditionnelle, des comptes à recevoir, des contrats de vente, des *chattel mortgages*, des lettres de change ou d'autres titres représentant en partie ou en totalité le prix de vente de marchandises ou de services, ou

⁸³ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Règlement modifiant le Règlement de l'impôt sur le revenu (déduction pour amortissement – mesures budgétaires de 2008 et 2009)*, C.P. 2009-660, DORS/2009-126, 30 avril 2009, dans (2009), vol. 143, n° 10 *Gazette du Canada II* 697-698.

(E) vendre et entretenir une catégorie de biens qu'il loue également,

ou groupe une ou plusieurs des activités qui précèdent, à moins que l'utilisation de ces biens par le preneur n'ait commencé avant le 9 mai 1972;

b) c'est-à-dire

(i) les biens qui, sans la présente catégorie, seraient compris dans la catégorie 8, sauf le matériel roulant de chemins de fer ou un bien décrit à l'alinéa *j*) de la catégorie 8,

(ii) un réservoir à pétrole ou à eau,

(iii) un chariot élévateur à fourche industriel, actionné par un moteur,

(iv) du matériel électrogène désigné dans la catégorie 9, ou

(v) les biens visés aux alinéas *b*) ou *f*) de la catégorie 10, [...]

c) c'est-à-dire les biens acquis par le contribuable:

[...]

(iii) soit après le 18 mars 2007 et avant 2012 qui sont des machines, ou du matériel, qui rencontrent les conditions suivantes:

(A) ils seraient visés à l'alinéa *a*) en l'absence du passage "de ses activités de traitement préliminaire au Canada ou" au sous-alinéa *a*)(ii)

(B) ils sont visés à l'un des sous-alinéas *b*)(i) à (iii) et (vi). » (Notre soulignement)

L'exigence d'être utilisé « surtout pour la fabrication ou la transformation » nous mène tout droit à résoudre des questions d'interprétation, lesquelles ne font pas l'objet du présent texte. Par exemple est-ce qu'une table utilisée pour faire des dessins industriels sert principalement à faire de la FT?

4.6. CATÉGORIE 43

Les biens de la catégorie 43 sont constitués de biens de la catégorie 29 et sont amortissables à un taux de la DPA de 30 %, selon la méthode dégressive. Toutefois, avec l'annonce du Budget fédéral de 2009⁸⁴ et à moins

⁸⁴ Voir CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 20, pp. 355-356.

d'autres annonces de la part des différents gouvernements, la catégorie 43 ne sera pas utilisée pour les nouvelles acquisitions avant l'année civile 2012.

4.7. CATÉGORIE 43.1

Les biens de la catégorie 43.1 donnent droit à un taux de la DPA accéléré de 30 % et vise certains équipements reliés aux sources d'énergie renouvelable et à l'économie d'énergie. On y retrouve à titre d'exemple du matériel générateur d'électricité servant principalement à produire de l'énergie thermique, du matériel qui produit à la fois de l'énergie électrique et de l'énergie thermique, du matériel de récupération de chaleur utilisé principalement pour économiser de l'énergie ou réduire les besoins en énergie (sous certaines conditions), etc.

Les Budgets 2007 et 2008 du fédéral ont élargi la portée de la catégorie 43.1 et indirectement la catégorie 43.2. Entre autres :

- le matériel de chauffage solaire actif en surface, utilisé dans des applications commerciales ou résidentielles, est maintenant admissible;
- les déchets alimentaires, les résidus végétaux et les déchets de bois sont ajoutés à la liste de base qui peuvent servir à alimenter les systèmes admissibles de production de biogaz;
- le matériel de valorisation de la partie combustible d'une matière d'alimentation est ajouté aux types de matériel qui peuvent faire partie d'un système de cogénération;
- et autres ajouts.

En vertu du paragraphe 1102(16.1) R.I.R., il est possible d'effectuer un choix voulant qu'un bien de la catégorie 43.1 puisse intégrer la catégorie 29, si ce bien constitue une machine ou du matériel de FT et qu'il est acquis entre le 18 mars 2007 et le 1^{er} janvier 2012⁸⁵.

⁸⁵ Relativement à la possibilité de faire un choix d'intégrer des biens de la catégorie 43.1 ou 43.2 dans la catégorie 29, le Québec ne s'était pas prononcé à cet effet au moment de la rédaction de ce texte.

4.8. CATÉGORIE 43.2

Le taux de la DPA de la catégorie 43.2 est de 50 %. Les biens de cette catégorie sont surtout des biens qui sont décrits à l'alinéa d) de la catégorie 43.1, soit des biens constituant des systèmes de production d'énergie renouvelable. De plus, les biens doivent être acquis après le 22 février 2005 et avant 2020. La période d'acquisition a été prolongée de 2012 à 2020 à la suite du Budget fédéral du 19 mars 2007.

On y retrouve, à titre d'exemple, du matériel utilisant seulement un combustible résiduaire admissible⁸⁶, un combustible fossile ou une combinaison de ceux-ci utilisés par le contribuable principalement pour produire de l'énergie thermique par la consommation des différents combustibles, du matériel de surface que le contribuable utilise principalement pour produire de l'énergie électrique uniquement à partir d'énergie géothermique, etc.

En vertu du paragraphe 1102(16.1) R.I.R., il est également possible d'effectuer un choix voulant qu'un bien de la catégorie 43.2 puisse intégrer la catégorie 29, si ce bien constitue une machine ou du matériel de FT et qu'il est acquis entre le 18 mars 2007 et le 1^{er} janvier 2012⁸⁷.

4.9. CATÉGORIE 44

Les biens de la catégorie 44 incluent les brevets et les biens constitués par un droit permettant l'utilisation de renseignements brevetés pour une durée limitée ou non. Le taux de la DPA est de 25 % dégressif.

Nous pouvons constater qu'un brevet peut faire partie des catégories 14 ou 44 lorsqu'il a une durée limitée. Cependant, un brevet fait partie au départ de la catégorie 44. Pour qu'un brevet puisse faire partie de la catégorie 14, un choix doit être effectué et une lettre à cet effet doit être annexée à la déclaration de revenus⁸⁸.

⁸⁶ Défini au paragraphe 1104(13) « à titre d'exemple des déchets de bois et des déchets d'usine de pâtes et papiers » R.I.R.

⁸⁷ Voir *supra*, note 85.

⁸⁸ Par. 1103(2h) R.I.R.

CONCLUSION

L'industrie manufacturière étant un rouage important de notre économie, les différents paliers gouvernementaux ont revu, au cours des dernières années, certains mécanismes d'aide fiscale, notamment la déduction pour amortissement de certains biens et l'octroi ou l'amélioration de certains crédits d'impôt. Il en résulte qu'une société manufacturière pourra, grâce à ces différentes mesures, réussir à réduire sa facture d'impôt et par le fait même générer davantage de liquidités lui permettant d'investir dans de nouveaux matériels plus performants, de prendre de l'expansion et de soutenir la concurrence. Il existe également d'autres mesures en place depuis un certain nombre d'années, il n'en tient qu'aux sociétés d'en faire bon usage.

LA DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL – UNE MISE À JOUR



Anne-Marie Dupras
CA, avocate
BDO Canada s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Joëlle Savage
CA
BDO Canada s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	20:5
1. RAPPEL DES CONDITIONS NÉCESSAIRES AFIN DE RÉCLAMER LA DGC.....	20:6
1.1. LA SOCIÉTÉ EST UNE « SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE » AU SENS DU PARAGRAPHE 248(1) L.I.R.....	20:6
1.1.1. La « totalité ou presque » des actifs sont utilisés dans l'exploitation d'une petite entreprise.....	20:7
1.2. SOCIÉTÉ PRIVÉE SOUS CONTRÔLE CANADIEN.....	20:11
1.2.1. Utilité de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. pour la détermination du statut de société privée sous contrôle canadien de la société.....	20:12
1.2.2. Les effets du paragraphe 256(9) L.I.R.....	20:14

1.3.	LES ACTIONS SONT DES « ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE » AU MOMENT DE LA DISPOSITION.....	20:17
1.3.1.	La période de détention continue est d'au moins 24 mois	20:18
1.3.2.	Plus de 50 % des actifs de la société doivent avoir été principalement utilisés dans une entreprise que la société exploite activement (ou une société liée), principalement au Canada	20:23
1.4.	AUTRES CONDITIONS AFIN DE POUVOIR BÉNÉFICIER DE LA DGC.....	20:25
1.4.1.	Dividendes versés sur actions non prescrites – Paragraphe 110.6(8) L.I.R./Article 6205 du <i>Règlement de l'impôt sur le revenu</i>	20:26
1.5.	DÉCLARER LE GAIN EN CAPITAL ET LA DÉDUCTION À TEMPS – PARAGRAPHERS 110.6(6) ET 110.6(7) L.I.R.	20:26
2.	VENTE À DES MEMBRES DE LA FAMILLE : PEUT-ON RÉCLAMER LA DGC?	20:29
2.1.	LE GRAND COUPABLE : L'ARTICLE 84.1 L.I.R.....	20:29
2.2.	ALTERNATIVES DISPONIBLES.....	20:32
2.3.	STRATÉGIE POTENTIELLE LORSQUE LE VENDEUR A DÉJÀ RÉCLAMÉ SA DGC À LA SUITE D'UNE CRISTALLISATION.....	20:34
2.4.	L'AFFAIRE <i>EVANS C. LA REINE</i> : ENCAISSEMENT DE SURPLUS GRÂCE À LA VENTE D' ACTIONS À UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES EN UTILISANT LA DGC	20:37
3.	MÉTHODES DE PURIFICATION DE LA SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE : PIÈGES ET NOUVEAUTÉS	20:40
3.1.	STRATÉGIES POTENTIELLES LORSQUE LES ACTIFS À EXTRAIRE N'ONT PAS DE PLUS-VALUE ACCUMULÉE.....	20:41
3.2.	STRATÉGIES POTENTIELLES POUR EXTRAIRE DE LA SOCIÉTÉ CIBLE DES ACTIFS AYANT UNE PLUS-VALUE ACCUMULÉE	20:41
3.2.1.	Exception de l'alinéa 55(3)b) L.I.R.....	20:43
3.2.2.	L'un des objets principaux de la série d'opérations n'est pas de diminuer le gain en capital à la disposition d'une action.....	20:43
3.2.3.	Utilisation du revenu protégé	20:45
3.2.4.	Réorganisation où l'impôt de la Partie IV L.I.R. est applicable au paiement de dividendes.....	20:45
3.2.5.	Le rachat d'actions ayant un prix de base rajusté élevé	20:46

4. MODIFICATIONS AUX STRUCTURES ACTUELLES POUR PERMETTRE L'UTILISATION DES 250 000 \$ DE DGC ADDITIONNELLE	20:47
4.1. STRUCTURES CORPORATIVES POSSIBLES POUR PERMETTRE L'UTILISATION DE LA DGC	20:47
4.1.1. Utilisation d'une société de gestion pour réclamer la DGC	20:47
4.1.2. Roulement interne en utilisant l'article 86, le paragraphe 51(1) ou le paragraphe 85(1) L.I.R.	20:48
4.1.3. Utilisation d'une société de gestion et participation directe du particulier dans Opco	20:49
4.1.4. Utilisation d'une fiducie qui permettra de réclamer plusieurs fois la DGC lors d'une disposition ultérieure.....	20:50
4.2. MODIFICATIONS À APPORTER AUX STRUCTURES ACTUELLES AFIN DE POUVOIR RÉCLAMER LES 250 000 \$ DE DGC SUPPLÉMENTAIRE	20:51
CONCLUSION	20:51

INTRODUCTION

Lors du Budget fédéral de 2007¹, le gouvernement fédéral a annoncé une hausse de 500 000 \$ à 750 000 \$ du plafond de la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») sur les actions admissibles de petites entreprises (ci-après « AAPE »)². Le ministère des Finances du Québec a, par la suite, annoncé une harmonisation de la loi provinciale³ lors de son Budget 2007-2008⁴.

Les écrits sur la DGC sont nombreux⁵. Le but de ce texte n'est pas d'analyser tout ce qui s'est déjà dit sur le sujet, ce qui serait redondant, mais plutôt d'insister sur les nouveautés des dernières années.

De plus, ce texte passera en revue les stratégies de planifications disponibles pour tirer parti de la DGC, particulièrement lorsqu'une structure avait déjà été mise en place afin de bénéficier de la déduction de 500 000 \$.

¹ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

² *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2007 et de certaines dispositions de l'énoncé économique déposé au Parlement le 30 octobre 2007*, Projet de loi C-28 (Sanction royale), 2^e session, 39^e législature (Can.), par. 31(1).

³ *Loi modifiant la Loi sur les impôts, Loi donnant suite au discours sur le budget du 24 mai 2007, à la déclaration ministérielle du 1^{er} juin 2007 concernant la politique budgétaire 2007-2008 du gouvernement et à certains autres énoncés budgétaires*, Projet de loi 2, 1^{re} session, 39^e législature.

⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 24 mai 2007.

⁵ Voir par exemple : Craig K. HERMANN, « The Capital Gains Exemption: A Comprehensive Review », dans *2000 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001, pp. 29:1-54; Pierre FLEURY, « Développements récents et nouveautés en matière de réorganisation privée », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 3:1-8; Michelle DESROSIERS, « Utilisation de la déduction pour gains en capital », dans *Colloque – Achat/Vente d'une PME – Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur*, 103, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 5:1-33; Marc KAPLAN, « Going Public: Tax Considerations for the Owner-Manager », dans « Personal Tax Planning », (2008), vol. 56, n^o 4 *Revue fiscale canadienne* 990-1008; Lori A. MATHISON, « Selling a Business: Minimizing the Vendor's Tax », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 41:1-21; Luc MARTEL, « Mise à jour sur l'exonération du gain en capital », dans *Congrès 92*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1993, pp. 591-670.

1. RAPPEL DES CONDITIONS NÉCESSAIRES AFIN DE RÉCLAMER LA DGC

Afin de bénéficier de la DGC de 750 000 \$, les actions disposées doivent être des AAPE. Ce terme est défini au paragraphe 110.6(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶. Voici en rappel les trois principales conditions mentionnées dans la définition et pour lesquelles nous ferons une analyse plus approfondie :

- Il doit s'agir d'actions du capital-actions d'une « société exploitant une petite entreprise » (ci-après « SEPE »);
- L'action, tout au long de la période des 24 mois précédant la disposition, ne doit pas être la propriété d'une personne autre que le particulier ou une personne ou une société de personnes qui lui est liée;
- Au cours des 24 mois précédant la disposition, plus de 50 % de la juste valeur des éléments de l'actif de la société doivent être utilisés dans une entreprise exploitée activement, principalement au Canada, ou doivent être composés d'actions du capital-actions d'une ou de plusieurs sociétés rattachées.

1.1. LA SOCIÉTÉ EST UNE « SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE » AU SENS DU PARAGRAPHE 248(1) L.I.R.

Au paragraphe 248(1) L.I.R., la SEPE est définie comme étant une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») et dont la totalité ou presque de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des éléments d'actif est attribuable, à un moment donné, à des éléments qui sont :

- a) soit utilisés principalement dans une entreprise que la société ou une société qui lui est liée exploite activement principalement au Canada;
- b) soit constitués d'actions du capital-actions ou de dettes d'une ou de plusieurs SEPE rattachées à la société au moment donné, au sens du paragraphe 186(4) L.I.R. selon l'hypothèse que les SEPE sont, à ce moment, des sociétés payantes au sens de ce paragraphe;
- c) soit visés aux alinéas a) et b).

⁶ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

1.1.1. La « totalité ou presque » des actifs sont utilisés dans l'exploitation d'une petite entreprise

L'expression « la totalité ou presque » n'est pas définie dans la loi, mais l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») l'interprète généralement comme étant 90 % ou plus⁷.

On doit porter une attention accrue à la juste valeur des éléments d'actif de la société dont on veut disposer des actions afin d'être certain que ces actions se qualifient **au moment de la vente**. La première difficulté est fréquemment de déterminer si l'actif est considéré ou non comme étant utilisé dans l'exploitation active d'une entreprise. Lors du calcul, il faut garder en tête que les actifs hors bilan doivent aussi être pris en considération.

L'ARC indique dans une interprétation technique⁸ qu'un bien est admissible s'il est réellement exploité dans l'entreprise et si son retrait avait un effet nettement négatif sur les activités de la société.

À titre d'exemple, voyons quelques-uns des éléments que l'on retrouve souvent dans un bilan afin de voir quels sont les critères développés par la jurisprudence.

1.1.1.1. Liquidités, encaisse et placement

La majorité des sociétés possèdent des liquidités, habituellement présentées au bilan sous les postes d'encaisse, de trésorerie ou de placements à court terme. Il faut être attentif à déterminer si les liquidités sont utilisées activement dans l'exploitation d'une entreprise. La question importante est de déterminer à quel niveau les liquidités deviennent excédentaires à l'exploitation de l'entreprise. Les tribunaux ont d'ailleurs eu à se prononcer sur cette épineuse question de façon répétée.

Dans l'arrêt *Ensite Limited c. La Reine*⁹, il était question de savoir si un placement servant de garantie est un actif exploité activement dans

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9401125, « Action admissible de petite entreprise », 13 avril 1994.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0200791E5, « Actions sous entierement », 9 juillet 2007.

⁹ 86 D.T.C. 6521 (C.S.C.) (ci-après « *Ensite* »).

l'entreprise. Le juge Dickson de la Cour suprême a conclu que le critère déterminant est que le bien soit « employé » et « risqué » dans l'entreprise. Dans cette affaire, le bien était considéré comme employé activement dans l'entreprise puisqu'il était employé pour satisfaire à une condition qui devait être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales. Le terme « risqué » doit être vu dans le sens plus large que simplement un risque de saisie éventuelle du bien par les créanciers puisque, si cela était le cas, tous les biens seraient risqués. L'exigence minimale est donc respectée lorsque le retrait du bien aurait « un effet nettement négatif sur les opérations de la compagnie ».

L'arrêt *Reilly (Succession) c. La Reine*¹⁰ apporte des précisions supplémentaires sur le critère devant être utilisé afin d'évaluer si les placements sont « employés » dans l'exploitation de l'entreprise. Dans cet arrêt, la DGC réclamée en 2000 par le liquidateur testamentaire du contribuable décédé a été refusée puisqu'il a été déterminé que l'encaisse et les placements étaient trop élevés pour être considérés comme risqués à l'exploitation de l'entreprise. L'accumulation de liquidités avait débuté en 1995 lorsque la santé de M. Reilly a commencé à décliner et qu'il planifiait donc le transfert de son entreprise à son ex-conjointe et à ses enfants. Les liquidités sont passées de 162 000 \$ à 272 000 \$, faisant ainsi un bond de 27 % à 38 % du total de la valeur des actifs. On a déterminé qu'un tel montant de liquidités et de quasi-liquidités n'était ni essentiel ni important à l'entreprise puisque les liquidités n'étaient pas détenues « pour satisfaire à une condition qui devait obligatoirement être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales ».

Dans le cas du décès d'un particulier, il est possible qu'au moment du décès, les actions ne se qualifient pas comme étant admissibles. La loi prévoit donc une exception, contenue à l'alinéa 110.6(14g) L.I.R., qui répute une action ayant été admissible à un moment donné au cours de la période de 12 mois précédant le décès comme étant une action admissible au moment du décès. Malheureusement, cet allègement n'a pas été suffisant dans les circonstances de cette affaire.

L'ARC indique dans une interprétation technique¹¹ que des surplus temporaires (mais non permanents) provenant des fluctuations saisonnières ainsi que des surplus dans le but de payer un dépôt à un fournisseur seront

¹⁰ [2007] 5 C.T.C. 2288.

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9402365, « Active Assets – Cash », 12 avril 1994.

considérés comme étant des actifs utilisés dans l'exploitation active. Par contre, des surplus accumulés dans le but d'acquérir ou de remplacer un actif ou de rembourser une dette seront considérés comme n'étant **pas** utilisés dans l'exploitation normale d'une entreprise. On semble exiger que ces actifs excédentaires doivent être utilisés immédiatement et non éventuellement.

L'impôt à recevoir résultant du paiement en trop d'acomptes provisionnels est considéré comme étant un actif admissible¹². Il en va de même avec les crédits d'impôt pour la recherche scientifique et le développement expérimental¹³.

Assurance vie

Puisqu'un tel actif n'est pas utilisé ou risqué dans l'exploitation active d'une entreprise et que sa juste valeur peut varier selon la condition physique de l'assuré, il importe d'accorder de l'attention à la valeur de l'assurance vie. En effet, la juste valeur peut augmenter grandement dans le cas où la santé de l'assuré se détériore, créant ainsi une valeur élevée d'actifs non admissibles ayant pour conséquences possibles de disqualifier la société de SEPE. Pour limiter cette problématique, l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R. indique que la JVM d'une police d'assurance sur la vie d'un actionnaire est réputée être la valeur de rachat de cette même police.

Entreprise de placement déterminé

On a déterminé que la définition au paragraphe 248(1) L.I.R. indique que les actifs doivent être utilisés dans une « entreprise exploitée activement ». Cette définition est incluse au paragraphe 125(7) L.I.R. et se réfère à toute entreprise exploitée par une société, autre qu'une entreprise de placement déterminé ou une entreprise de prestation de services personnels, mais y compris un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial.

L'arrêt *Weaver c. La Reine*¹⁴ indique que, pour déterminer si une entreprise répondait à la définition d'une « entreprise de placement

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0285291C6, « Impôt à recevoir aux fins de 110.6 », 10 octobre 2008.

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0169565, « Actif utilisé dans l'entreprise », 22 avril 2003.

¹⁴ [2008] 5 C.T.C. 274 (C.A.F.).

déterminée », il ne s'agit pas de regarder la nature générale de l'entreprise d'une société, ni le niveau de l'activité ou de la passivité effectivement requis par cette entreprise. Il s'agit plutôt de savoir si le but principal de l'entreprise est de tirer un revenu de biens, notamment des intérêts, des dividendes, des loyers et des redevances. Dans cet arrêt, les actions de la société vendue ne se qualifiaient pas à la DGC puisque les revenus provenaient seulement de la sous-location de terrains et ainsi n'étaient pas des revenus d'entreprise exploitée activement ni un projet comportant un risque.

1.1.1.2. Impôts à recevoir et impôts futurs

Deux questions posées à l'ARC lors de la Table ronde sur la fiscalité fédérale de 2008¹⁵ portaient sur l'admissibilité des impôts à recevoir découlant d'un report rétrospectif de pertes provenant d'une entreprise exploitée activement et de l'admissibilité des impôts futurs. L'ARC a répondu par l'affirmative pour la première question, dans la mesure où les pertes qui sont reportées sont relatives à l'exploitation de son entreprise active. Quant à l'impôt futur, la question portait particulièrement sur l'influence, s'il y a lieu, de la décision de la Cour canadienne de l'impôt, *La Munich Compagnie de Réassurance c. La Reine*¹⁶ et la décision en appel, à la Cour fédérale d'appel, *Munich Cie de réassurance c. Canada*¹⁷. La Cour d'appel fédérale a conclu que « le droit du contribuable aux remboursements d'impôt était né dans le cadre de l'exploitation de son entreprise d'assurance et que, par conséquent, ce droit était un bien détenu dans le cadre de l'exploitation de cette entreprise et un bien visé par le paragraphe 138(9) ».

L'ARC a indiqué qu'elle ne croit pas que ces décisions puissent être utiles pour fonder un précédent concernant l'admissibilité des actifs comme biens utilisés dans une entreprise active puisque la question qui était à déterminer, dans ces affaires, était reliée à la détention du bien et non sur son « utilisation ». L'ARC s'en est plutôt remise à l'arrêt *Ensite*¹⁸, qui a établi que pour qu'un actif puisse être considéré comme un actif utilisé dans l'entreprise, il doit être « employé » ou « risqué » dans celle-ci. Ainsi, l'ARC maintient que l'impôt futur ne répond pas aux critères énoncés dans l'affaire *Ensite*.

¹⁵ *CRA Views*, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), documents 2008-0285291C6, 10 octobre 2008 et 2008-0285301C6, 10 octobre 2008.

¹⁶ C.C.I. n° 98-881 (IT) G, mars 2000, j. Bowman.

¹⁷ 2001 CAF 365.

¹⁸ Précité, note 9.

Cette interprétation est un peu difficile à concilier avec les autres. À notre humble avis, elle est erronée puisqu'il faut pousser plus loin cette analyse et déterminer de quels éléments d'actif ou de passif proviennent ces actifs d'impôts futurs : par exemple, s'ils proviennent de la différence entre la valeur comptable et fiscale d'éléments d'actif utilisés dans une entreprise active, nous ne voyons pas pourquoi cet actif d'impôt futur devrait être considéré comme un actif non admissible puisqu'il est intimement relié ou « rattaché » à la détention d'actifs admissibles.

1.1.1.3. Impôt en main remboursable à titre de dividende

Selon l'ARC, le compte d'impôt en main remboursable à titre de dividende (ci-après « IMRTD ») n'est pas comme tel un actif de l'entreprise, mais plutôt un compte « notionnel ». L'ARC est d'opinion que les impôts à recevoir découlant d'un remboursement au titre de dividende réclamé par suite du versement d'un dividende aux actionnaires sont un actif admissible¹⁹. Cette position est surprenante puisque l'IMRTD est généralement lié à la réalisation de revenus de placement.

1.2. SOCIÉTÉ PRIVÉE SOUS CONTRÔLE CANADIEN

Tel qu'il a été mentionné précédemment, pour qu'une entreprise soit une SEPE, elle doit tout d'abord être une SPCC. Le paragraphe 125(7) L.I.R. définit une SPCC à la négative comme étant :

« Société privée qui est une société canadienne, à l'exception des sociétés suivantes :

a) la société contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par une ou plusieurs personnes non résidentes, par une ou plusieurs sociétés publiques [...], par une ou plusieurs sociétés visées à l'alinéa c) ou par une combinaison de ces personnes ou sociétés;

b) si chaque action du capital-actions d'une société appartenant à une personne non résidente, à une société publique [...] ou à une société visée à l'alinéa c) appartenait à une personne donnée, la société qui serait contrôlée par cette dernière;

c) la société dont une catégorie d'actions du capital-actions est cotée à une bourse de valeurs désignée.

¹⁹ *CRA Views, op. cit.*, note 15, document 2006-0174131C6, 9 mai 2006, dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, question 6.

d) pour l'application du paragraphe (1), des alinéas 87(2)vv) et ww) [...], des définitions de "compte de revenu à taux général", "compte de revenu à taux réduit" et "désignation excessive de dividende déterminé" au paragraphe 89(1) et des paragraphes 89(4) à (6) et (8) à (10) et 249(3.1), la société qui a fait le choix prévu au paragraphe 89(11) et qui ne l'a pas révoqué selon le paragraphe 89(12). » (Notre soulignement)

Lors de la détermination du contrôle d'une société, l'alinéa 251(5)b) L.I.R. indique qu'il faut prendre en considération les options d'achat d'actions ou tout autre droit, qu'il soit conditionnel ou non, immédiat ou futur d'acquérir des actions ou des droits de vote dans la détermination du contrôle et de la détention des actions. Par la même occasion, la personne qui a le droit d'obliger une société à racheter, acquérir ou annuler des actions est réputée occuper la même position en ce qui a trait au contrôle de la société que si ce droit était exercé.

1.2.1. Utilité de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. pour la détermination du statut de société privée sous contrôle canadien de la société

À l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R., il est permis d'ignorer les options et les droits sur les actions que l'on devrait généralement prendre en compte dans la détermination du statut de SPCC si ces droits sont contenus ou prévus dans une convention d'achat-vente portant sur des actions de la société.

En 2007, dans l'arrêt *Chartier c. La Reine*²⁰, le juge Tardif a tranché une situation où le Ministre a refusé la DGC au contribuable et prétendait que les actions vendues n'étaient pas des AAPE au moment de leur disposition. La raison invoquée par le ministre était que la société n'était pas une SPCC en raison du fait qu'elle était contrôlée par une société non résidente. Le ministre invoquait que le contrôle avait été acquis par les non-résidents à la suite d'une convention d'option qui n'était pas liée à la convention d'achat-vente, ce qui rendait inapplicable l'exception contenue à l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. Les faits pertinents de cette affaire sont les suivants :

- Le 17 octobre 1997, une convention d'achat-vente d'actions est intervenue entre Services Corporation International (Canada) Limited (ci-après « SCI Canada »), acheteur et Services Memoria Inc. et la société 9042-2098 Québec Inc., vendeurs, relativement aux actions détenues de Centre funéraire Côte-Des-Neiges (ci-après « CFCDN »);

²⁰ 2007 D.T.C. 686.

- SCI Canada n'est pas une SPCC parce qu'elle est contrôlée par une société américaine;
- Avant la transaction d'octobre 1997, les actions se répartissaient de la façon suivante :

Actionnaires	Actions Catégorie A (sans droit de vote)	Actions Catégorie B (avec droit de vote)	Actions Catégorie D (sans droit de vote)
Service Memoria Inc.	17 569 549		
9042-2098 Québec Inc		1 100	
Sylvie Carrier			504 178
Louis-Philippe Carrier			504 178
Valérie Carrier			504 178
Claudette Nadeau			319 000
Alain Chartier			319 000

- Les actions vendues le 17 octobre 1997 n'accordaient pas le contrôle à l'acheteur puisque seulement 49% des actions avec droits de vote ont été vendues à ce moment, tel qu'il est démontré dans le tableau suivant :

Actionnaires	Actions Cat. A vendues	Actions Cat. B vendues	% d'actions vendues	Prix d'achat
Services Memoria Inc.	17 569 549		100 %	147 569 549 \$
9042-2098 Québec Inc		539	49 %	49 \$

- La convention d'option signée le même jour prévoyait que les autres actions donnant droit de vote, soit les 561 actions de catégorie B et toutes les actions de catégorie D, pouvaient être achetées par SCI Canada en tout temps après le 1^{er} janvier 1999.

Si les faits s'arrêtaient ici, aucun problème de contrôle ne serait en cause et la réclamation de la DGC de M. Chartier (l'appelant) n'aurait pas été contestée par le ministère puisque, malgré l'existence de l'option d'achat d'action qui devait normalement être prise en considération dans la définition d'une SPCC tel qu'il est mentionné au sous-alinéa 251(5)b)(1)

L.I.R., l'exception de l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. s'applique et ainsi CFCDN est considérée comme une SPCC au moment de la vente des actions.

La question à trancher consistait à savoir si cette convention d'option d'achat d'actions, un document séparé bien que signé le même jour que la convention d'achat-vente, faisait partie intégrante ou non de la convention puisqu'il n'y était pas expressément fait mention dans celle-ci. L'appelante a prétendu que le droit était implicitement prévu et que, si le tout n'était pas expressément prévu, il s'agissait d'une erreur de rédaction.

Il a été déterminé que l'option d'achat faisait bel et bien partie intégrante de la convention puisque la possibilité de cette option avait été prévue dans la convention d'achat-vente même si elle n'a pas été explicitement nommée et qu'il s'agissait d'un droit aux termes d'une convention d'achat-vente et qu'ainsi les actions étaient admissibles à la DGC.

Cet arrêt démontre l'importance qu'il faut accorder à la formulation des options d'achat d'actions dans le cas de la vente d'une SPCC. En effet, lorsque les options d'achat d'actions font partie intégrante d'un contrat d'achat-vente, elles se qualifient pour l'exception prévue à l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R. et ainsi nous n'avons pas à en tenir compte aux fins de déterminer s'il s'agit d'une SPCC. En l'absence de cet alinéa, les options auraient dû être prises en considération au moment de déterminer qui détient le contrôle de la société.

Malgré la conclusion des tribunaux, l'ARC a annoncé qu'elle ne changerait pas sa position et qu'une convention d'options n'est généralement pas considérée comme étant une convention d'achat-vente aux fins de l'exception prévue à l'alinéa 110.6(14)b) L.I.R.²¹ Ainsi, seule une clause d'option initialement prévue dans le contrat de vente serait considérée comme un droit admissible à l'exception.

1.2.2. Les effets du paragraphe 256(9) L.I.R.

La DGC peut être demandée lorsque le particulier vend ses actions admissibles à une société publique. Par contre, il faut porter attention au paragraphe 256(9) L.I.R., qui indique que le moment d'acquisition du contrôle a lieu au début du jour où la transaction a lieu ou, si la société en fait le choix, au moment du jour où le contrôle est acquis.

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0243371C6, 5 octobre 2007.

Le paragraphe 256(9) L.I.R. tel qu'il était libellé avant les modifications de 2007 indiquait que, pour l'application de toute la loi, le moment d'acquisition du contrôle d'une société avait lieu au début du jour ou la transaction a lieu ou, si la société en fait le choix, au moment du jour où le contrôle est acquis.

L'arrêt *La Survivance c. La Reine*²² illustre les difficultés de concordance entre le paragraphe 256(9) L.I.R. – tel qu'il était écrit en 1994 –, qui clarifie le moment de l'acquisition du contrôle, et le paragraphe 249(4) L.I.R., qui indique les conséquences de cette acquisition de contrôle. La société La Survivance, une société mutuelle d'assurance, réputée une société publique selon l'article 141 L.I.R., tentait de réclamer une « perte au titre d'un placement d'entreprise²³ » (ci-après « PTPE ») à la vente de ses actions de la société Les Clairvoyants, Compagnie d'Assurance Générale Inc. (ci-après « Les Clairvoyants ») à la Société Nationale d'Assurance Inc. (ci-après « SNA »), une SPCC, à la suite d'une offre publique d'achat (ci-après « OPA ») d'actions déposée le 8 juin 1994. Le 30 juin 1994, toutes les conditions de l'OPA étaient remplies. La clôture de la transaction a eu lieu le 5 juillet 1994, au cours de laquelle SNA a payé La Survivance pour les actions; le même jour, les actions de Les Clairvoyants ont été transférées à SNA.

Lorsqu'elle a produit sa déclaration de revenus pour l'année 1994, La Survivance a considéré que les actions de Les Clairvoyants étaient des actions d'une SEPE puisque l'acquisition du contrôle « théorique » selon le paragraphe 256(9) L.I.R. par SNA a eu lieu au début de la journée du 5 juillet alors que l'acquisition de contrôle réelle a eu lieu au moment de l'ouverture du registraire des entreprises, dans la matinée du 5 juillet. Aucun choix en vertu du paragraphe 256(9) L.I.R. n'a été produit pour réputer l'acquisition comme ayant eu lieu à un autre moment de la journée. Ainsi, La Survivance réclamait la PTPE basée sur le fait que l'espace de quelques heures la société était une SEPE et une SPCC. Le ministre a cotisé²⁴ La Survivance pour refuser la PTPE et a plutôt traité la perte comme une perte en capital selon l'alinéa 39(1)b) L.I.R.

²² 2005 D.T.C. 689 (C.C.I.); infirmé par (2006) 60 D.T.C. 6288 (C.A.F.) (ci-après « *La Survivance* »).

²³ Al. 39(1)c) et par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.

²⁴ Le ministre a aussi pris position que la vente avait eu lieu non pas le 5 juillet 1994, mais le jour où toutes les conditions préalables à la vente étaient remplies. Cet argument a été rejeté par le juge.

Le juge Dussault de la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'argument du contribuable et n'a pas accordé la PTPE. Il a indiqué que le paragraphe 256(9) L.I.R. ne modifie pas la situation réelle qui a eu lieu. Selon lui, le paragraphe 256(9) L.I.R. ne fait que réputer que le contrôle est acquis en début de journée. Il ajoute que « rien non plus dans ce paragraphe ne permet de conclure que la Survivance serait réputée avoir disposé des actions du capital-actions de Les Clairvoyants avant le moment réel de la disposition au cours de la journée du 5 juillet 1994 ». Dans ce cas, lorsque l'acheteur a obtenu le contrôle, La Survivance cessait d'avoir le contrôle et ainsi elle ne disposait pas d'actions d'une SEPE.

Le contribuable a porté la décision en appel. La Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Noël, a conclu que le paragraphe 256(9) L.I.R. comporte une fiction juridique qui vaut autant pour celui qui acquiert le contrôle que pour celui qui en dispose²⁵. Donc, la société Les Clairvoyants était effectivement une SEPE et une SPCC au moment de la disposition des actions. Dans une interprétation technique²⁶, l'ARC démontre la sévérité de sa position en indiquant qu'elle refuserait toute demande de PTPE qui résulterait de situations similaires à La Survivance.

À la suite de cette décision, plusieurs fiscalistes ont fait remarquer que cette décision pourrait signifier que, dans certains cas, cela pourrait empêcher de réclamer la DGC au motif qu'au moment de la disposition la société n'est plus une SPCC ni une SEPE puisque la société qui acquiert le contrôle est une société non résidente ou une société publique (situation contraire aux faits de l'affaire *La Survivance*). Cette position a été confirmée par l'ARC dans une interprétation technique de 2006²⁷.

Ce problème a toutefois été corrigé en 2009²⁸ par une modification du paragraphe 256(9) L.I.R. qui indique maintenant que ce paragraphe ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de déterminer si une société est une SEPE ou une SPCC en ce qui concerne une acquisition de contrôle ayant eu lieu après

²⁵ *La Survivance*, précité, note 22, par. 63.

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0195961C6, 6 octobre 2006.

²⁷ *CRA Views, op. cit.*, note 15, document 2006-0214781E5, 22 février 2006.

²⁸ Le paragraphe a été modifié par le premier projet de loi d'exécution du Budget de 2009.

2005²⁹. Certains auteurs ont constaté que cette modification au paragraphe 256(9) L.I.R. risque toutefois de créer d'autres problèmes avec le statut de SPCC en raison de son interaction avec les paragraphes 249(4) et 249(3.1) L.I.R.³⁰ En effet, il semble que lorsqu'une convention de vente est signée et conclue le même jour, le paragraphe 256(9) L.I.R. (tel qu'il a été modifié en 2009) fait en sorte que la société vendue ne pourra techniquement plus se qualifier pour réclamer la « déduction pour les petites entreprises » du paragraphe 125(1) L.I.R. puisqu'elle ne satisfait pas à la condition selon laquelle elle doit être une SPCC « tout au long de son année d'imposition ».

1.2.2.1. Interaction entre le paragraphe 249(3.1) et l'alinéa 110.6(14)b L.I.R.

Tel qu'il a été mentionné précédemment, l'alinéa 110.6(14)b L.I.R. comporte un allègement qui permet d'ignorer les droits sur les actions (en vertu de l'alinéa 251(5)b L.I.R.) aux fins de déterminer si une société est une SEPE ou une SPCC, lorsque ces droits font partie d'une convention d'achat-vente conclue. Qu'est-ce qui arrive lorsque, en vertu du paragraphe 249(3.1) L.I.R., la société est réputée cesser être une SPCC et une SEPE en raison de la signature d'une convention d'achat-vente avec une société publique? Est-ce que le vendeur peut réclamer la DGC?

Selon l'ARC, le fonctionnement de l'alinéa 110.6(14)b L.I.R. n'est pas touché par le paragraphe 249(3.1) L.I.R.³¹ Même si une fin d'année d'imposition est réputée s'être produite, la détermination du statut de la société est effectuée en ignorant les droits et options inclus à une convention d'achat-vente comme le mentionne l'alinéa 110.6(14)b L.I.R.

1.3. LES ACTIONS SONT DES « ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE » AU MOMENT DE LA DISPOSITION

Le paragraphe 110.6(1) « action admissible de petite entreprise » L.I.R. comporte d'autres conditions afin que son détenteur puisse réclamer la DGC

²⁹ Certaines règles transitoires ont été prévues qui permettent de se prévaloir des règles antérieures après 2006 si certains choix ont été produits avant le 28 janvier 2009.

³⁰ Joel NITIKMAN et Michelle MORIARTEY, « Part-Time CCPC Again », (2009), vol. 17, n° 5 *Canadian Tax Highlights*, pp. 6 et 7.

³¹ *CRA Views, op. cit.*, note 15, document 2006-0214691E5, 20 avril 2007.

lors de la disposition de celles-ci, outre la condition que la société soit une SEPE à ce moment précis³² :

- Le particulier (ou une personne qui lui est liée) doit avoir été propriétaire de l'action pour une période d'au moins 24 mois avant sa disposition et cette détention doit être continue³³;
- Tout au long de cette période de 24 mois, plus de 50 % des actifs de la société doivent avoir été principalement utilisés dans une entreprise que la société exploite activement (ou une société liée), principalement au Canada³⁴;
- La détention peut soit être directe ou peut être par l'entremise d'une société rattachée auquel cas certaines conditions supplémentaires sont ajoutées³⁵.

1.3.1. La période de détention continue est d'au moins 24 mois

La deuxième condition pour bénéficier de la DGC requiert que l'action n'ait été détenue tout au long de cette période de 24 mois par nulle autre personne que le particulier (ou une personne qui lui est liée) au cours de la période de 24 mois qui précède la vente. Cette condition qui est relativement simple – on remarque qu'elle est exprimée par la négative – comporte toutefois certaines règles d'interprétation pertinentes qui se retrouvent au paragraphe 110.6(14) L.I.R. Plusieurs commentaires existent déjà sur la signification de ces diverses règles et leur application dans la pratique; nous référerons le lecteur à ces excellents écrits³⁶. Nos commentaires cibleront les développements récents concernant ces règles d'interprétation.

³² Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. a) L.I.R.

³³ Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. b) L.I.R.

³⁴ Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », s.-al. c)(i) L.I.R.

³⁵ Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », s.-al. c)(ii) et par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. d) L.I.R.

³⁶ *Supra*, note 5.

1.3.1.1. L'alinéa 110.6(14)f) L.I.R.

L'alinéa 110.6(14)f) L.I.R. répute une action nouvellement émise par le particulier comme ayant été détenue par une personne non liée avant son émission à moins qu'il ne s'agisse d'une action émise en contrepartie d'autres actions, dans le cadre d'un transfert de la totalité ou presque des actifs d'une entreprise exploitée par un propriétaire ou une société de personnes dans une société ou en paiement d'un dividende en actions.

Un contribuable a écrit à l'ARC³⁷ pour faire part de ce qu'il considère comme étant un traitement inéquitable à l'égard des particuliers qui doivent détenir pendant 24 mois les actions pour pouvoir réclamer la DGC alors que ces mêmes particuliers qui auraient commencé l'exploitation de leur entreprise en tant que propriétaire unique pour ensuite la transférer dans une SPCC immédiatement avant la disposition n'ont pas besoin de cumuler 24 mois de détention dans l'entreprise personnelle et dans la société³⁸ : l'ARC a heureusement confirmé que cette exception, contenue au sous-alinéa 110.6(14)f)(ii) L.I.R., ne comportait pas un mécanisme de cumul des périodes contrairement aux exceptions ayant trait à la détention d'actions qui seraient remplacées par d'autres actions.

Une situation portant sur l'interprétation de ce sous-alinéa 110.6(14)f)(ii) L.I.R. a été soumise à l'ARC et concerne l'incorporation d'un professionnel, un dentiste ontarien³⁹. Les règles ontariennes régissant l'incorporation des dentistes requièrent que ceux-ci doivent déjà détenir des actions de leur société professionnelle (ci-après « SP ») **avant** d'obtenir l'approbation de leur ordre professionnel qui leur permettra d'exercer leur entreprise au sein d'une SP. Après l'obtention de l'approbation, le particulier transfère les actifs de sa pratique professionnelle en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. La question soumise à l'ARC est de savoir si celle-ci est d'opinion que le particulier a « dans le cadre d'une opération ou une série de transactions disposé en faveur de la société [...] de la totalité des éléments d'actifs utilisés dans une entreprise exercée activement par cette personne ». L'ARC n'a pas émis une opinion tranchée dans ce cas, se contentant de faire remarquer qu'il faut déterminer si la création de la SP puis le transfert subséquent des actifs font partie de la « même série

³⁷ *CRA Views, op. cit.*, note 15, document 2004-0077151E5, 18 octobre 2004.

³⁸ Voir le libellé du sous-alinéa 110.6(14)f)(ii) L.I.R.

³⁹ *CRA Views, op. cit.*, note 15, document 2006-0190931E5, 17 mai 2007.

d'opération ou d'évènements » tel qu'il est défini par la jurisprudence et au paragraphe 248(10) L.I.R., ce qui, selon l'ARC, est une question de fait.

Une autre interprétation⁴⁰ confirme que le sous-alinéa 110.6(14)f)(ii) L.I.R. s'appliquerait pour permettre la réclamation de la DGC à l'égard d'une disposition partielle d'un intérêt dans une société de personnes (dans une société) dans la mesure où la totalité ou presque des actifs de cette société de personnes sont utilisés dans une entreprise active exercée par les associés de la société de personnes.

Un contribuable a posé la question à savoir s'il pouvait réclamer la DGC à la vente des actions privilégiées qui lui ont été émises dans le cadre du « roulement »⁴¹ d'un terrain qui lui appartenait, mais qui était loué à la société et utilisé dans son exploitation active. Ce roulement a eu lieu moins de 24 mois avant une disposition des actions à un tiers. L'ARC a pris position que cette transaction ne cadrerait pas dans une des exceptions contenues à l'alinéa 110.6(14)f) L.I.R., puisqu'on ne peut pas affirmer que le particulier exploitait une entreprise du seul fait qu'il louait son terrain à la société. Par conséquent, le gain à la vente de ces actions n'était pas admissible à la DGC⁴².

Interaction de plusieurs dispositions (dont l'alinéa 110.6(14)f) L.I.R.) relatives à la continuité de la détention des actions

Une question a été posée dans le cadre d'une demande d'interprétation publiée en 2005⁴³. Les faits soumis sont comme suit :

- M. X détient la totalité des actions participantes d'une société (ci-après « Gesco »);
- Gesco détient la totalité des actions d'une autre société (ci-après « Opco ») et cela constitue son seul actif;
- M. X détient Gesco depuis plus de 24 mois et Gesco détient Opco depuis plus de 24 mois aussi;

⁴⁰ *Id.*, document 2004-0101761E5, 21 mars 2005.

⁴¹ Roulement prévu au paragraphe 85(1) L.I.R.

⁴² *CRA Views, op. cit.*, note 15, document 2006-0208691E5, 3 juin 2009.

⁴³ *Id.*, document 2005-0117791E5, 8 novembre 2005.

- Depuis les 24 derniers mois, plus de 50 % des actifs d’Opco sont utilisés principalement dans une entreprise qu’Opco exploitait activement;
- Une restructuration a eu lieu selon laquelle M. X devient directement actionnaire d’Opco tandis que Gesco devient une « coquille vide »;
- Les actions que M. X a obtenues lors de la restructuration ont été émises dans le cadre d’un roulement par lequel M. X a transféré ses actions de Gesco à Opco. Gesco est devenue une filiale d’Opco.

La question portait sur la continuité de la détention des actions et l’admissibilité à la DGC des actions d’Opco reçues par M. X.

L’ARC a confirmé que les actions n’étaient pas détenues par des personnes non liées au cours d’une période de 24 mois puisque l’exception au sous-alinéa 110.6(14)f)(i) L.I.R. est respectée. Il est ajouté que, dans le cas d’actions de remplacement, conformément à l’alinéa 110.6(1)e) L.I.R., « lorsqu’une action en remplace une autre, l’action remplacée sera réputée être une AAPE seulement si l’action remplacée rencontrait les critères de la définition d’AAPE énoncés aux alinéas 110.6(1)b) et 110.6(1)c) de cette définition au moment du remplacement ». L’effet de l’application des deux règles (soit l’alinéa 110.6(1)e) et le sous-alinéa 110.6(14)f)(i) L.I.R.) est que M. X n’a pas besoin de détenir les actions nouvellement émises par Opco pour une période de 24 mois à condition que les actions qui ont été remplacées se qualifient. Cette position peut être utilisée de façon avantageuse dans les cas où la structure actuelle du contribuable ne lui permet pas de réclamer la DGC à la vente d’actions de sa société de gestion. On devrait toutefois s’assurer que les conditions énumérées seront toutes remplies.

1.3.1.2. Les alinéas 110.6(14)d) et 110.6(14)d.1) L.I.R. proposés, applicables aux sociétés de personnes

Ces deux alinéas énoncent des règles permettant la continuité dans la détention en réputant que les associés d’une société de personnes sont liés avec cette société, et ce, même s’il existe – dans le cas prévu à l’alinéa 110.6(14)d.1) L.I.R. – plusieurs niveaux de sociétés de personnes.

Une demande d'interprétation a été soumise à l'ARC⁴⁴ à propos d'une situation qui concernait une société de personnes qui détenait la totalité des actions d'une SEPE, les faits étudiés étaient les suivants :

- X et Y sont des contribuables qui détiennent en proportion égale des participations dans une société de personnes (ci-après « SNC »);
- SNC détient la totalité des actions de la société ABC inc., une SPCC qui exploite une petite entreprise;
- X et Y ont détenu leurs participations dans SNC pendant une période d'au moins 24 mois et les actions d'ABC ont été détenues par SNC pendant au moins 24 mois;
- SNC est dissoute et un roulement des actions détenues par SNC dans ABC est effectué selon les dispositions du paragraphe 98(3) L.I.R. en faveur de X et Y;
- Moins de 24 mois suivant la dissolution, les actions d'ABC sont vendues à des tiers non liés.

La question à déterminer était si X et Y pouvaient considérer les actions d'ABC qu'ils avaient reçues lors de la dissolution de SNC comme des AAPE et ainsi réclamer la DGC particulièrement en ce qui a trait à l'obligation que ces actions n'aient été la propriété de nulle autre personne que X et Y ou d'une personne qui leur était liée.

L'ARC a conclu, à la lumière des faits présentés, que la règle de la continuité de la détention était respectée puisque les actions d'ABC « n'ont été la propriété de nul autre qu'une personne ou société qui leur était liée ».

Un élément qui n'a pas été abordé dans cette interprétation est la nature du droit dans les actions que chacun des associés a reçu de la société de personnes. Ont-ils reçu des actions d'ABC ou ont-ils plutôt reçu un droit indivis dans les actions d'ABC?

C'est précisément une question de ce type qui a été abordée dans une interprétation de 2005⁴⁵. La question posée concernait l'admissibilité

⁴⁴ *Id.*, document 2009-0310231E5, 3 juin 2009.

⁴⁵ *Id.*, document 2004-0092001E5, 9 juin 2005.

d'actions d'une SEPE à la DGC. Trois associés détenaient une participation, en parts égales, dans une société de personnes (ci-après « SDP »). La SDP détenait la totalité des actions du capital-actions d'une SPCC. La SDP a été dissoute conformément aux dispositions du paragraphe 98(3) L.I.R. et tous les biens de la SDP ont été attribués aux associés selon leur participation de façon que chacune des personnes possède un droit indivis, exprimé en pourcentage, sur chacune des actions du capital-actions de la société. La société respecte les conditions requises pour être une SEPE, et ce, depuis au moins 24 mois.

L'ARC a conclu que le terme « action » utilisé dans la définition de l'expression AAPE comprend un droit indivis dans une action.

Le nouvel alinéa 110.6(14)d.1) L.I.R. proposé⁴⁶ permettra la continuité du lien de dépendance aux fins de l'article 110.6 L.I.R. même lorsque le particulier détiendra sa participation dans une société de personnes par l'entremise d'une autre société de personnes. Cette mesure rétroagira aux dispositions effectuées après le 20 décembre 2002 ou même avant si le contribuable en fait le choix.

1.3.2. Plus de 50 % des actifs de la société doivent avoir été principalement utilisés dans une entreprise que la société exploite activement (ou une société liée), principalement au Canada

La composition des actifs est un sujet qui a été abondamment commenté depuis l'existence de ces règles et qui est aussi vu dans la section 1.1. de ce texte. La règle générale est contenue à l'alinéa 110.6(1)c) L.I.R. Le paragraphe 110.6(15) L.I.R. comporte plusieurs précisions quant à la valeur des actifs d'une société, comme une assurance vie et les actions et dettes de sociétés rattachées.

Il existe des commentaires sur la plupart des éléments d'actif que l'on voit normalement dans une société. Nous nous attarderons donc aux nouveautés dignes d'intérêt.

⁴⁶ L'alinéa 110.6(14)d.1) L.I.R. a été proposé lors du dépôt du Projet de loi C-10 en novembre 2007. Depuis la dissolution du Parlement en novembre 2008, ce projet de loi qui est mort au feuillet n'a pas encore été déposé. Nous nous attendons toutefois à ce que cette disposition, qui est une disposition d'allègement, sera à nouveau insérée dans un nouveau projet de loi technique.

1.3.2.1. Biens détenus en fiducie au bénéfice de la société

Selon les faits soumis par le contribuable, une fiducie détient des biens (un immeuble) au bénéfice de son unique bénéficiaire Cie A. L'immeuble est loué à Cie B, une filiale de Cie A. Peut-on considérer les biens détenus en fiducie comme des actifs de la Cie A aux fins de la définition d'AAPE, contenue particulièrement à l'alinéa 110.6(1)c) L.I.R. – on insiste sur la portion de la définition qui inclut « plus de 50 % de la JVM de l'actif est **attribuable** soit à des éléments utilisés activement dans l'entreprise »? Selon l'ARC, les actifs doivent être la propriété de la société; or, la Cie A n'a qu'un intérêt de bénéficiaire dans la fiducie⁴⁷, ce qui est considéré comme insuffisant même si elle était probablement l'auteur du transfert.

1.3.2.2. L'alinéa 110.6(15)b) L.I.R.

Voici un exemple de son fonctionnement, basé sur une interprétation de 2003⁴⁸ :

- ACo est une SPCC et une société exploitant une entreprise active. Aco a eu, au cours des 24 derniers mois, jusqu'à 20 % de ces biens qui étaient des actifs non admissibles, surtout des placements qui seront distribués avant la vente des actions d'Aco;
- Aco détient deux filiales à part entière : Bco et Cco. Ces deux filiales sont exploitées activement;
- Cco a un prêt à recevoir de Bco qui représente 25 % de la JVM des actifs Cco tandis que les autres actifs sont admissibles.

La question à déterminer était si les actions d'Aco sont des AAPE compte tenu du libellé de l'alinéa d) de la définition d'« AAPE » (lorsqu'il y a une chaîne de sociétés dans la structure corporative) et de l'alinéa 110.6(15)b) L.I.R.

L'ARC a uniquement analysé la composition de Cco. Dans son interprétation technique, l'ARC explique que l'alinéa 110.6(15)b) L.I.R. existe pour résoudre un problème de circularité qui se produit lorsqu'une société doit se fier sur les actifs d'une autre société qui doit se fier, à son

⁴⁷ *CRA Views, op. cit.*, note 15, document 2006-0217301E6, 12 février 2008.

⁴⁸ *Id.*, interprétation technique 2003-0025375, 29 août 2003.

tour, à cette première société pour se qualifier en tant que SEPE. L'alinéa 110.6(15)b) L.I.R. requiert que Cco soit « rattachée » – selon la définition incluse à l'alinéa 110.6(1d) L.I.R. – à Bco pour qu'on puisse considérer son prêt à recevoir comme ayant une valeur nulle. Or, cette société ne sera considérée comme « rattachée » que si Bco détient des actions de Cco, ou vice versa. Aux fins du sous-alinéa 110.6(1d)(ii) L.I.R., des actions détenues indirectement par la société à travers une chaîne de sociétés sont réputées être détenues par cette société, ce qui n'est pas le cas de Bco à l'égard de Cco. Par conséquent, on devra tenir compte du prêt existant entre les deux sociétés aux fins de déterminer si les actions d'Aco sont des AAPE, ces tests étant contenus à la division 110.6(1c)(ii)(B) L.I.R.

1.4. AUTRES CONDITIONS AFIN DE POUVOIR BÉNÉFICIER DE LA DGC

Tout d'abord, le particulier doit être résident du Canada ou résident réputé selon le paragraphe 110.6(5) L.I.R. lorsqu'il demande la DGC. Un particulier est réputé résident s'il réside pendant l'année au cours de laquelle il demande la déduction et tout au long soit de l'année précédente ou de l'année qui suit la demande.

La détention par une personne liée inclut les sociétés de personnes ainsi que les personnes liées selon la définition énoncée au paragraphe 251(6) L.I.R., donc la détention par des personnes unies par les liens du sang, du mariage, de l'union de fait ou de l'adoption.

De plus, le paragraphe 110.6(2.1) L.I.R. limite la DGC si le particulier a des pertes nettes cumulatives sur placements (ci-après « PNCP »), tel qu'il est défini au paragraphe 110.6(1) L.I.R., soit l'excédent des frais de placement sur les revenus de placement. La raison d'être de ces limites consiste à limiter la réclamation de la DGC à du gain en capital à l'égard de placements qui ont occasionné des frais plus élevés que des revenus tout au long des années où les placements sont détenus. Le principe est donc d'éviter que le particulier puisse bénéficier à la fois de la déduction sur les frais de placement et de la DGC sur le gain en capital occasionné par la disposition de ces placements.

Le montant de la DGC est aussi limité au plafond annuel et cumulatif des gains. Ces plafonds sont définis au paragraphe 110.6(1) L.I.R. et constituent principalement l'excédent des gains en capital sur le montant de pertes en capital. Avant de pouvoir bénéficier de l'exonération, il faut donc appliquer, dans l'ordre, les pertes en capital de l'année, puis les pertes en capital non déduites des années antérieures.

Il est possible de faire la demande auprès d'un centre fiscal de l'ARC pour obtenir les soldes de pertes en capital, de pertes autres qu'en capital ainsi que de pertes déductibles au titre de placements d'entreprise.

1.4.1. Dividendes versés sur actions non prescrites – Paragraphe 110.6(8) L.I.R./Article 6205 du Règlement de l'impôt sur le revenu⁴⁹

Le paragraphe 110.6(8) L.I.R. restreint l'utilisation de la DGC lorsque le contribuable réalise un gain en capital admissible par ailleurs lorsqu'il est raisonnable de conclure que l'augmentation de valeur des actions est due au fait que les dividendes versés sur les actions ainsi disposées ou d'autres actions de la même société étaient inférieurs à 90 % du taux de rendement annuel moyen des actions. Le taux de rendement annuel moyen est décrit au paragraphe 110.6(9) L.I.R. comme était le taux de dividende auquel un investisseur avisé et prudent qui a acheté l'action le jour où elle a été émise s'attendrait à recevoir sur son investissement.

Les écrits sur le sujet sont nombreux et il n'y a pas de nouveauté notable en la matière depuis plusieurs années. La lecture du texte de Mark D. Brender⁵⁰ est particulièrement recommandée à tout praticien qui désire en apprendre davantage sur l'interprétation et l'application de cette disposition. Il est important de remarquer que nous n'avons vu aucune cause jugée portant expressément sur l'application de cette règle restrictive... Est-ce parce que les contribuables sont particulièrement prudents, que la règle est claire ou que les autorités fiscales n'ont jamais appliqué cette règle au pied de la lettre?

1.5. DÉCLARER LE GAIN EN CAPITAL ET LA DÉDUCTION À TEMPS – PARAGRAPHE 110.6(6) ET 110.6(7) L.I.R.

Les paragraphes 110.6(6) et 110.6(7) L.I.R. indiquent des principes relativement évidents, à savoir que la DGC ne peut être réclamée lorsque le particulier ne la déclare pas dans sa déclaration de revenus ou soit dans le cas où il ne produit tout simplement pas de déclaration de revenus pour l'année, et ce, dans un délai d'un an suivant la date où la déclaration doit être

⁴⁹ C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

⁵⁰ Mark D. BENDER, « The *de Minimis* Dividend Test Under Subsection 110.6(8) – Part 1 », (1993), vol. 41, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 808-827 et du même auteur, « The *de Minimis* Dividend Test Under Subsection 110.6(8) – Part 2 », (1993), vol. 41, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1034-1044.

produite et où le contribuable a sciemment ou a agi dans des circonstances équivalentes à une faute lourde. Aucun allègement n'est permis en vertu des règles sur l'équité présentes au paragraphe 220(3.2) L.I.R.

Quelques arrêts récents dignes d'intérêt ont été répertoriés. Le plus ancien de ceux-ci est l'arrêt *Foisy c. La Reine*⁵¹. Le contribuable, un comptable agréé, travaillait en tant que contrôleur dans une société pharmaceutique. Il a participé à un régime d'acquisition des actions de son employeur. Après la fin de son emploi en 1995, il a disposé des actions en faveur de son employeur en vertu d'une entente contenue dans son contrat d'emploi. Il a omis de déclarer le gain en capital réalisé dans sa déclaration de revenus pour l'année 1995. Le ministre a appliqué le paragraphe 110.6(6) L.I.R. et la pénalité en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R., en raison de la connaissance qu'une personne de sa profession aurait dû avoir des obligations fiscales. Le contribuable a témoigné à savoir qu'il avait eu l'intention de déclarer son gain en capital et la déduction, mais plus tard par voie de déclaration amendée, en raison du fait qu'il avait eu de la difficulté à calculer de façon précise ses PNCP. Il ignorait qu'il pouvait perdre la DGC s'il ne déclarait pas son gain. Le juge Lamarre-Proulx a fait remarquer que la sanction du paragraphe 110.6(6) L.I.R. était particulièrement sévère puisque non seulement la déduction pour le gain en capital non déclaré est perdue et que le gain en capital réalisé doit être inclus dans ses revenus, mais la DGC est refusée et perdue pour toujours. En raison des conséquences sévères reliées au paragraphe 110.6(6) L.I.R., il est nécessaire que les mots « sciemment ou dans des circonstances équivalentes à faute lourde » veuillent dire plus qu'une intention de ne pas déclarer de gain en capital. Il a été démontré que le contribuable n'avait pas l'intention d'éluder le paiement des impôts de façon coupable, mais plutôt qu'il avait simplement été négligent.

Un autre arrêt, l'affaire *Sidhu c. La Reine*⁵², illustre la façon dont les tribunaux interprètent la règle contenue au paragraphe 110.6(6) L.I.R. quand le contribuable est très négligent. Dans cette situation, le contribuable avait un historique bien établi d'omission de déclarer ses revenus, ce qui a grandement nui à sa crédibilité. Dans cette situation, le paragraphe 110.6(6) L.I.R. a été appliqué puisque l'omission de déclarer le gain en capital a été considérée comme une faute lourde.

⁵¹ 2000 D.T.C. 2225 (C.C.I.).

⁵² 2004 D.T.C. 2540 (C.C.I.).

L'arrêt *Ounpuu c. La Reine*⁵³ est digne d'intérêt. Le juge Webb a précisé les circonstances où le paragraphe 110.6(6) L.I.R. devrait être appliqué en se basant sur des critères plus objectifs que simplement l'évaluation de l'intention du contribuable.

Le contribuable détenait des actions d'une société métallurgique de laquelle il était un gestionnaire. Certaines inquiétudes sont apparues selon lesquelles ces actions cessaient de se qualifier en tant qu'AAPE puisque la société commençait des activités à l'étranger. En conséquence, il a été proposé que le contribuable transfère ses actions dans une société de gestion en deux étapes, mais au cours de la même année: lors du premier transfert, le choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. n'a pas été effectué, mais a été effectué dans le second. Le projet de transfert à la société de gestion, tel que des conseillers du contribuable le lui avaient expliqué, ne se traduisait pas par des impôts supplémentaires et c'est ce que le contribuable avait retenu. Un gain en capital de 207 000 \$ environ a été réalisé à la suite de la deuxième opération. Le contribuable a omis de produire sa déclaration de revenus pour l'année 1998 avant 2001, et a omis de déclarer son gain en capital réalisé. Le contribuable a témoigné à savoir qu'il n'avait pas compris la nature des opérations de transfert dans la société de gestion. Selon le juge, la simple connaissance du fait que la déclaration n'est pas produite ne suffit pas pour l'application du paragraphe 110.6(6) L.I.R. Il est « nécessaire de montrer qu'il a intentionnellement (ce qui englobera le particulier ayant fait preuve d'aveuglement volontaire) omis de produire sa déclaration de revenus dans des circonstances où il tentait d'obtenir un avantage financier par le biais d'une tromperie »⁵⁴. Le juge a ajouté que comme le contribuable avait droit à un remboursement pour l'année 1998, rien ne l'obligeait à reporter la production de sa déclaration de revenus et qu'il n'était pas conscient que son omission de produire lui ferait perdre des avantages fiscaux. Donc, le contribuable n'avait rien à gagner sur le plan financier à produire tardivement.

⁵³ 2009 D.T.C. 525 (C.C.I.).

⁵⁴ *Id.*, par. 24.

2. VENTE À DES MEMBRES DE LA FAMILLE : PEUT-ON RÉCLAMER LA DGC?

Fréquemment, il nous arrive d'entendre dans la communauté des affaires que la DGC ne peut pas être utilisée lorsqu'on veut vendre ses actions à des membres de sa famille⁵⁵.

Nous savons qu'il s'agit d'un mythe puisque rien dans la loi ne nous empêche de réclamer la déduction. Comme nous l'avons vu dans la première partie du texte, il n'y a aucune condition relative à l'identité de la personne en faveur de laquelle nous disposons des actions.

2.1. LE GRAND COUPABLE : L'ARTICLE 84.1 L.I.R.

À notre avis, ce mythe est relié à la méconnaissance des dispositions de l'article 84.1 L.I.R. Voici les conditions d'application de la disposition incriminée :

- 1) le contribuable résidant au Canada (à l'exclusion d'une société⁵⁶) dispose d'actions du capital-actions (ci-après « actions concernées ») d'une société résidant au Canada (ci-après « société en cause ») qui sont des immobilisations du contribuable;
- 2) cette disposition s'effectue en faveur d'une autre société (acheteur) avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance;
- 3) immédiatement après cette transaction, la société acheteuse est rattachée à la société en cause au sens du paragraphe 186(4) L.I.R.

Les sociétés sont rattachées lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- 1) la société en cause est contrôlée par la société donnée; ou
- 2) la société acheteuse possède plus de 10 % des actions émises comportant plein droit de vote du capital-actions de la société en cause et elle

⁵⁵ René VÉZINA, « Le fisc nuit au transfert des entreprises familiales », dans *Les Affaires*, 5 septembre 2009.

⁵⁶ L'article 84.1 L.I.R. peut s'appliquer aux particuliers, fiducie et aux sociétés de personnes.

possède des actions du capital-actions de la société en cause dont la JVM est de plus de 10 % de la JVM totale de la société en cause.

À la suite de l'ajout dans la loi du paragraphe 186(7) en 2001⁵⁷, dans l'analyse du terme « rattaché », on doit aussi tenir compte du paragraphe 186(2) L.I.R., qui précise le sens de « société contrôlée », même s'il n'est fait mention que du paragraphe 186(4) dans le paragraphe 84.1(1) L.I.R. Le paragraphe 186(2) L.I.R. précise qu'une société est contrôlée si plus de 50 % des actions émises (comportant plein droit de vote) appartiennent à l'autre société (la « société acheteuse » si on adopte le langage de l'article 84.1 L.I.R.) ou à des personnes avec laquelle cette autre société a un lien de dépendance ou à la fois à la société acheteuse et des personnes avec lesquelles cette société acheteuse a des liens de dépendance.

Le concept de lien de dépendance est décrit au paragraphe 251(1) L.I.R. Essentiellement, le lien de dépendance existera entre deux parties dans trois circonstances :

- 1) les personnes liées entre elles seront réputées avoir un lien de dépendance;
- 2) un contribuable et une fiducie personnelle seront liés si le contribuable a un droit de bénéficiaire dans la fiducie;
- 3) en cas d'inapplication des alinéas 251(1)a) et 251(1)b) L.I.R., la question de savoir si des personnes non liées entre elles n'ont aucun lien de dépendance à un moment donné est une question de fait.

On doit aussi tenir compte de la définition modifiée de lien de dépendance dans le contexte du paragraphe 84.1(1) L.I.R. Cette définition se retrouve à l'alinéa 84.1(2)b) L.I.R. et au paragraphe 84.1(2.2) L.I.R. Brièvement, l'action conjuguée de ces deux dispositions additionnelles fait en sorte que le contribuable faisant partie d'un groupe de moins de six personnes qui contrôle la société en cause avant la transaction et la société acheteuse après cette transaction est réputé avoir un lien de dépendance avec la société. Le paragraphe 84.1(2.2) L.I.R. prévoit des règles de propriété

⁵⁷ Cet ajout avait pour but de renverser la décision de la Cour canadienne de l'impôt rendue dans l'arrêt *Olsen c. La Reine*, 2000 D.T.C. 2121 (C.C.I.). De toute façon, la décision de la Cour canadienne de l'impôt a été renversée par la Cour d'appel fédérale, 2002 D.T.C. 6770 (C.A.F.).

présumée qui élargissent les possibilités de se trouver en présence d'une groupe de personnes contrôlant la société en cause ou la société acheteuse.

Tout cela pour indiquer que, dans le cadre de l'analyse de l'application potentielle du paragraphe 84.1(1) L.I.R., il est prudent de s'assurer que le concept de lien de dépendance élargi de ces dispositions est bien assimilé de façon à ne pas fausser les conclusions. Il est certain que le paragraphe 84.1(1) L.I.R. a une application très vaste en raison du concept élargi de lien de dépendance des dispositions invoquées.

Pourquoi faut-il être attentif à l'application potentielle du paragraphe 84.1(1) L.I.R.? Parce que, *grosso modo*, lorsque toutes les conditions d'application sont réunies, aux termes de l'alinéa 84.1(1)a) L.I.R. lorsque des actions à l'égard desquelles le capital versé (ci-après « CV ») sera faible sont transférées à une société (la société acheteuse), le CV de la société acheteuse ne s'en trouve pas augmenté au-delà du CV des actions transférées, sauf si le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions excède ce CV. De plus, un dividende égal à l'excédent du CV des actions sur le CV tel qu'il est calculé à l'alinéa 84.1(1)a) L.I.R. sera réputé avoir été versé par l'acheteur au contribuable et reçu par celui-ci aux termes de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R. si les actions de la société acheteuse auront été émises avec un CV malencontreusement trop élevé.

Les dispositions de l'alinéa 84.1(1)a) L.I.R. sont rédigées comme suit :

« [...] dans les cas où les actions de l'acheteur – appelées nouvelles actions au présent article – ont été émises en contrepartie des actions concernées, le montant calculé selon la formule suivante est déduit dans le calcul du capital versé, à un moment postérieur à l'émission des nouvelles actions, au titre d'une catégorie donnée d'actions du capital-actions de l'acheteur :

$(A-B) \times C/A$ où :

A représente le montant correspondant à l'augmentation du capital versé au titre de toutes les actions du capital-actions de l'acheteur calculé sans que le présent article soit appliqué à l'acquisition des actions concernées;

B l'excédent éventuel du plus élevé des montants suivants :

- (i) le capital versé au titre des actions concernées immédiatement avant la disposition;
- (ii) le prix de base rajusté des actions concernées pour le contribuable immédiatement avant la disposition sous réserve des alinéas (2) a) et a.1).

Sur la juste valeur marchande, immédiatement après la disposition, de toute contrepartie, à l'exclusion des nouvelles actions, reçue de l'acheteur par le contribuable pour les actions concernées.

C le montant correspondant à l'augmentation – conséquence de l'émission des nouvelles actions – du capital versé au titre de la catégorie donnée d'actions, calculé sans que le présent article soit appliqué à l'acquisition des actions concernées. » (Notre soulignement)

À la lecture de cet alinéa, on constate que le PBR des actions est un autre élément important de l'analyse. Encore une fois, l'article 84.1 L.I.R. modifie quelque peu la définition de PBR. Essentiellement, la définition de PBR au titre des actions exclura, dans certaines circonstances, les montants ajoutés au coût lorsqu'ils résultent d'opérations non imposables comme l'augmentation du PBR des actions à la suite de l'application des règles transitoires de l'année 1972 ou la réclamation de la DGC. On le devinera, les circonstances où l'ajout au PBR sera ignoré aux fins de l'article 84.1 L.I.R. sont lorsque les actions en question sont disposées en faveur d'une personne avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance.

Voilà pourquoi on croit souvent, à tort, que les vendeurs ne peuvent réclamer la DGC si les acheteurs, comme les enfants à titre d'exemple, ont un lien de dépendance. Cependant, il est parfaitement possible d'envisager une transaction où les vendeurs réclament la DGC même si les acheteurs ont un lien de dépendance avec eux à la condition que l'article 84.1 L.I.R. ne s'applique pas.

2.2. ALTERNATIVES DISPONIBLES

Par exemple, les acheteurs, dans ces cas précis, prendront soin de ne pas acheter les actions par l'entremise d'une société. Les acheteurs devront alors financer personnellement le paiement par emprunt personnel. Une rémunération supplémentaire de la société cible pourra compenser le coût supplémentaire engendré par cet emprunt. Les intérêts sur cet emprunt seront habituellement déductibles sous réserve des dispositions proposées à l'article 3.1 et des règles québécoises (à l'article 726.6 (2^e al.) de la *Loi sur les impôts*⁵⁸) visant à limiter la déduction des frais de placements qu'un particulier peut réclamer.

⁵⁸ L.R.Q., c. I-3 et mod.

Certains seront tentés de contourner les dispositions de l'article 84.1 L.I.R. de plusieurs façons, entre autres, en structurant les transactions comme suit :

- 1) le particulier acquiert les actions du vendeur personnellement pour une contrepartie en espèces (ou à l'aide d'un emprunt);
- 2) le vendeur n'aura pas réclamé la DGC sur les actions vendues;
- 3) ce même particulier transfère ses actions nouvellement acquises en faveur d'une société de gestion sans utiliser les dispositions de l'article 85(1) L.I.R. et reçoit une contrepartie autre qu'en actions équivalant à la JVM des actions et pas d'actions.

La question qui se pose alors est de déterminer si la RGAE pourrait s'appliquer puisque l'article 84.1 L.I.R. a été contourné.

Dans une interprétation technique de 2002⁵⁹, l'ARC confirme que la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») ne s'appliquera pas si le fils achète les actions de son père (pour un prix égal à la JVM) sans que ce dernier ait réclamé la DGC. Le fils les transfère ensuite à une société qu'il contrôle et obtient une contrepartie autre qu'en actions égale à la JVM des actions.

Donc, en raison de cette disposition pénalisante de la loi contenue à l'article 84.1 L.I.R., si :

- un particulier effectue une disposition d'actions en faveur de la société contrôlée par un des membres de sa famille (ou une autre personne avec qui le particulier a un lien de dépendance);
- que la DGC est réclamée; et
- que toute contrepartie autre qu'en actions reçues qui sera plus élevée que le PBR ou le CV des actions avant que l'on ne réclame la déduction aura pour conséquence de présumer – présomption qui ne peut être réfutée – qu'un dividende sera versé en faveur du vendeur plutôt que la réalisation d'un gain en capital.

⁵⁹ *CRA Views, op. cit.*, note 15, interprétation technique 2002-0128145, 12 avril 2002.

L'inconvénient découlant de la règle de l'article 84.1 L.I.R. est que le membre de la famille qui achèterait des actions sur lesquelles une DGC a été réclamée doit les payer personnellement, ce qui est rarement le cas. Généralement, si un particulier veut vendre ses actions à un membre de sa famille et qu'il veut profiter de cette vente pour réclamer sa DGC, l'acheteur ne peut pas être une société contrôlée par des personnes liées mais il peut être soit un particulier (incluant une fiducie) ou une société de personnes, en tenant compte des risques reliés à cette stratégie, notamment que la RGAÉ s'applique.

2.3. STRATÉGIE POTENTIELLE LORSQUE LE VENDEUR A DÉJÀ RÉCLAMÉ SA DGC À LA SUITE D'UNE CRISTALLISATION

Dans une décision anticipée de l'année 2006⁶⁰, l'ARC a rendu une décision favorable dans le cadre d'un transfert d'actions d'une SEPE par un parent en faveur de ses enfants, et ce, même si le père avait réclamé une DGC sur ces actions lors d'une cristallisation antérieure. Voici un résumé de cette décision anticipée :

Faits

M. X a des actions A et B de la société « Gestion », société canadienne imposable (ci-après « SCI ») et SPCC. Le capital-actions de Gestion comporte quatre catégories d'actions : des actions avec droit de vote et avec droit de participation de catégories A et B et des actions privilégiées de catégories C et D. Les actions de catégorie D n'ont pas droit de participation, ni droit de vote et comportent un dividende fixe non cumulatif.

Gestion détient 100 % des actions émises d'Opco, une SCI et une SPCC. Les actions de catégorie B de Gestion ont été cristallisées antérieurement par M. X. M. X désire vendre les actions de Gestion à ses deux enfants : Enfant 1 et Enfant 2 et minimiser les impôts relatifs à cette vente.

Les étapes planifiées sont les suivantes :

- 1) Les actions de catégorie A de Gestion sont fractionnées;
- 2) Création d'une nouvelle SCI, XCO, dont l'unique actionnaire sera M. X;
- 3) Création de Nouco, dont le fondateur sera Enfant 1;

⁶⁰ *Id.*, décision anticipée 2005-0134731R3, 2006.

- 4) M. X transfère ses actions de catégorie B (les actions cristallisées) à Gestion en contrepartie desquelles il recevra des actions de catégorie A (actions ordinaires avec un PBR et une JVM nominale) et des actions privilégiées de catégorie D⁶¹. Un choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. est effectué. La somme convenue (ci-après « SC ») sera égale au PBR des actions. À la suite de cette opération, M. X détiendra plus d'actions de catégorie A, soit celles obtenues en vertu du roulement et celles qu'il possédait dans la situation initiale;
- 5) M. X transfère à XCO certaines actions de catégorie A de Gestion et recevra des actions ordinaires de XCO en retour. Un choix selon le paragraphe 85(1) L.I.R. est effectué. Immédiatement après ce transfert, Gestion et XCO seront des sociétés rattachées selon le sens conféré au paragraphe 186(2) L.I.R. La SC choisie sera égale au PBR des actions transférées;
- 6) Gestion achète pour annulation une partie de ses actions A, celles appartenant à XCO. Des espèces et un billet à terme (ci-après « billet payable à XCO ») seront payés à XCO. Ce rachat est un dividende imposable en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. Une déduction selon le paragraphe 112(1) L.I.R. sera réclamée;
- 7) M. X dispose du reste de ses actions A en faveur de ses deux enfants qui émettent des billets à terme à M. X (ci-après « billets enfants ») en guise de paiement. M. X réalise un gain en capital imposable, aucune DGC n'est réclamée sur cette vente;
- 8) Chacun des enfants 1 et 2 transférera ensuite les actions de Gestion achetées de leur père à Nouco. En contrepartie, Nouco émet deux billets (ci-après « billets Nouco ») aux enfants correspondant au PBR des actions transférées et des actions ordinaires de Nouco. Un choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. est effectué; la SC sera le PBR des actions transférées pour chacun des enfants. Gestion est maintenant rattachée à Nouco. Aux termes du sous-alinéa 84.1(2)a.1)(ii) L.I.R., chacun des enfants indiquera un montant de zéro comme étant le montant à l'égard duquel une DGC a été réclamée en vertu de l'article 110.6 L.I.R.;
- 9) Gestion rachète ses actions de catégorie D appartenant à M. X et paye au moyen d'espèces et de billet à terme (ci-après « billet Gestion »). Lors du rachat, Gestion est réputée avoir versé un dividende à M. X en vertu du

⁶¹ À la suite de l'application des alinéas 85(1)g) et 85(1)h) L.I.R.

paragraphe 84(3) L.I.R. Ce dividende est imposable en vertu du paragraphe 82(1) L.I.R. pour M. X. M. X réalise également une perte en capital qui ne sera pas refusée en vertu du paragraphe 40(3.6) L.I.R. et qui viendra réduire le gain en capital imposable réalisé à l'étape 7;

10) Opco versera des dividendes dans le futur à Gestion de façon régulière à même ses bénéfices nets provenant de l'exploitation de son entreprise. Ces dividendes permettront à Gestion de rembourser le billet Gestion dû à M. X, de même que le billet payable à XCO. Gestion pourra aussi verser des dividendes à Nouco, ce qui permettra à cette société de rembourser les billets enfants.

En conséquence de l'exécution des transactions décrites, M. X aura reçu un dividende imposable provenant de XCO et réalisé un gain en capital à la suite de la vente de ses actions à ses enfants et une perte en capital en raison du rachat des actions par Gestion de ses actions de catégorie D.

Lors de l'encaissement des dividendes provenant de Gestion, Nouco pourra rembourser les billets Nouco (dont les enfants sont créanciers). Les enfants, à leur tour, pourront utiliser ces sommes encaissées pour rembourser les billets enfants (dont M. X est créancier).

En conclusion, même si le père avait déjà réclamé la DGC dans le passé sur ses actions de catégorie B de Gestion (qui ont été échangées – par roulement – en actions de catégories A et D de Gestion), en omettant de transférer les actions dont le PBR est majoré à la suite de la cristallisation aux enfants (c'est-à-dire les actions de catégorie D reçue lors du roulement), il lui a été possible d'éviter l'application de l'article 84.1 L.I.R. Par ailleurs il a été possible pour le père de tirer parti de sa DGC réclamée antérieurement dans le cadre de cette série de transactions puisque les actions de catégorie D qui ont été rachetées au cours de l'étape 9 lui ont permis de réaliser une perte en capital qui n'a pas été refusée et qui a servi à réduire le gain en capital imposable réalisé à la vente des actions donnant droit de participation aux enfants.

Un avantage important découle de cette stratégie : les enfants n'auront pas besoin de prendre des sommes générées après impôt personnel afin de rembourser la dette due à leur père. Grâce aux dividendes versés par Opco à Gestion qui les versent à Nouco, cette société se trouvera à rembourser indirectement les billets « enfants » dus à M. X.

Le résultat est avantageux pour les contribuables et l'ARC n'a pas trouvé ces transactions abusives dans cette situation particulière. Par contre,

l'ARC a refusé d'approuver une série de transactions semblables en 2008⁶², sous prétexte qu'elle était abusive puisqu'« elle constituait un mécanisme pour dépouiller les surplus de la société et toutes les conditions pour l'application de la DGAÉ seraient réunies ». Dans cette situation, l'ARC a fait remarquer que la décision anticipée de 2006 concernait un transfert intergénérationnel d'entreprise familiale tandis que la situation de la plus récente demande de décision anticipée concernait un actionnaire minoritaire qui transférerait sa participation dans une société à son frère.

2.4. L'AFFAIRE EVANS C. LA REINE⁶³ : ENCAISSEMENT DE SURPLUS GRÂCE À LA VENTE D' ACTIONS À UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES EN UTILISANT LA DGC

L'utilisation de la DGC à titre d'un des mécanismes visant l'encaissement des surplus dans le cadre d'une transaction avec des tiers a été considérée comme abusive par les tribunaux⁶⁴. Plus récemment, cette position a été adoucie, notamment dans l'arrêt *Geransky c. La Reine*⁶⁵, qui n'a pas plu à l'ARC. L'ARC a souvent émis l'opinion que l'encaissement de surplus au moyen de la réalisation d'un gain en capital, lorsque l'intérêt économique dans les actifs n'est pas disposé en faveur de tiers, est une série de transactions abusives qui seraient attaquées⁶⁶.

En 2005, la Cour canadienne de l'impôt a entendu une affaire où le contribuable a mis en œuvre une stratégie semblable⁶⁷.

⁶² *CRA Views, op. cit.*, note 15, interprétation technique 2008-0269441E5, 27 mai 2008.

⁶³ (2005) 59 D.T.C. 1762 (C.C.I.) (ci-après « *Evans* »).

⁶⁴ Voir l'arrêt *McNichol c. La Reine*, [1997] 2 C.T.C. 2088 (C.C.I.) (ci-après « *McNichol* »).

⁶⁵ [2001] C.T.C. 2147 (C.C.I.).

⁶⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0156695, 11 octobre 2002 et 2004-0086771C6, 8 octobre 2004; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:9-78.

⁶⁷ *Evans*, précité, note 63.

Arrêt *Evans* – Faits

Le contribuable, un dentiste, incorpore sa pratique professionnelle. Dans le cadre d'une série d'opérations, sa société professionnelle (ci-après « SP ») a émis un dividende de 487 actions privilégiées sans droit de vote qui étaient rachetables à 1 000 \$ par action en faveur du contribuable en 1996. Celui-ci vend immédiatement ses actions privilégiées à une société en commandite (ci-après « SEC ») composée de l'épouse de M. Evans (associée commanditée) et trois de ses enfants à titre de commanditaires touchant chacun un intérêt de 33 %. Lors de cette disposition, Evans réalise un gain en capital de 487 000 \$ et réclame la DGC sur ce gain et ne paie donc aucun impôt. La SEC émet un billet à ordre du même montant. Le billet était exigible à une date fixe et portait intérêt au taux de 5 %. Il était prévu que les règles d'attribution de l'article 74.5 L.I.R. ne s'appliquaient pas en l'espèce. Au cours des trois années subséquentes, la SP rachète des actions appartenant à la SEC. Un dividende est présumé versé à la SEC à la suite du rachat des actions, lequel dividende est attribué aux commanditaires. Les commanditaires se sont imposés sur ces dividendes, mais les impôts payés étaient minimes puisque les enfants n'avaient pas d'autres revenus et que leur taux marginal était faible et surtout que l'impôt fractionné⁶⁸ n'existait pas encore. La SEC a utilisé les sommes reçues lors du rachat pour rembourser le capital et les intérêts qu'elle devait à M. Evans, ce qui fait que les sommes réellement reçues par les commanditaires étaient négligeables.

L'ARC a allégué que cette série d'opérations n'était rien d'autre qu'une distribution de fonds excédentaires dans le cadre de laquelle il y a eu un recours abusif aux dispositions des articles 85, 110.6, 112 et 74.5 ainsi que des paragraphes 84(3) et 52(3) L.I.R. Le ministre du Revenu a donc requalifié de dividendes tout ce que le contribuable a reçu de la SEC, y compris le capital et les intérêts.

La question à trancher était de savoir si la RGAÉ était applicable. Afin de répondre à cette question, on devait répondre aux trois questions qui ont été formulées par les arrêts *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*⁶⁹ et *Mathew c. Canada*⁷⁰, soit :

⁶⁸ L'article 120.4 L.I.R. a été introduit en 1999.

⁶⁹ 2005 CSC 54 (ci-après « *Hypothèques Trustco* »).

⁷⁰ 2005 CSC 55.

- 1) Y avait-il un avantage fiscal découlant d'une opération ou d'une série d'opérations?
- 2) L'opération est-elle une opération d'évitement dans le sens qu'il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'elle est principalement effectuée pour un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal?
- 3) Doit-il y avoir eu un évitement fiscal abusif en ce sens qu'il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable?

Arrêt *Evans* – Jugement

Le juge en chef Bowman a analysé les conditions pour l'application de la RGAÉ et a constaté que, sur la première question, le contribuable avait effectivement obtenu un avantage fiscal. En effet, s'il avait simplement touché un dividende, il aurait payé un impôt plus élevé. À propos de la deuxième question, le juge en chef estime qu'il s'agit essentiellement d'une question de fait. Selon les constatations du président du tribunal, l'objet non fiscal consistait à verser des fonds de la SEC entre les mains de M. Evans au moyen d'une série d'opérations dont la principale motivation était de lui verser des fonds avec des prélèvements d'impôts réduits. Il réitère ensuite l'importance, soulignée dans l'arrêt *Hypothèques Trustco*, de préserver le droit d'un contribuable à organiser ses affaires de manière à payer le moins possible d'impôts tel que l'avait suggéré le Duc de Westminster et que « le paragraphe 245(3) de la Loi ne permet pas de requalifier une opération comme un opération d'évitement parce qu'une autre opération qui aurait pu permettre un résultat équivalent, se serait traduite par des impôts plus élevés ».

Bien qu'il semble croire que les opérations ne sont pas des opérations d'évitement fiscal, Le juge en chef Bowman continue son analyse pour déterminer si l'éventuelle opération d'évitement constitue un évitement **abusif**, ce qui correspond à la troisième question.

Afin d'aider son analyse, le juge en chef est déterminé à répondre aux cinq questions suivantes :

- 1) Y a-t-il eu abus des articles selon « approche textuelle, contextuelle et téléologique unifiée »?
- 2) L'interprétation littérale des dispositions contrecarre-t-elle leur objet et esprit?

- 3) Y a-t-il des dispositions antiévitement particulières que l'arrangement permet de contourner?
- 4) Les opérations ont-elles une véritable raison d'être économique?
- 5) Le ministre s'est-il acquitté de son fardeau d'établir que l'objet ou l'esprit des provisions a été contredit?

Le juge a constaté que les dispositions de la loi ont été utilisées exactement telles qu'elles ont été conçues et, par conséquent, il ne peut y avoir abus de celle-ci si elles ont été utilisées exactement comment elles doivent l'être. Puis, il ajoute :

« Le seul fondement que je pourrais invoquer pour confirmer l'application de l'art. 245 serait de découvrir un principe déterminant du droit fiscal canadien exigeant que la répartition du revenu des sociétés aux actionnaires soit imposée à titre de dividendes [...] ⁷¹. » (Notre soulignement)

Les avocats ont soutenu que les faits de cette cause ressemblent à ceux des arrêts *McNichol*⁷² ou *RMM Canadian Enterprises Inc. c. La Reine*⁷³. Dans ces deux causes, les contribuables ont tenté de contourner l'application du paragraphe 84(2) L.I.R., de façon que la liquidation de la société donne un gain en capital plutôt qu'un dividende. Le juge en chef Bowman a conclu que l'affaire n'est pas analogue.

Enfin, il a conclu que la RGAÉ ne s'appliquait pas aux faits de cette cause.

3. MÉTHODES DE PURIFICATION DE LA SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE : PIÈGES ET NOUVEAUTÉS

Précédemment, nous avons énuméré les conditions préalables à l'utilisation de la DGC⁷⁴. Une des plus importantes conditions concerne la composition des actifs de la SEPE ou de sa filiale dont les actions [actions admissibles de petite entreprise ou AAPE] sont disposées. Tel qu'il a été mentionné précédemment, tout au long d'une période de 24 mois précédant

⁷¹ *Evans*, précité, note 63, par. 30.

⁷² Précité, note 64.

⁷³ 97 D.T.C. 302.

⁷⁴ Voir la section 1. du texte.

la vente, plus de 50 % de la JVM des actifs de la société doit être attribuable à des biens utilisés principalement par la société ou une société liée qui exploite activement, principalement au Canada. De plus, au moment de la vente, la société doit être une SEPE, ce qui requiert que la totalité ou presque de la JVM des actifs (soit 90 % ou plus) soit utilisée activement dans une petite entreprise.

Il est fréquent que ces critères causent des problèmes : en effet, nous avons expliqué que l'accumulation de biens excédentaires comme des placements dans la société exploitante ou, s'il y a lieu, dans la société de gestion pourra disqualifier une société de façon inattendue. Quelles sont les stratégies possibles afin de « purifier » la société?

Le choix de stratégies dépendra de la nature et des attributs fiscaux des actifs excédentaires.

3.1. STRATÉGIES POTENTIELLES LORSQUE LES ACTIFS À EXTRAIRE N'ONT PAS DE PLUS-VALUE ACCUMULÉE

Lorsque les actifs n'ont pas de plus-value accumulée, il existe plusieurs techniques simples pour « sortir » ces actifs du bilan de la société dont l'énumération et la description ont déjà été décrites antérieurement⁷⁵ : verser les excédents en dividende, vendre des actifs à l'actionnaire, payer les comptes fournisseurs ou les dettes de la société, payer des salaires ou bonis aux propriétaires dirigeants, etc.

3.2. STRATÉGIES POTENTIELLES POUR EXTRAIRE DE LA SOCIÉTÉ CIBLE DES ACTIFS AYANT UNE PLUS-VALUE ACCUMULÉE

Outre la vente pure et simple des actifs qui comporte un coût fiscal plus ou moins important, il est parfois possible d'extraire ces actifs avec une plus-value accumulée avec peu ou pas d'impact fiscal.

Une de ces stratégies consiste à effectuer ce qui est parfois appelé un « papillon à une aile ». Le fonctionnement est comme suit : premièrement, créer une société sœur (ci-après « SœurCo ») dans laquelle les actifs excédentaires de la société cible – la société à purifier – seront transférés en

⁷⁵ François AUGER, « Considérations fiscales d'une vente d'actions pour le vendeur », dans *Colloque – Achat et vente d'une entreprise – Réorganisation d'entreprises*, 133, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 3:1-44; M. DESROSIERS, *loc. cit.*, note 5; C. K. HERMANN, *loc. cit.*, note 5.

franchise d'impôt (c'est-à-dire par roulement) en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. En contrepartie de ce transfert, la société cible reçoit des actions de SoeurCo dont la JVM sera égale à la JVM des actifs transférés.

Parallèlement à ce transfert, l'actionnaire (ou les actionnaires) transfère(nt) une partie de ses (leurs) actions (équivalant en JVM à la valeur des actifs transférés lors de la première opération) de la société cible à SœurCo, toujours en utilisant le paragraphe 85(1) L.I.R. et reçoit(en)t en contrepartie des actions de SœurCo. Après ces deux opérations, Cible détient des actions de SœurCo et SœurCo détient des actions de Cible de façon symétrique. La prochaine étape consiste à effectuer un rachat « croisé » des actions afin de briser le lien entre les deux sociétés sœurs. Lors de ces rachats, un dividende est présumé versé par la société qui rachète ses actions à son détenteur⁷⁶. Ces dividendes, qui seront de sommes à peu près égales de part et d'autre, seront payés par l'émission d'un billet à l'ancien détenteur. Ces billets seront ensuite « compensés », c'est-à-dire réglés puisque chacun de la société cible et de SœurCo seront débiteurs et créanciers de sommes équivalentes.

Afin que les dividendes considérés comme payés lors du rachat soient déductibles pour la société bénéficiaire, et non imposables sous forme de gain en capital, on doit utiliser une des exceptions du paragraphe 55(2) L.I.R., présente à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. Cette exception ne peut pas être utilisée si, à la fin de la série d'opérations ou événements, il y a une augmentation sensible de la participation de la société (Cible ou SœurCo, dans ce cas) par une personne qui n'a pas de lien de dépendance avec les actionnaires. Autrement exprimé, si une vente des actions de Cible ou de SœurCo à des personnes non liées a lieu dans le cadre de la même série de transactions ou d'opérations, on ne pourra pas se prévaloir de cette exception. Le terme « série de transactions »⁷⁷ a été interprété par les tribunaux⁷⁸ comme ayant une portée très large.

Malheureusement, il arrive fréquemment que les professionnels de la fiscalité soient aux prises avec cette situation où la société cible n'est pas

⁷⁶ En vertu du paragraphe 84(3) L.I.R.

⁷⁷ Tel qu'il est précisé au paragraphe 248(10) L.I.R.

⁷⁸ Entre autres : les affaires *Hypothèques Trustco Canada*, précité, note 69; *CanUtilities Holdings Ltd. c. La Reine*, (2004) 3 C.T.C. 210 (C.A.F.) (ci-après « *CanUtilities* ») et *Granite Bay Charters Ltd. c. La Reine*, (2001) 2 C.T.C. 2261 (C.C.I.) (ci-après « *Granite Bay Charters* »).

purifiée de façon régulière et que l'on songe à la purifier seulement quand une transaction avec des personnes non liées est envisagée.

La plupart du temps, il faut donc avoir recours à d'autres techniques pour éviter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., dont les cinq techniques énumérées ci-après :

- lorsque l'un des objets principaux de la série d'opérations n'est pas de diminuer le gain en capital à la disposition d'une action;
- l'utilisation du « revenu protégé »;
- l'impôt de la Partie IV L.I.R. est applicable lors du paiement des dividendes;
- l'exception de l'alinéa 55(3)b) L.I.R.;
- le rachat d'actions ayant un PBR élevé.

3.2.1. Exception de l'alinéa 55(3)b) L.I.R.

Parmi ces techniques, il faut exclure d'emblée l'exception de l'alinéa 55(3)b) L.I.R. puisque l'alinéa 110.6(7)a) L.I.R. nous empêche alors de réclamer la DGC.

3.2.2. L'un des objets principaux de la série d'opérations n'est pas de diminuer le gain en capital à la disposition d'une action

Quelques auteurs⁷⁹ ont suggéré que l'on pourrait empêcher l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. si le contribuable peut démontrer que l'un des objets d'une série d'opérations ou d'évènements, incluant le paiement d'un dividende – autrement que dans le cadre d'un rachat d'actions –, n'a pas été de réduire sensiblement le gain en capital réalisé à la disposition des actions. À l'appui de cet argument, l'un d'eux a cité les arrêts *CPL Holdings Ltd. c. La Reine*⁸⁰ ainsi que *La Reine c. Placer Dome Inc.*⁸¹ Dans les deux

⁷⁹ Notamment C. K. HERMANN, *loc. cit.*, note 5, 29:38-39 et M. DESROSIERS, *loc. cit.*, note 5.

⁸⁰ 95 D.T.C. 5253 (C.F.).

⁸¹ 96 D.T.C. 6562 (C.A.F.).

situations, les contribuables avaient réussi à convaincre le tribunal que les dividendes n'avaient pas été versés uniquement dans le but de réduire le gain en capital. En fait, dans les deux arrêts précités, les tribunaux étaient même convaincus qu'aucun des objets de la série d'opérations ou événements ne visait la réduction du gain en capital à la disposition d'actions et même si une vente d'actions à des tiers a eu lieu peu de temps après. Sur la base de ces précédents, ces auteurs indiquent qu'on pourrait argumenter qu'une série d'opérations serait mise en œuvre non pas dans le but de réduire le gain en capital réalisé à la vente des actions, mais plutôt dans le but de purifier la société.

Compte tenu de la jurisprudence récente, dont l'arrêt *CanUtilities* analysant l'expression « série d'opérations et d'événements »⁸², il nous semble difficile sinon impossible d'utiliser cette exception.

Voici les passages clés de la décision rendue dans l'affaire *CanUtilities* :

« [63] Au Canada, pour qu'il y ait série de *common law*, il suffit qu'au moment où l'opération initiale est achevée, les opérations subséquentes visant à éviter l'impôt aient été déterminées par des personnes qui ont la ferme intention de les mettre en oeuvre ainsi que la capacité de le faire et que toutes ces opérations soient en fait effectuées.

[64] Lorsque le ministre établit une série, il peut lui faire inclure toutes les opérations qui lui paraissent pertinentes. S'il est établi que ces opérations étaient déterminées d'avance et qu'elles ont effectivement été effectuées, elles constituent une série d'opérations aux fins du paragraphe 55(2). Lorsque la série est établie, l'application du paragraphe 55(2) dépend de la question de savoir si un des buts (ou des résultats) de la série était d'entraîner une diminution du gain en capital qui aurait été autrement réalisé.

[65] Lorsque les parties ont l'intention et la capacité de faire en sorte qu'un certain nombre d'opérations donnent un résultat global qui déclenche l'application d'une disposition de la Loi, la notion de série de *common law* veut dire que le tribunal doit donner effet au résultat global, même s'il est le produit de plusieurs opérations et non pas d'une seule. Lorsque les parties ont l'intention qu'une transaction ayant une existence et un objet indépendants permette d'obtenir un résultat global et qu'elles ont la capacité de veiller à ce que l'opération indépendante soit effectuée et que celle-ci est en fait effectuée, la transaction indépendante est considérée comme faisant partie de la série⁸³. »

⁸² Voir l'arrêt *Granite Bay Charters*, précité, note 78 et l'arrêt *CanUtilities*, précité, note 78.

⁸³ Précité, note 78.

Rappelons que l'arrêt *CanUtilities* traitait de la question de savoir si le remboursement de l'impôt de la Partie IV L.I.R. était dû à des dividendes payés dans le cadre d'une « série d'opérations ». Les dividendes, qui avaient été payés dans l'année dans le cours normal des affaires de la société, avaient entraîné le remboursement de l'impôt de la Partie IV L.I.R. :

« Le fait que CU et CUH aient eu l'intention d'utiliser les opérations ATCOR/Forest et les dividendes normaux pour réaliser leur objectif d'évitement fiscal, qu'elles aient eu la capacité de s'assurer que toutes ces opérations soient effectuées, et que toutes les opérations aient effectivement été effectuées comme prévu, suffit à intégrer toutes ces opérations dans une série, au sens de la *common law*, aux fins du paragraphe 55(2). Peu importe qu'une ou plusieurs opérations aient eu une existence et un but indépendants⁸⁴. »

Bonne chance!

3.2.3. Utilisation du revenu protégé

L'utilisation du revenu protégé sera normalement la deuxième technique à favoriser afin de purifier la société cible. Afin de tirer parti de cette technique, une réorganisation papillon similaire à celle expliquée précédemment est mise en œuvre : la seule différence sera qu'une partie ou tous les dividendes présumés versés lors du rachat des participations croisées en action ne seront pas considérés comme étant des gains en capital en raison du revenu protégé accumulé. Une discussion du concept de revenu protégé est au-delà des objectifs de cette conférence. Nous invitons le lecteur à consulter l'abondante doctrine à ce sujet.

3.2.4. Réorganisation où l'impôt de la Partie IV L.I.R. est applicable au paiement de dividendes

Le même type de transaction est encore une fois mis en œuvre; toutefois, ce n'est pas la présence du revenu protégé qui viendra éviter de considérer le dividende présumé versé au rachat comme un gain en capital, mais plutôt une autre exception à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., celle excluant les dividendes qui sont assujettis à l'impôt de la Partie IV L.I.R.

⁸⁴ *Id.*, par. 67.

3.2.5. Le rachat d'actions ayant un prix de base rajusté élevé

Grâce à la présence d'actions dont le PBR est élevé (aussi élevé que leur JVM), il est possible d'empêcher l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. puisqu'il sera impossible de dire que le **résultat**⁸⁵ du paiement de ce dividende a été de diminuer sensiblement la partie du gain en capital qui, sans ce dividende, aurait été réalisée lors de la disposition d'une action du capital-actions. Voici comment cette exception pourrait fonctionner :

M. A et M^{me} A détiennent chacun 100 actions ordinaires et 100 000 actions privilégiées d'Opco. Les actions ordinaires ont un PBR et un CV nominal et une JVM élevée (soit un total de 1 M\$). Les actions privilégiées sont le résultat d'une cristallisation de la DGC effectuée en 1994. Les 100 000 actions privilégiées dont M^{me} A est propriétaire ont un PBR et une JVM de 100 000 \$ alors que leur CV est nominal. Par ailleurs, M. et M^{me} A considèrent actuellement une vente des actions d'Opco en faveur d'un tiers et aimeraient réclamer la DGC qui reste (à savoir 650 000 \$ chacun) lors de cette vente. Opco est une société exploitant une petite entreprise active, mais elle dispose d'actifs excédentaires d'une valeur de 200 000 \$ – des placements – et ne se qualifie pas en tant que SEPE. La purification d'Opco est alors envisagée. Pour ce faire, M. et M^{me} A transfèrent par voie de roulement en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. leurs actions privilégiées d'Opco dans une nouvelle société, Holdco, en contrepartie desquelles ils recevront des actions ordinaires d'Holdco. Opco rachète ensuite les actions privilégiées (dont Holdco est maintenant propriétaire) et verse les placements excédentaires à Holdco pour payer le rachat. Le dividende présumé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. lors du rachat ne sera pas considéré comme étant un gain en capital selon les règles du paragraphe 55(2) L.I.R. puisque le montant versé pour les actions est égal à leur PBR et à leur JVM. Cette stratégie pourra fonctionner même si la JVM des actifs à extraire d'Opco excède la JVM des actions privilégiées. Il s'agira alors de cristalliser plus de gain en capital ou d'utiliser la technique d'extraction du revenu protégé pour le solde.

⁸⁵ En effet, lors d'un rachat, on doit analyser le **résultat** de celui-ci et non l'**objet** de la transaction, selon le libellé du paragraphe 55(2) L.I.R.

4. MODIFICATIONS AUX STRUCTURES ACTUELLES POUR PERMETTRE L'UTILISATION DES 250 000 \$ DE DGC ADDITIONNELLE

Avant de proposer des modifications aux structures actuelles, il est important de faire un bref rappel des diverses structures de détention des AAPE qui permettront soit de réclamer une DGC lors d'une vente éventuelle ou qui ont permis au contribuable de cristalliser sa DGC antérieurement.

4.1. STRUCTURES CORPORATIVES POSSIBLES POUR PERMETTRE L'UTILISATION DE LA DGC

Une énumération de toutes les structures est à peu près impossible puisqu'il y aura autant de variations que de situations particulières. Voici les grandes lignes des structures les plus couramment utilisées :

4.1.1. Utilisation d'une société de gestion pour réclamer la DGC

La structure la plus courante consiste pour le particulier à transférer une partie ou toutes ses actions de la société exploitante (ci-après « Opco ») à une société de gestion (ci-après « Gestco ») qu'il aura créée. Ce transfert s'effectue généralement en franchise d'impôt en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. La somme convenue lors du transfert peut varier entre le PBR des actions transférées et leur JVM. Lorsque le contribuable désire réclamer la DGC ou « cristalliser sa DGC »⁸⁶, il optera pour une somme convenue lui permettant de majorer le PBR des actions qu'il recevra de Gestco. Si une somme convenue supérieure à son PBR est choisie, le particulier réalisera alors un gain en capital dont une partie ou préféablement la totalité sera non imposable⁸⁷ à la suite de l'utilisation de la DGC. Cette technique fait en sorte que les actions « cristallisées » d'Opco seront détenues directement par la société de gestion. De la même façon, le particulier détiendra des actions de Gestco dont le PBR sera égal à la somme des deux montants suivants :

⁸⁶ Les techniques de cristallisation sont diverses, nous renvoyons le lecteur à d'excellents écrits sur ce sujet.

⁸⁷ Assujetti à l'application de l'impôt minimum de l'article 123.2 L.I.R.

- PBR des actions transférées à Gestco;
- Montant de majoration choisi à la suite du choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

L'avantage de cette technique est qu'Opco pourra verser ses actifs excédentaires à Gestco de façon régulière au moyen de dividendes. Cela permet de sauvegarder le statut de SEPE d'Opco en tout temps et permettra à Opco de mettre à l'abri des créanciers ses actifs non essentiels à l'exploitation de son entreprise.

L'inconvénient majeur avec cette structure est que le particulier doit habituellement disposer des actions de Gestco lors d'une vente à un tiers, s'il veut tirer parti du PBR majoré des actions d'Opco et de la DGC réclamée antérieurement, s'il y a lieu. Si l'acquéreur ne veut pas acquérir Gestco, soit Gestco et Opco doivent fusionner avant que le particulier vende ou s'il a déjà cristallisé sa DGC, il doit alors procéder à une réorganisation plus complexe dont un exemple est présenté à la section 4.1.3.

4.1.2. Roulement interne en utilisant l'article 86, le paragraphe 51(1) ou le paragraphe 85(1) L.I.R.

Cette technique consiste pour le particulier à échanger ses actions d'Opco pour d'autres actions d'Opco. Si le particulier veut geler la valeur de ses actions sans cristalliser la DGC, il utilisera alors les dispositions de l'article 86 ou 51 L.I.R. afin de conclure cette transaction sans impact fiscal. Dans tous les cas, c'est-à-dire lors d'une cristallisation ou d'un simple échange, les caractéristiques des actions reçues doivent être différentes des actions disposées afin qu'il soit clairement établi qu'une **disposition** des anciennes actions a vraiment eu lieu⁸⁸. Si le particulier veut cristalliser sa DGC, il devra se prévaloir des dispositions de roulement du paragraphe 85(1) L.I.R. afin de permettre une majoration du PBR des actions reçues en contrepartie du transfert des actions. Le roulement interne sera tel que le particulier recevra habituellement des actions privilégiées dont la valeur de rachat et la JVM seront fixes (selon le DGC à réclamer) et un certain nombre d'actions ordinaires qui permettront au contribuable de participer à la croissance future de la valeur de la société.

⁸⁸ Voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-448R, « Disposition – Modification des conditions des titres », 6 juin 1980 (révisé le 21 juin 1982), qui explique les critères permettant de déterminer s'il y a eu disposition.

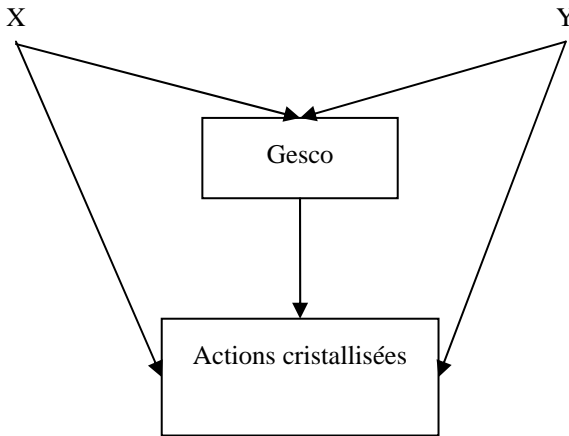
Cette technique est aussi très couramment utilisée. Cette méthode permet au particulier de continuer à détenir une participation directe dans Opco. Par contre, la protection des actifs excédentaires contre les créanciers d'Opco ne pourra pas se réaliser.

4.1.3. Utilisation d'une société de gestion et participation directe du particulier dans Opco

Afin de profiter du « meilleur des deux mondes », c'est-à-dire d'une combinaison des deux premières alternatives, il arrive fréquemment que les particuliers adoptent la stratégie suivante : l'utilisation combinée de la société de gestion et du roulement interne.

Selon cette stratégie, le particulier désire détenir une participation directe dans Opco et veut aussi profiter des avantages de détenir des actions d'Opco par l'entremise d'une société de gestion. Sa participation directe sera normalement sous forme d'actions privilégiées dont la JVM est fixe (par exemple, antérieurement 500 000 \$ et maintenant 750 000 \$) et d'autres actions de participation seront détenues par l'entremise de Gestco.

Contrairement à la première stratégie étudiée, cette technique prévoit que le particulier détiendra de façon directe les actions qui seront soumises à la DGC, qui auront soit un PBR bas et une valeur de 750 000 \$, soit un PBR et une valeur de 750 000 \$ (si le particulier a cristallisé sa DGC). Par ailleurs, dans la mesure où les actions de la société valent 750 000 \$ et plus, le particulier transférera une partie de ses actions dans Gestco. Ce transfert lui permettra généralement de mettre les actifs excédentaires d'Opco à l'abri des prétentions des créanciers d'Opco et de « purifier » Opco de façon régulière afin qu'elle garde en tout temps le statut de SEPE (voir graphique ci-après).



De plus, cette stratégie permettra aux actionnaires d'encaisser Gesco, le revenu protégé accumulé avant la vente et ainsi optimiser la situation fiscale lors de cette disposition.

4.1.4. Utilisation d'une fiducie qui permettra de réclamer plusieurs fois la DGC lors d'une disposition ultérieure

L'utilisation d'une fiducie discrétionnaire qui permet d'attribuer aux bénéficiaires qui sont des particuliers un gain en capital imposable réalisé à la disposition par la fiducie d'AAPE a fait l'objet d'un grand nombre d'écrits et dont la description précise de son fonctionnement dépasse largement les objectifs de cette présentation. Toutefois, de façon à situer le lecteur, une description sommaire de la stratégie est utile.

Cette fiducie sera actionnaire d'Opco et détiendra généralement des actions avec droit de participation de celle-ci. Cette fiducie sera actionnaire soit depuis le début des activités d'Opco ou aura souscrit aux actions avec droit de participation de celle-ci à la suite d'un gel successoral entrepris quelque temps après le début des activités. Dans ce dernier cas, l'auteur du gel détiendra des actions privilégiées d'Opco dont la valeur sera fixe. Les bénéficiaires de la fiducie seront généralement les membres d'une même famille. Les bénéficiaires pourront également comprendre des personnes morales et d'autres fiducies selon les besoins exacts des clients.

La loi permet d'attribuer aux bénéficiaires de la fiducie le gain en capital imposable réalisé par la fiducie lors d'une disposition. En effet, le gain en capital réalisé par la fiducie gardera son identité selon le paragraphe 104(21) L.I.R. Par ailleurs, le paragraphe 104(21.2) L.I.R. permettra au bénéficiaire de la fiducie de se prévaloir de la DGC à l'égard de la partie des gains attribuée par celle-ci. Il faudra faire attention au libellé de l'acte de fiducie afin d'être certain que l'on puisse attribuer le gain à ce bénéficiaire. Pour un maximum de flexibilité, on prendra soin de s'assurer que la discrétion des fiduciaires soit la plus grande possible lors de la rédaction de l'acte de fiducie. On prendra soin d'éviter les écueils du paragraphe 110.6(11) L.I.R. qui est une règle antiévitement précisant que l'on ne peut attribuer plus de gain à un bénéficiaire ou un associé – lorsqu'une société de personnes est actionnaire d'Opco – que la proportion du gain auquel le bénéficiaire a droit. Les avantages de l'utilisation de la fiducie sont nombreux dans la mesure où l'acte de fiducie a été rédigé afin que cet outil soit flexible. Aucun changement de structure corporative n'est habituellement nécessaire afin que les bénéficiaires puissent se faire attribuer un gain net de 375 000 \$ plutôt que 250 000 \$.

4.2. MODIFICATIONS À APPORTER AUX STRUCTURES ACTUELLES AFIN DE POUVOIR RÉCLAMER LES 250 000 \$ DE DGC SUPPLÉMENTAIRE

Sauf dans le cas de la structure prévoyant une fiducie discrétionnaire permettant au bénéficiaire de se faire attribuer un certain montant du gain en capital réalisé par la fiducie, qui n'a normalement pas besoin d'ajustement, il sera probablement nécessaire de modifier les autres structures afin de prévoir la possibilité pour l'actionnaire de réclamer une DGC de 750 000 \$ plutôt que 500 000 \$.

CONCLUSION

La DGC est l'outil le plus intéressant permettant d'économiser des impôts lors de la vente d'une petite entreprise. Il est essentiel de bien suivre les nombreux critères et conditions permettant de s'en prévaloir et, selon notre expérience, les autorités fiscales vérifient l'exécution de ces stratégies avec grand soin.

Nous espérons que cette mise à jour permettra aux lecteurs d'éviter les écueils et de naviguer avec succès toutes ces règles lors de situations où l'interaction de la DGC est envisagée.

L'EXAMEN TESTAMENTAIRE – LISTE DE CONTRÔLE



Marc Jolin
Avocat, M. Fisc.
Marc Jolin, Fiscaliste inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	21:3
MODE D'EMPLOI	21:6
GLOSSAIRE	21:6
NOTIONS DE BASE	21:10
TECHNIQUES DE PLANIFICATION TESTAMENTAIRE	21:12
Q-1 À Q-5 : APPLICABLES À TOUS LES TESTATEURS	21:13
Q-6 À Q-9 : SI VOUS DÉTENEZ DES ACTIONS DE COMPAGNIES PRIVÉES	21:23
Q-10 À Q-18 : SI VOUS AVEZ UN OU DES RÉGIMES OU FONDS ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-RETRAITE OU DES RÉGIMES DE PENSION AGRÉÉS	21:36

Q-19 À Q-24 : SI VOUS ÊTES MARIÉ – NON APPLICABLE AUX CONJOINTS DE FAIT	21:48
Q-25 : SI VOUS AVEZ UN CONJOINT ET DES ENFANTS	21:50
Q-26 À Q-32 : SI VOTRE TESTAMENT ACTUEL CONTIENT UNE FEC	21:51
Q-33 : SI VOUS AVEZ UN CONJOINT ET UN CÉLI	21:56
Q-34 : SI LA SITUATION FINANCIÈRE DE VOS LÉGATAIRES EST CONNUE	21:56
Q-35 À Q-42 : CLAUSES TECHNIQUES	21:59
Q-43 ET Q-44 : SI VOUS AVEZ DES BIENS AGRICOLES OU DES ACTIONS DE SOCIÉTÉS EXPLOITANT UNE ENTREPRISE AGRICOLE	21:64
Q-45 À Q-48 : ASPECTS CIVILS	21:66
Q-49 : SI VOUS FAITES UN LEGS À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE	21:67
Q-50 : SI VOUS POSSÉDEZ DES BIENS AUX ÉTATS-UNIS	21:68
MISE EN GARDE	21:68
CONCLUSION	21:69

INTRODUCTION*

Nous ferons, dans le cadre du présent texte, une synthèse des principales techniques de planification testamentaire applicables aux particuliers résidents du Québec. Il faut remonter loin dans les textes publiés par l'Association de planification fiscale et financière pour trouver une conférence ayant traité de ce thème. En effet, la première conférence sur le sujet date de 1977, où l'on retrouve une conférence intitulée « Système de vérification de l'aspect fiscal des testaments »¹. À cette époque, la planification testamentaire devait aussi tenir compte de la *Loi des droits sur les successions*². La deuxième conférence sur le sujet date de 1989³. La dernière conférence synthèse sur le sujet remonte à 1991⁴.

Par la suite, quelques conférences ont traité de certains aspects précis de la planification testamentaire soit se rapportant à un type de bien, par exemple « régime enregistré d'épargne retraite »⁵, « actions admissibles de petite entreprise »⁶, soit relativement à des situations particulières⁷.

La conférence-synthèse la plus récente date donc de plus de 18 ans. Comme plusieurs nouvelles règles techniques ont été développées et d'autres modifiées depuis, les organisateurs du Congrès 2009 ont donc cru opportun

* L'auteur tient à remercier M^e Denise Courtemanche et M^e Josée Morin, notaires, de leur précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

¹ Marc JOLIN, « Système de vérification de l'aspect fiscal des testaments », dans *Congrès 77*, Montréal, Association québécoise de planification successorale, 1977, art. 77-6.

² S.R. 1964, c. 70.

³ Marc JOLIN, « Analyse des clauses fiscales des testaments », dans *Congrès 89*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1990, pp. 689-774.

⁴ Marc JOLIN, « Testaments et fiscalité en 1991 », dans *Congrès 91*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992, pp. 1243-1386.

⁵ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 146(1) « régime enregistré d'épargne-retraite »; comprend également la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

⁶ Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise » L.I.R.

⁷ Marc JOLIN, « REÉR au décès : légataires inaptes et familles reconstituées », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 18:1-46.

de prévoir une conférence-synthèse et une mise à jour de l'ensemble des techniques de planification testamentaire.

En parallèle, rappelons que l'APFF publiait dans les années 1980 la première édition de la brochure intitulée *L'examen testamentaire* qui se proposait, en 50 questions demandant comme réponse OUI ou NON, de permettre à nos clients de déterminer eux-mêmes si leur testament actuel était adéquat au plan fiscal et quels étaient les points de leur testament qui pourraient être améliorés. C'était la première fois que l'APFF publiait un document de nature fiscale adressé au grand public⁸.

Plusieurs membres s'en sont procuré plusieurs exemplaires à des fins de promotion de leur service de planification testamentaire. La brochure *L'examen testamentaire* a fait l'objet de deux révisions, la dernière datant de 1998. Depuis ce temps, de nouvelles techniques ont été élaborées, de nouveaux types de fiducies ont été incorporés dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* de sorte qu'une nouvelle édition est nécessaire. Comme cette publication est destinée au grand public, plusieurs professionnels auraient préféré un texte plus technique, plus détaillé, leur permettant de mieux comprendre le fondement des techniques proposées et aussi d'être en mesure de répondre aux questions que leurs clients peuvent leur poser à l'égard de l'une ou l'autre des techniques proposées. D'un autre côté, la publication grand public doit être la plus succincte possible. Dans la perspective de la mise à jour prochaine de la brochure *L'examen testamentaire*, le présent texte est structuré en suivant l'ordre des questions de cette brochure tout en fournissant le volet plus technique à l'égard des techniques présentées par cette publication.

La brochure *L'examen testamentaire* comprend désormais un texte introductif très sommaire sur le régime fiscal applicable au décès d'un particulier et un glossaire des termes techniques utilisés, ces deux ajouts provenant de suggestions de quelques usagers ayant eu une version bêta du document.

Le présent texte intègre totalement celui de *L'examen testamentaire*, sauf pour le mode d'emploi qui diffère légèrement compte tenu du fait que la version grand public utilise un système de couleurs (rouge : dangereux; jaune : problème potentiel; vert : correct) quant aux réponses aux questions. Chaque question est suivie d'explications plus techniques et de références.

⁸ Les membres de l'APFF pouvaient s'en procurer des exemplaires à un coût unitaire de 2 \$ pour 10 exemplaires et moins, jusqu'à 75 ¢ l'unité pour 500 exemplaires et plus.

Ainsi, le présent texte permet à la fois de connaître ce que le grand public est susceptible de savoir et d'être la version professionnelle, une sorte de *vade-mecum*, de *L'examen testamentaire*.

Le texte des questions est exactement celui de la version grand public. Quant aux notes suivant chaque question, sauf pour les notes de bas de page, le texte qui précède les barres obliques (« // ») correspond généralement à celui de la version grand public.

Voici donc le début du texte grand public de *L'examen testamentaire*.

Combien d'impôt sur le revenu au décès paierez-vous en trop, lors de votre décès? Combien d'impôt sur le revenu vos bénéficiaires paieront-ils en trop à la suite de votre décès?

Le testament est l'acte par lequel une personne dispose de ses biens. Tout en permettant de satisfaire à des objectifs personnels, un testament bien rédigé permet de réduire considérablement les impôts sur le revenu payables lors et à la suite d'un décès par la personne décédée, la succession et aussi par les héritiers pendant plusieurs années. Il permet aussi, à l'aide de clauses dites « administratives », de minimiser les frais du règlement de la succession.

Une planification testamentaire adéquate doit tenir compte, pour chaque personne, de plusieurs facteurs familiaux, financiers et fiscaux.

Parmi les principaux facteurs familiaux, mentionnons : l'âge du testateur et des personnes qu'il désire avantager, leur domicile et résidence; leur statut matrimonial; leur régime matrimonial; le nombre de personnes à leur charge; leur santé, leur train de vie, leur revenu.

Parmi les principaux facteurs financiers et fiscaux, mentionnons : la valeur de la succession (états financiers); les catégories fiscales de biens, par exemple : régimes enregistrés d'épargne-retraite, fonds enregistrés de revenus de retraite, régimes de pension agréés, immobilisations amortissables ou non, biens à porter à l'inventaire, biens agricoles, droits ou biens, résidence principale, actions admissibles de petite entreprise, biens à usage personnel, biens meubles déterminés, etc.; la situation géographique des biens; les caractéristiques fiscales des biens du testateur, par exemple : prix de base rajusté (ci-après « PBR »), coût, fraction non amortie du coût en capital, coût indiqué, juste valeur marchande (ci-après « JVM »), etc.; le montant réclamé d'exonération à l'égard du gain en capital imposable par le testateur et par son conjoint.

Le présent guide peut être utilisé à deux fins : 1) déterminer la qualité de votre testament actuel au point de vue fiscal; 2) vous suggérer une structure de dévolution plus appropriée. Ce guide ne traite que de la planification successorale par testament et se limite aux situations les plus courantes.

MODE D'EMPLOI

À chaque question (« Q ») répondre uniquement par un « oui » ou par un « non ». Répondez en insérant un « X » à droite de la réponse « oui » ou « non ». Un « X » inscrit sur un O indique que vous perdez un avantage fiscal ou civil important. Un « X » inscrit sur un [] indique que vous risquez de perdre un avantage fiscal, civil ou pratique qui pourrait être important dans votre situation. Un « X » inscrit sur un <> indique que votre testament est adéquat en ce qui concerne la question posée. Chaque question est suivie d'un commentaire.

GLOSSAIRE

Dans le présent guide, à moins d'indications à l'effet contraire, les termes définis dans le glossaire ci-dessous sont indiqués en caractère gras dans le texte et ont la signification suivante :

« **AAPE** » : actions admissibles de petite entreprise. Actions d'une compagnie privée contrôlée par des Canadiens et dont plus de 90 % des actifs servent à l'exploitation d'une entreprise active au Canada. Ces actions se qualifient pour un particulier à une exemption de 750 000 \$ de gain en capital.

« **CÉLI** » : compte d'épargne libre d'impôt. Introduit en 2009, compte dont le revenu n'est pas assujéti à l'impôt tant et aussi longtemps qu'il conserve son statut de CÉLI.

« **CRI** » : compte de retraite immobilisé. Les CRI se composent surtout de montants transférés d'un RPA lorsqu'un employé prend sa retraite auprès d'un employeur.

« **FEC** » : fiducie exclusive au bénéfice du conjoint. Fiducie aux termes de laquelle le conjoint doit avoir droit de recevoir, sa vie durant, tout le revenu civil de la fiducie. De plus, durant la vie du conjoint, aucune autre personne ne peut recevoir ni revenu ni capital de la FEC. [Q-26]

« **FERR** » : fonds enregistré de revenu de retraite. Les sommes dans un FERR proviennent d'un REÉR à l'échéance.

« **Fiduciaire** » : personne choisie par le testateur pour gérer et administrer les biens, les détenir, remettre les revenus et éventuellement le capital selon les directives prévues au testament. Généralement, le testateur désignera un, deux ou trois fiduciaires choisis parmi les membres de la famille, des amis ou des professionnels. Le seul type de personne morale pouvant agir comme fiduciaire est une société de fiducie (« trust »). Seule contrainte civile, la fiducie doit compter au moins un fiduciaire qui n'est pas un bénéficiaire même éventuel.// Dans les *Commentaires du ministre de la Justice*⁹ à l'article 1274 du *Code civil du Québec*¹⁰, nous pouvons lire ceci : « Actuellement, les personnes morales autorisées par la loi à agir comme fiduciaire le sont généralement en vertu de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* (L.R.Q. Chapitre S-29.01) ». Le mot « généralement » laisse sous-entendre qu'il peut y avoir d'autres fiduciaires corporatifs, peut être notamment en matière de fiducies créées pour les régimes de retraite.

« **Fiducie** » : dans un contexte testamentaire, la fiducie résulte d'une disposition par laquelle le testateur remet des biens à un patrimoine distinct géré par une ou des personnes ou sociétés de fiducie, appelées « fiduciaires », qui doivent détenir et remettre le revenu et le capital, selon les directives du testateur, au bénéfice d'une ou de plusieurs personnes, appelées « bénéficiaires ». Le *Code civil du Québec* l'identifie comme étant un patrimoine d'affectation autonome et distinct. La fiducie n'est pas une personne morale comme une compagnie, mais plutôt un patrimoine distinct de celui des fiduciaires, de celui du testateur et de celui des bénéficiaires. Les biens transférés en fiducie sont affectés à une fin particulière déterminée au testament prévoyant sa création. Les bénéficiaires ne sont pas propriétaires des biens de la fiducie, mais possèdent les droits que le testament leur confère.

« **Fiducie de fractionnement** » : fiducie constituée surtout au bénéfice d'une personne majeure.

« **Fiducie de protection d'actifs** » : fiducie dont l'objectif principal consiste à protéger le plus possible son revenu et son capital des réclamations des créanciers du ou de ses bénéficiaires. La fiducie de protection d'actifs la plus efficace est au bénéfice de plusieurs bénéficiaires, dont aucun ne peut exiger ni revenu ni capital. D'autre part, les fiduciaires peuvent distribuer tout

⁹ *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 759.

¹⁰ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

revenu et tout capital à tout bénéficiaire de cette fiducie, sauf pour toute période durant laquelle un bénéficiaire particulier est en faillite, sur le point de le devenir ou que ses biens risquent d'être saisis par ses créanciers.

« **Fiducie exclusive d'étalement de ré gimes** » : fiducie constituée au bénéfice d'un enfant ou d'un petit-enfant à charge du testateur et âgé de moins de 18 ans. Cette fiducie doit prévoir que l'enfant bénéficiaire est le seul, de son vivant, à avoir le droit de recevoir tout le revenu et le capital d'une rente d'étalement provenant des sommes provenant de REÉR, RPA, CRI, FERR et FRV.

« **Fiducie familiale de fractionnement** » : fiducie constituée au bénéfice de la personne que le testateur désire avantager ainsi que des membres de sa famille, le plus souvent ses enfants et petits-enfants.

« **Fiducie à des fins d'éducation** » : fiducie constituée au bénéfice d'une personne encore aux études. Souvent la discrétion des fiduciaires est plus étendue pendant la période durant laquelle le bénéficiaire est aux études.

« **Fiducie testamentaire/fiducie non testamentaire** » : il s'agit d'une classification fiscale. La fiducie testamentaire est une fiducie dont la création est prévue dans le testament d'un particulier et qui commence à exister au décès de ce particulier. Si une personne remet des biens après le décès du particulier à une telle fiducie ou y effectue certains types de prêts prohibés, elle perdra pour toujours son statut fiscal de fiducie testamentaire. Seule la fiducie testamentaire peut déclarer ses revenus et payer ses impôts en fonction des paliers et taux progressifs applicables aux particuliers. Les fiducies non testamentaires sont imposées presque aux taux d'impôt les plus élevés, même sur les premiers revenus. La fiducie non testamentaire est une fiducie autre qu'une fiducie testamentaire.

« **FPV** » : fiducie de prestations à vie. Une FPV est une variété de fiducie testamentaire aux termes de laquelle le conjoint du testateur atteint d'une infirmité mentale ou son enfant ou petit-enfant à charge atteint d'une infirmité mentale est la seule personne pouvant recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ou autrement en obtenir l'usage durant sa vie. De plus, les fiduciaires doivent être autorisés à prélever des sommes (à même la rente d'étalement) pour les verser au conjoint ou à l'enfant; et ils doivent être tenus lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu ou non de leur verser une somme, de prendre en considération leurs besoins, notamment en ce qui concerne leur bien-être et leur entretien.

« **FRV** » : fonds de revenu viager. Les sommes dans un FRV proviennent d'un CRI à l'échéance.

« **Immobilisations** » : biens susceptibles d'une réalisation de gain en capital dans l'éventualité de leur disposition par vente, don ou autrement. Les plus fréquentes sont les suivantes : actions, obligations, fonds mutuels, résidences principales et secondaires (tels chalets ou condos), terrains, immeubles de logements.

« **Legs à charge** » : variété de legs conditionnel par lequel le testateur oblige le légataire à payer ou à remettre du revenu ou du capital, autre que celui légué, à d'autres personnes. Le paiement de la charge peut être échelonné sur plusieurs années. Selon la façon de rédiger le legs à charge, le régime fiscal sera différent. Exemples : « Je lègue à mon fils ma ferme à charge par ce dernier de remettre une somme de 100 000 \$ à ma succession »; « Je lègue à mon épouse tous mes biens à charge par cette dernière de remettre 10 000 \$ par année à chacun de mes enfants jusqu'à ce qu'ils atteignent respectivement l'âge de 23 ans révolus ».

« **Personne liée** » : concept fiscal comprenant : conjoint, descendants, ascendants, frère, sœur, compagnie contrôlée (liste non exhaustive).

« **Prestation consécutive au décès** » : somme d'argent qu'une compagnie peut verser, à la suite du décès d'un employé, en reconnaissance des services rendus par l'employé à la compagnie. [Q-6]

« **REÉR** » : régime enregistré d'épargne-retraite.

« **Régimes** » : terme général qui englobe REÉR, RPA, FERR, CRI, FRV.

« **Roulement** » : expression utilisée pour désigner un transfert de biens libre d'impôt, le plus souvent au conjoint ayant généralement pour effet de différer le paiement de l'impôt jusqu'à la disposition ultérieure du bien.

« **RPA** » : régime de pension agréé. Communément appelé « fonds de pension ».

« **Substitution** » : il s'agit d'un legs fait par le testateur à une personne, à charge par cette dernière de remettre à une autre personne le bien légué ou un bien acquis pour le remplacer, et ce, soit au décès du premier légataire, soit après un certain nombre d'années. Voici un exemple : « Je lègue à ma sœur mon chalet à charge par cette dernière de le remettre à son décès à mon fils [...] ».

« **Usufruit** » : démembrement ou division du droit de propriété accordant à une personne le droit de recevoir les fruits et revenus d'un bien et à une autre personne la nue-propriété (le droit de propriété dépouillé pendant un certain temps du droit aux fruits et revenus du bien visé).

« **Viager/viagère** » : pour toute la vie d'une personne.

NOTE : Les expressions fiducie de protection d'actif, fiducie de fractionnement, fiducie familiale de fractionnement et fiducie à des fins d'éducation ne correspondent pas à des classifications fiscales ni à des classifications civiles précises. Ces expressions sont utilisées pour mettre l'accent sur les principales caractéristiques de la fiducie. En pratique, toutes ces variétés de fiducies peuvent être combinées. À titre d'exemple, une fiducie à des fins d'éducation peut prendre des caractéristiques d'une fiducie de fractionnement à compter du moment où le bénéficiaire n'est plus aux études et, par la suite, devenir une fiducie familiale de fractionnement à compter du moment où le bénéficiaire a un ou des conjoints, ou des enfants ou petits-enfants. Ce dernier type de fiducie peut d'ailleurs très facilement incorporer les clauses appropriées pour en faire une fiducie de protection d'actifs.

NOTIONS DE BASE

Lorsqu'un particulier décède, les lois fiscales prévoient une « disposition présumée » de ses biens, c'est-à-dire que le particulier sera réputé avoir vendu ses biens pour un prix égal à la valeur marchande des biens immédiatement avant son décès. Le gain en capital imposable réalisé, actuellement 50 % du gain en capital, doit être ajouté au revenu du particulier décédé pour l'année de son décès.

Exemple 1

Albert détient un bloc d'actions d'une compagnie publique, Publico Inc., payé 300 000 \$ il y a 15 ans. Ses actions valent actuellement 1 300 000 \$. Albert lègue tous ses biens à sa fille Julie. Le gain en capital d'Albert sera calculé ainsi :

Prix de vente présumé :	1 300 000 \$
MOINS	
Coût des actions :	300 000 \$
Gain en capital :	<u>1 000 000 \$</u>
Gain en capital imposable (50 %) :	500 000 \$
Impôt à payer (48,215 %) :	241 075 \$

Donc, la moitié de la plus-value du portefeuille doit être ajoutée au revenu d'Albert pour l'année de son décès. À ce niveau de revenu, le taux de l'impôt se situe à environ 48 %. Il faut payer 241 075 \$ d'impôt. La règle expliquée ci-dessus s'applique à l'égard de la disposition présumée des immobilisations.

Les « Régimes » ne sont pas des immobilisations. Leur régime fiscal est prévu selon des règles différentes.

Dans le cas d'un immeuble de logements pour lequel le particulier a réclamé de son vivant un amortissement (ou une dépréciation), il se pourrait qu'il faille inclure au revenu du particulier décédé des sommes dont il a réclamé la déduction pendant sa vie si la valeur marchande du bien amortissable est supérieure à sa portion non dépréciée.

Cas particuliers de la résidence principale

Une résidence normalement habitée par le particulier décédé peut répondre aux conditions d'une exonération particulière (c'est-à-dire la non-réalisation de gain en capital) pendant toute la période durant laquelle la résidence est habitée par le particulier, son conjoint ou un de ses enfants, et ce, peu importe à qui elle est léguée. Si le particulier ne possède qu'une seule résidence et qu'il l'a toujours utilisée comme résidence, c'est-à-dire qu'il ne l'a pas louée ou utilisée à des fins d'affaires, la totalité du gain en capital réalisé lors de la vente présumée de ladite résidence est exonérée d'impôt. Il n'y a aucun impôt à payer lors de la disposition présumée de cette résidence. Si un particulier possède deux résidences, ses héritiers devront alors choisir celle qu'il serait le plus avantageux de qualifier de « résidence principale » au plan fiscal. En général, il sera plus avantageux de désigner comme résidence principale celle dont le gain en capital annuel est le plus élevé.

NOTE : Pour alléger le texte, le terme « conjoint » vise la personne mariée ou unie civilement ainsi que le conjoint de fait, de même sexe ou non, sauf si cela est précisé autrement.

TECHNIQUES DE PLANIFICATION TESTAMENTAIRE

Plusieurs techniques de planification testamentaire sont regroupées sous deux thèmes : différer et fractionner.

a) Différer

Un impôt est différé lorsque son paiement n'est pas exigé pour l'année d'imposition du décès du particulier, mais plutôt lors de la vente ou de la réalisation du bien par l'héritier. Ce report d'impôts est appelé **roulement**.

Exemple 2

Reprenons les données de l'exemple 1 dans lequel Albert détient un portefeuille payé 300 000 \$ et dont la valeur marchande s'élève à 1 300 000 \$ au moment de son décès. Si Albert lègue son portefeuille à sa conjointe, Marie, le montant à ajouter au calcul du revenu d'Albert pour l'année de son décès est de 0 \$. Marie est présumée avoir acquis ces actions au prix qu'Albert avait lui-même payé (300 000 \$), de sorte que l'impôt sur le revenu à payer relativement aux actions de Publico Inc. sera différé jusqu'au moment où Marie les vendra ou jusqu'à son décès.

b) Fractionner

Les techniques de réduction des impôts sur le revenu que les héritiers devront payer à la suite d'un décès sont souvent basées sur des mécanismes de fractionnement. L'idée de base est la suivante. Si le revenu produit par le capital hérité est ajouté au revenu d'un héritier qui a déjà d'autres sources de revenus (salaire, honoraires, pension, revenu de **REÉR**, etc.), ce revenu additionnel sera imposé à son taux d'impôt marginal (c'est-à-dire le taux de la dernière tranche) de revenu de l'héritier. Il est plus avantageux que ce revenu du capital légué soit imposé dans le revenu de la personne à charge de l'héritier (ses enfants) ou encore dans le revenu d'une **fiducie testamentaire** constituée par le testament du défunt au bénéfice de l'héritier. Par exemple, en 2008, pour la tranche de revenu de 0 \$ à 37 500 \$, le taux d'impôt d'une **fiducie testamentaire** s'élève à 19,69 % de moins que le taux marginal maximum d'un particulier résidant au Québec.

QUESTIONNAIRE

Q-1 À Q-5 : APPLICABLES À TOUS LES TESTATEURS

Q-1 Dans le cas où un ou plusieurs de vos légataires ont eux-mêmes un ou des enfants à leur charge, votre testament prévoit-il des mécanismes de fractionnement de revenu entre les membres de la famille de chacun de vos légataires ayant un ou des enfants à leur charge? Les principaux mécanismes de fractionnement sont : le **legs à charge** , la **fiducie familiale de fractionnement** et la **fiducie à des fins d'éducation**.

oui non

NOTE : De tels legs et clauses permettent, dans plusieurs cas (surtout si des mécanismes hors testament ne sont pas en place), un fractionnement de revenu entre les membres de la famille de chaque légataire. Le **legs à charge** est utilisé dans les successions moins importantes ou lorsque la presque totalité des biens du testateur sont des **immobilisations** avec une plus value accumulée importante. La **fiducie familiale de fractionnement** pour le conjoint et les enfants (ou encore pour un enfant et ses enfants) qui se transforme en **fiducie de fractionnement** pour le seul conjoint (ou enfant) est plutôt utilisée dans les successions plus importantes. Voir Q-2 et Q-4.

Une **fiducie à des fins d'éducation** par enfant à charge ou la **fiducie familiale de fractionnement** sont avantageuses, car elles permettent un fractionnement de revenu entre le conjoint survivant (le cas échéant), les enfants et les **fiducies** constituées en leur faveur, et procure donc une réduction des impôts sur le revenu de la famille jusqu'à ce que tous les enfants aient atteint la fin de leurs études (environ 25 ans). Ainsi, si le conjoint a besoin de tous les revenus par la suite, le capital de chaque **fiducie à des fins d'éducation** peut alors lui être remis en mains propres ou remis à une **fiducie de fractionnement** à son bénéfice. La **fiducie à des fins d'éducation** est aussi utilisée si le conjoint précède ou si le testateur n'a pas de conjoint.

Le montant légué à chaque **fiducie** doit être suffisant pour produire un revenu annuel permettant d'acquitter toutes les dépenses d'entretien, de subsistance et d'éducation de l'enfant. Par exemple, si un enfant coûte 6 000 \$ par année, le legs en **fiducie** d'un montant de 150 000 \$ (à 4 %) produit au moins 6 000 \$ de revenu. Si le taux marginal d'impôt sur le revenu du conjoint survivant s'élève à près de 50 %, il lui en coûtera annuellement 12 000 \$ avant impôts pour subvenir aux besoins de cet enfant.

Avec une **fiducie**, un revenu annuel de 6 000 \$ payé à l'enfant suffit, car aucun impôt ne sera payable puisque le revenu sera imposé entre les mains de l'enfant étant donné que la première tranche de 10 000 \$ de revenu n'est pas imposée et que le premier palier de revenu au taux le moins élevé s'élève de 0 \$ à 37 500 \$. Pour des successions moins importantes, une **fiducie familiale de fractionnement** en faveur du conjoint et des enfants ou le **legs à charge** (du type approprié) permet des économies d'impôts pratiquement équivalentes à celles résultant de l'utilisation d'une **fiducie à des fins d'éducation** pour chacun des enfants. Cependant, de telles **fiducies** ne permettent aucun **roulement** en faveur du conjoint.//

La formulation du legs à charge est extrêmement délicate et selon la formulation utilisée, le régime fiscal est complètement différent.

Exemple

Un testateur possède, entre autres, un immeuble locatif qui génère un profit civil annuel de 20 000 \$ par année. Le testateur a deux enfants âgés respectivement de 2 et 3 ans. Il souhaite que les revenus dudit immeuble soient versés en parts égales à ses deux enfants jusqu'à ce que le plus jeune d'entre eux ait atteint l'âge de 25 ans révolus. Pour atteindre ce résultat, au plan civil, les trois formulations suivantes peuvent être utilisées :

- Formulation 1 : « Je lègue à ma conjointe mon immeuble à revenu à charge par cette dernière d'en remettre tout le revenu à mes deux enfants, en parts égales entre eux, jusqu'à ce que le plus jeune d'entre eux atteigne l'âge de 25 ans révolus. »
- Formulation 2 : « Je lègue à ma conjointe mon immeuble à revenu à charge par cette dernière de remettre 10 000 \$ par année à chacun de mes enfants, jusqu'à ce que le plus jeune d'entre eux atteigne l'âge de 25 ans révolus. »
- Formulation 3 : « Je lègue l'usufruit de mon immeuble à revenu à mes deux enfants jusqu'à ce que le plus jeune d'entre eux atteigne l'âge de 25 ans révolus. Je lègue la nue-propriété dudit immeuble à ma conjointe ».

Au plan fiscal, nous avons trois résultats différents.

- Formulation 1 : Le revenu de la propriété est imposé en parts égales entre les enfants. Il ne s'agit pas d'un usufruit. L'immeuble est transféré sans impôt à la conjointe.

- Formulation 2 : Le revenu est imposé en totalité entre les mains de la conjointe. Le fractionnement de revenu n'est pas possible. Le transfert de l'immeuble est effectué sans impôt à la conjointe.
- Formulation 3 : Il s'agit d'une fiducie réputée. Le revenu sera imposé entre les mains des enfants jusqu'au terme de l'usufruit. Une déclaration annuelle de revenus de fiducie (Formulaires T-3 et TP-646) doit être produite. N'étant pas une fiducie exclusive, il n'y a pas de roulement de la propriété à la conjointe au décès du testateur. L'immeuble fait l'objet d'une disposition présumée à sa JVM immédiatement avant le décès du testateur¹¹.

Lorsque le legs à charge crée un lien direct entre le revenu du bien légué et l'obligation du débiteur de la charge, le revenu du bien légué est considéré être le revenu du ou des bénéficiaires de la charge. Par contre, le revenu provenant d'un legs est considéré être le revenu du légataire et non le revenu du bénéficiaire de la charge lorsque l'obligation est une obligation générale et personnelle¹².

Dans les formulations 1 et 2, même si le conjoint n'a pas droit au revenu du bien légué pendant un certain nombre d'années, le legs à charge n'a pas en soi pour effet d'empêcher la dévolution irrévocable du bien¹³, sauf si le legs est assorti de clauses particulières ayant pour effet de faire en sorte que le conjoint puisse se voir dépossédé du bien légué.

Dans la troisième formulation, par l'application des dispositions de l'alinéa 248(3)a L.I.R., il s'agit d'un usufruit réputé être une fiducie.

L'économie d'impôts résultant de l'utilisation de la fiducie aux fins d'éducation en plus de la fiducie de fractionnement pour le conjoint ou d'une

¹¹ Al. 70(5)a) L.I.R.

¹² Marc JOLIN, *Les impôts sur le revenu et le décès*, t. 2, Montréal, Association de planification fiscale et financière, feuilles mobiles, partie II, titre 2, chapitre 3; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-446R*, « Les legs », 7 juillet 1989; N° 369 c. MRN, 55 D.T.C. 545 (C.A.I.); *Saunders c. MRN*, 51 D.T.C. 92 (C.A.I.); N° 139 c. MRN, 54 D.T.C. 55 (C.A.I.); *Brown c. MRN*, 52 D.T.C. 53 (C.A.I.); *Cunliffe c. MRN*, 63 D.T.C. 408 (C.A.I.).

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-449R* (archivé), « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 8e).

fiducie exclusive à son bénéficiaire ne commence que lorsque le capital productif de revenus détenus en fiducie excède 3 M\$.

Q-2 Si les revenus annuels éventuels engendrés par la partie de votre succession léguée à un légataire sont ajoutés à ses autres revenus annuels, et que le total (de ces revenus) dépasse 60 000 \$ par année, votre testament contient-il une **fiducie de fractionnement** en faveur de ce légataire?

oui non

NOTE : Une **fiducie de fractionnement** permet de faire taxer des revenus entre les mains d'une **fiducie** à un taux d'impôt inférieur à celui du bénéficiaire, produisant ainsi un fractionnement de revenu et une économie annuelle d'impôts pendant des dizaines d'années après le décès. Ce type de **fiducie** est particulièrement avantageux lorsque le légataire gagne par ailleurs des revenus élevés. Une **fiducie de fractionnement** constitue en quelque sorte un abri fiscal applicable à une large gamme de situations. En 2008, l'économie annuelle d'impôts sur le revenu peut atteindre au Québec 12 330 \$ à un niveau de 130 000 \$ de revenu. Cependant, une telle fiducie ne permet pas de roulement d'immobilisations, de terrains à porter à l'inventaire et d'avoirs miniers. Les biens à y transférer ainsi que leur valeur doivent être choisis avec soin. Le tableau suivant illustre pour un légataire imposé au taux d'impôt marginal maximum en 2008 les économies d'impôts pouvant résulter de l'utilisation d'une **fiducie de fractionnement** dans l'hypothèse où tout le revenu civil est imposé au niveau de la **fiducie**,// soit parce qu'ils ont été capitalisés, soit parce que le choix permis au paragraphe 104(13.1) L.I.R. a été effectué, ce dernier choix permettant de faire imposer au niveau d'une fiducie un revenu payé à un bénéficiaire.

Exemple

Un héritier gagne un revenu de 60 000 \$ et hérite de biens qui produisent un revenu annuel d'intérêts de 40 000 \$. Si l'héritier a reçu les biens dans le cadre d'un testament simple, son impôt annuel s'élèvera à 34 489 \$ alors que s'il a hérité des biens à l'aide d'une **fiducie de fractionnement**, son impôt s'élèvera à 28 596 \$. La **fiducie de fractionnement** permet donc une économie annuelle d'impôts de 5 893 \$./ Dans le cas où un légataire âgé de plus de 65 ans reçoit un revenu de la Pension de la sécurité de la vieillesse, et que les revenus produits par les biens légués auront comme effet de hausser son revenu imposable total à plus de 63 511 \$ (en 2008), il sera appelé à rembourser une partie de sa Pension de la sécurité de la vieillesse alors qu'avec un legs en **fiducie de fractionnement**, aucun tel remboursement ne sera requis si le revenu des

biens légués est imposé au niveau de la fiducie. Compte tenu du non-remboursement, les économies d'impôts demeurent importantes même si le légataire est imposé dans la tranche de revenu de 37 886 \$ à 75 000 \$ au taux de 38,37 %.

Le tableau qui suit indique, pour certains niveaux de revenu additionnel, l'impôt à payer en 1995 si le revenu est imposé en totalité au niveau de la fiducie testamentaire ainsi que l'impôt à payer si le revenu est imposé au taux d'impôt marginal maximum¹⁴.

ÉCONOMIE D'IMPÔTS EN 1995

Niveau de revenu	Impôt au taux marginal maximum	Impôt au niveau de la fiducie	Économie annuelle d'impôts	En pourcentage du revenu
1 000 \$	529,35 \$	307,05 \$	222,30 \$	22,23 %
5 000 \$	2 646,75 \$	1 535,25 \$	1 111,50 \$	22,23 %
10 000 \$	5 293,50 \$	3 160,50 \$	2 133,00 \$	21,33 %
15 000 \$	7 940,25 \$	4 865,75 \$	3 074,25 \$	20,49 %
20 000 \$	10 587,00 \$	6 651,00 \$	3 936,00 \$	19,68 %
30 000 \$	15 880,50 \$	10 440,66 \$	5 439,84 \$	18,13 %
40 000 \$	21 174,00 \$	15 104,66 \$	6 069,34 \$	15,17 %
50 000 \$	26 467,50 \$	19 796,16 \$	6 671,34 \$	13,34 %
60 000 \$	31 761,00 \$	24 730,03 \$	7 030,96 \$	11,72 %
70 000 \$	37 054,50 \$	30 023,54 \$	7 030,96 \$	10,04 %
100 000 \$	52 935,00 \$	45 904,04 \$	7 030,96 \$	7,03 %

¹⁴ L'impôt déterminé pour l'année 1995 tient compte de la contribution au Fonds des services de santé. Comme le tableau pour l'année 2009 n'en tient pas compte, il faut retrancher 1 % au taux marginal maximum, aux fins de comparer le résultat de l'année 1995 avec celui de l'année 2009.

ÉCONOMIE D'IMPÔTS EN 2008

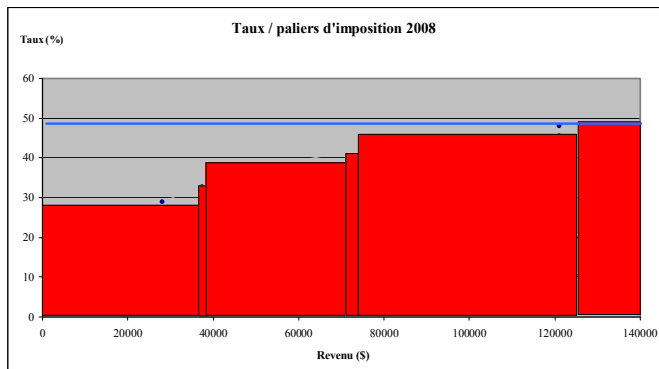
Revenu additionnel	Impôt au taux marginal maximum	Impôt au niveau de la fiducie	Économie annuelle d'impôts	En pourcentage du revenu
1 000 \$	482,15 \$	285,25 \$	196,90 \$	19,69 %
5 000 \$	2 410,75 \$	1 426,25 \$	984,50 \$	19,69 %
10 000 \$	4 821,50 \$	2 852,50 \$	1 969,00 \$	19,69 %
20 000 \$	9 643,00 \$	5 705,00 \$	3 938,00 \$	19,69 %
30 000 \$	14 464,50 \$	8 587,50 \$	5 907,00 \$	19,69 %
40 000 \$	19 286,00 \$	11 663,83 \$	7 652,17 \$	19,13 %
50 000 \$	24 107,50 \$	15 470,83 \$	8 636,67 \$	17,27 %
60 000 \$	28 929,00 \$	19 307,83 \$	9 621,17 \$	16,03 %
70 000 \$	33 750,50 \$	23 164,83 \$	10 585,67 \$	15,12 %
100 000 \$	48 215,00 \$	36 464,75 \$	11 750,25 \$	11,75 %
120 000 \$	57 858,00 \$	45 606,75 \$	12 251,25 \$	10,21 %
130 000 \$	62 679,50 \$	50 348,57 \$	12 330,93 \$	9,48 %
150 000 \$	72 332,50 \$	59 991,57 \$	12 330,93 \$	8,22 %
200 000 \$	96 430,00 \$	84 099,07 \$	12 330,93 \$	6,16 %

// Si nous comparons ce dernier tableau avec celui pour l'année 1995, nous pouvons dégager les trois observations suivantes :

- 1) L'économie en pourcentage au premier palier de revenu, établi actuellement à 19,69 %, est approximativement similaire à celle que l'on observait il y a une quinzaine d'années. En effet, en 1995, l'écart s'élevait à 21,23 % au premier palier. Alors que le premier palier d'impôt se rendait à moins de 15 000 \$, en 1995, il se rend jusqu'à 37 500 \$ de revenu en 2008.
- 2) Alors qu'en 1995, l'économie d'impôts maximale s'élevait à 7 030,96 \$ pour un niveau de revenu de près de 60 000 \$, en 2008 à un niveau de revenu de près de 60 000 \$, l'économie d'impôts s'élève à 9 621,17 \$, et l'économie maximale s'élève à 12 330,93 \$ pour un revenu gagné par la fiducie de 123 185 \$.
- 3) Lorsque le revenu produit par les biens détenus en fiducie s'élève à 20 000 \$ ou moins, l'économie d'impôts était légèrement plus importante en 1995 que maintenant. À l'inverse, lorsque ledit revenu s'élève à plus de 20 000 \$, les économies d'impôts résultant de l'utilisation d'une fiducie testamentaire sont plus importantes en 2008 qu'en 1995, et ce, non seulement en pourcentage, mais aussi en chiffres absolus. Cependant, étant donné que les rendements sont généralement moins

élevés maintenant qu'en 1995, le niveau de capital requis pour générer un niveau donné de revenus est plus important maintenant qu'en 1995.

Le graphique qui suit indique les taux et les paliers d'imposition au Québec pour l'année 2008. L'espace entre les paliers et la ligne à 48,215 % illustre l'économie d'impôts. Nous notons que sur la première tranche de 40 000 \$ de revenu additionnel, l'économie annuelle d'impôts s'élève à 62 % de l'économie totale possible de 12 331 \$¹⁵.



Taux (%)	28.52	32.94	38.37	42.37	45.71	48.215
Revenu (\$)	0 - 37,500	37,501 - 37,885	37,886 - 75,000	75,001 - 75,769	75,770 - 123,184	123,185 et +

Q-3 Si votre testament prévoit la constitution de **fiducies à des fins d'éducation** en faveur de plus d'un bénéficiaire (souvent enfants, petits-enfants, neveux) et s'il est prévu qu'à un certain âge le capital sera remis (en pleine propriété ou en **fiducie**) à votre conjoint survivant ou à la personne de qui le bénéficiaire était à la charge (souvent enfants, frères, sœurs), les **fiducies** prévoient-elles que chaque enfant recevra (du moins éventuellement) plus de 50 % de tout le revenu annuel de la **fiducie** constituée à son bénéfice?

oui non

NOTE : Les lois fiscales contiennent des règles antiévitement dont l'effet est de traiter plusieurs **fiducies** comme une seule, diminuant ainsi la possibilité

¹⁵ Vous pouvez télécharger une version couleur et grand format de ce tableau à l'adresse suivante : www.marcjolin.com, signet : « Scénarios et Documents », document : « Taux d'imposition pour l'année 2008 ».

de fractionner le revenu des diverses **fiducies**. Une des règles à observer pour considérer chaque **fiducie** comme distincte sur le plan fiscal est qu'il y ait dans chacune des fiducies un bénéficiaire du revenu différent qui reçoive plus de 50 % de tout le revenu de la **fiducie** constituée à son bénéfice.//

La règle à laquelle la note ci-dessus fait référence se trouve à l'alinéa 104(2)b) L.I.R. qui se lit comme suit : « [...] d'autre part, les diverses fiducies sont telles que le revenu en découlant revient ou reviendra finalement au même bénéficiaire ou groupe ou catégorie de bénéficiaires, [...] ». En rédigeant la fiducie de sorte que chaque bénéficiaire de la fiducie constituée à son bénéfice reçoive au moins 50 % du revenu annuel net produit par la fiducie à son bénéfice, il devient alors beaucoup plus difficile pour l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») de prétendre que le revenu reviendra au même bénéficiaire. À l'alinéa 104(2)b) L.I.R., le terme « revenu » n'est pas qualifié. Le texte ne se réfère pas à « tout le revenu » ni à la « majorité du revenu ».

Étant donné que le seuil supérieur du palier de revenu imposé au taux d'impôt le plus bas tant pour un enfant que pour la fiducie s'élève à 37 500 \$, l'utilisation de deux fiducies plutôt qu'une lorsque le testateur a deux enfants (prenant pour hypothèse que la fiducie est rédigée de telle sorte que les 47 500 \$ de revenu sont imposés entre les mains de chaque enfant)¹⁶ ne produira des économies d'impôts que si le revenu annuel des deux fiducies excède 132 500 \$¹⁷, correspondant à un capital de 3 312 500 \$ si le capital a été investi à un taux de 4 %.

Q-4 Si votre testament contient une ou des **fiducies à des fins d'éducation** (Q-1) ou une ou des **fiducies de fractionnement** (Q-2), ces **fiducies** contiennent-elles des clauses de fractionnement de revenu en faveur des personnes à charge ou des descendants des bénéficiaires du revenu (appelées « clauses gicleurs »)?

oui non

NOTE : Une **fiducie à des fins d'éducation** ou une **fiducie de fractionnement** avec clause gicleurs est souvent appelée « **fiducie familiale** »

¹⁶ Soit approximativement 10 000 \$ (niveau de revenu en deçà duquel l'impôt est nul compte tenu du crédit de base (al. 118(1)c) L.I.R.; art. 752.0.1 L.I.)) plus la limite supérieure du premier palier de revenu (37 500 \$) imposé au taux le plus faible.

¹⁷ Soit 47 500 \$ (revenu d'enfant 1) + 47 500 \$ (revenu d'enfant 2) + 37 500 \$ (revenu fiscal des fiducies).

de fractionnement ». Il est difficile d'utiliser les fiducies entre vifs aux fins d'éducation pour fractionner le revenu de biens à l'intérieur des membres d'une même famille. Il est fiscalement très avantageux de permettre aux **fiduciaires** des **fiducies** décrites ci-dessus de verser aux enfants à charge (et même au conjoint ou aux petits-enfants, si désiré) des bénéficiaires du revenu, une partie et même la totalité du revenu qui peut être remis par ailleurs auxdits bénéficiaires. De telles clauses sont appelées « gicleurs » parce qu'elles permettent de répartir le revenu d'une **fiducie** entre plusieurs personnes, réduisant davantage le montant des impôts sur le revenu annuel à payer. Les économies d'impôts résultant de l'effet de gicleurs peuvent être plus importantes que celles résultant du simple fractionnement de revenu entre la **fiducie** et son unique bénéficiaire (expliqué à Q-2) parce que le taux d'impôt sur la première tranche de 10 000 \$ de revenu d'un particulier s'élève à 0.//

Il existe deux façons différentes de rédiger les clauses gicleurs. La première est d'utiliser la formulation flexible. Par exemple : « Les fiduciaires pourront remettre tout ou partie du revenu aux enfants à charge du bénéficiaire de la fiducie [...] ». Le fiduciaire est alors obligé d'effectuer un paiement avant la fin de l'année d'imposition de la fiducie¹⁸. Cette solution est recommandée lorsque la presque totalité du montant payé au bénéficiaire sera probablement dépensée pour son compte au cours de l'année. À l'inverse, s'il est plus probable que le paiement dépassera de beaucoup les besoins de la personne à charge, il peut être préférable d'opter pour une clause gicleur fixe, non discrétionnaire, qui remplit les exigences du paragraphe 104(18) L.I.R.¹⁹ En effet, avec la clause gicleur ordinaire, le montant payé à l'enfant et non dépensé fait partie du patrimoine de l'enfant et lorsqu'il excède 25 000 \$, les rapports usuels et la surveillance par la Curatelle publique commenceront à s'appliquer. Avec la clause gicleur de type « 104(18) L.I.R. », la fiducie obtient la déduction, l'enfant âgé de moins de 21 ans à la fin de l'année de l'imposition doit s'imposer sur le montant qui lui a été attribué et les sommes peuvent demeurer sous le contrôle de la

¹⁸ Marc JOLIN, « Gestion du patrimoine », *Mise à jour 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006. Ce texte explique une méthode basée sur AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0093661E5, 30 septembre 2005, permettant de faire en sorte qu'une somme soit considérée comme payable sans qu'elle soit versée au cours de l'année.

¹⁹ Pour une analyse plus détaillée du paragraphe 104(18) L.I.R., voir Marc JOLIN, « Le fractionnement du revenu et les pièges insoupçonnés des règles d'attribution – Les fiducies, les règles d'attribution et les règles de revenu fantôme », dans *Colloque – La fiducie : le véhicule fiscal du nouveau millénaire*, 88, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 2:1-124.

fiducie pour la période précisée au testament. Principale contrainte additionnelle à respecter : les sommes attribuées et non payées au moment du décès de l'enfant doivent nécessairement être remises à sa succession si l'enfant décède après l'âge de 40 ans révolus. La question 5 vise justement à attirer l'attention sur les situations où une clause gicleur de type « 104(18) L.I.R. » aurait avantage à être utilisée.

Q-5 Si votre testament prévoit la constitution d'une ou de plusieurs **fiducies à des fins d'éducation** ou d'une **fiducie familiale de fractionnement** au bénéfice d'un ou de plusieurs enfants âgés de moins de 21 ans et que les revenus prévus pour chaque **fiducie** excèdent de plus de 37 000 \$ les besoins annuels de chaque enfant, les termes de cette ou ces **fiducies** prévoient-ils qu'un pourcentage fixe et non discrétionnaire du revenu annuel net sera irrévocablement acquis au bénéfice de tout bénéficiaire âgé de moins de 21 ans à la fin de l'année d'imposition de la **fiducie**?

oui non

NOTE : Sans un ensemble de clauses attribuant un pourcentage fixe du revenu annuel net de la **fiducie** aux bénéficiaires âgés de moins de 21 ans, le fractionnement optimum du revenu entre la **fiducie** et le bénéficiaire âgé de moins de 21 ans ne pourra être effectué actuellement qu'à l'aide d'un paiement accompagné d'un chèque ou d'un billet à demande. Les sommes payées aux enfants seront soustraites du contrôle de l'administration fiduciaire et seront gérées par le tuteur de l'enfant mineur jusqu'à sa majorité, ce qui ne sera pas toujours la solution désirée par le testateur, surtout pour le testateur divorcé. Avec la clause mentionnée ci-dessus (qui est un type rigide de clause gicleur dans le cas d'une **fiducie familiale de fractionnement**) et si elle est conforme aux exigences du paragraphe 104(18) L.I.R., les sommes acquises au bénéficiaire pourront demeurer sous le contrôle des **fiduciaires** au plus tard jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 40 ans// et, s'il devait décéder avant ce moment, ces sommes pourront alors être remises conformément aux intentions du testateur. Le pourcentage du revenu annuel à être versé sera déterminé par les besoins des enfants, le revenu annuel généré par les biens détenus en fiducie et les intentions du testateur. Depuis 1996, il n'est plus permis d'utiliser le choix du bénéficiaire privilégié²⁰ (sauf si le bénéficiaire a une déficience mentale ou physique grave et prolongée) aux fins de faire imposer au niveau du bénéficiaire d'une fiducie du revenu gagné et conservé par la fiducie. Le niveau de revenu n'a

²⁰ Par. 104(14) L.I.R.

pas à être exprimé dans le testament à l'aide d'un pourcentage. Un montant fixe peut être utilisé. Une référence à une source particulière de revenu peut aussi être utilisée. Par exemple, il serait possible de se référer aux dividendes versés sur les actions d'une catégorie précise d'une société déterminée. Si les actions sont léguées par le père ou la mère de l'enfant, les dividendes payés à un enfant mineur ne sont pas considérés être du « revenu fractionné »²¹.

Q-6 À Q-9 : SI VOUS DÉTENEZ DES ACTIONS DE COMPAGNIES PRIVÉES

Q-6 Si vous détenez la majorité des actions d'une compagnie privée dont vous êtes dirigeant ou employé, votre testament contient-il une clause demandant à votre liquidateur de voir à ce que la compagnie verse une **prestation consécutive au décès** de 10 000 \$ à votre conjoint ou, à défaut, à vos héritiers, en reconnaissance des services que vous avez rendus à la compagnie?

oui non

NOTE : À la suite du décès d'un employé, les lois fiscales permettent à un employeur de verser au conjoint ou aux héritiers de l'employé une somme en reconnaissance des services rendus par ce dernier. Une telle somme est déductible du revenu de la compagnie, et jusqu'à concurrence de 10 000 \$, est reçue libre d'impôt par la personne qui la reçoit.//

Une « prestation consécutive au décès » (pour une année d'imposition) est la somme ou les sommes reçues par une personne dans une année d'imposition au moment du décès d'un employé ou d'un ancien employé, ou après ce décès, en reconnaissance des services rendus à l'employeur²².

²¹ Par. 120.4(1) « montant exclu » L.I.R.

²² *La Reine c. Irene M. Cumming*, 76 D.T.C. 6265, 6266 (C.F. 1^{re} inst.); [1976] C.T.C. 447, 448 :

« The ordinary meaning of the word “recognition” in the phrase “in recognition of” is “[t]he acknowledgment or admission of a kindness, service or merit, or the expression of this in some way. [...] acknowledgment of something done or given especially by making some return (a gift in – of a service).” »

Bardsley c. MRN, 70 D.T.C. 1546 (C.A.I.) : « [...] the death benefit is a pure gratuity [...] »; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-508R, « Prestations consécutives au décès », 12 février 1996.

La prestation consécutive au décès n'est pas limitée à 10 000 \$. Rien n'empêche la société employeur de verser une somme de 100 000 \$, si le montant est raisonnable, à titre de prestation consécutive au décès. Si le testateur a des personnes à sa charge dont les revenus sont imposés au premier palier d'impôt (tranche 0 \$ à 37 500 \$ de revenu), tout dépendant du taux d'impôt de la société, il peut être globalement avantageux de verser une prestation consécutive au décès d'un montant permettant à chaque légataire d'avoir un revenu total de 37 500 \$. Dans le cas où le testateur a des enfants ou petits-enfants n'ayant aucun revenu, une prestation consécutive au décès versée aux enfants n'ayant aucun revenu, de 10 000 \$ par enfant ou petit enfant moins leur revenu respectif par ailleurs, produira aussi des économies d'impôts appréciables²³. Certains incorporent les clauses de prestation consécutive au décès dans le contrat d'emploi entre l'employeur et la société. D'autres incorporent ces clauses dans une résolution des administrateurs de la société au moment de l'embauche de l'employé. Au plan fiscal, il n'est pas requis qu'une référence antérieure à la prestation au décès existe. En réalité, la suggestion d'incorporer une clause à cet effet dans le testament est d'abord et avant tout de faire penser au liquidateur d'utiliser le mécanisme de la prestation consécutive au décès.

Finalement, il n'est pas requis que le testateur ait effectivement touché de la société une rémunération avant son décès pour permettre de payer une prestation consécutive au décès à ses légataires. Le simple fait d'occuper le poste d'administrateur permet à la société dont le testateur était administrateur, de verser une prestation consécutive au décès. Un administrateur d'une société occupe une charge et un revenu de charge est aussi un revenu d'emploi. Donc, tout administrateur est fiscalement employé d'une compagnie même s'il ne touche aucune rémunération.

Q-7 Si vous avez des **AAPE** dont le gain accumulé excède votre solde d'exonération à l'égard du gain en capital et que vous avez un conjoint qui n'a pas utilisé son exonération de 750 000 \$ de gain en capital, votre testament contient-il un legs particulier d'une partie des **AAPE** à votre conjoint auquel la clause de survie ne s'applique pas?

oui non

²³ Évidemment, il faut tenir compte de la possibilité qu'un enfant permette à son parent de réclamer le crédit équivalent pour personne entièrement à charge prévu à l'alinéa 118(1)b) L.I.R.

NOTE : Si une clause de survie (par exemple, « pour hériter, mon conjoint doit me survivre 30 jours ») s'applique à **tous** les biens de la succession et que le conjoint survivant ne survit pas assez longtemps pour hériter, tous les biens seront remis aux enfants ou autres légataires désignés au testament. Dans ce dernier cas, l'inconvénient est que le conjoint survivant n'a alors peut-être pas pu profiter personnellement de l'exonération à l'égard du gain en capital imposable sur les **AAPE** légués à ce dernier.// La partie de la succession et le type de legs auxquels la clause de survie s'applique devront être déterminés en tenant compte de l'importance et des caractéristiques fiscales des biens composant la succession du testateur et celle de son conjoint. Depuis l'introduction de la disposition anti-roulement, le testament doit contenir un legs à titre particulier d'AAPE, actions possédant un gain en capital accumulé égal à la portion inutilisée par le conjoint survivant de l'exonération actuelle de 750 000 \$ à l'égard du gain en capital. La clause de survie ne devrait pas s'appliquer à ce legs particulier. Le but de l'usage du legs particulier est d'accélérer le moment de la dévolution irrévocable des actions par rapport au résultat pouvant être atteint avec un legs universel ou à titre universel²⁴. Le but de la convention d'achat-vente de type « double option » est de ne pas faire échec à la dévolution irrévocable²⁵. En plus de ces deux caractéristiques, les clauses suivantes doivent être ajoutées lors de la rédaction de la FEC afin de permettre un fractionnement du revenu en quatre : une clause doit donner le pouvoir aux fiduciaires de la FEC de payer une partie du gain en capital imposable jusqu'à concurrence d'un revenu de 125 000 \$²⁶ si les actions ne sont pas des AAPE ou si le conjoint a utilisé la totalité de son solde d'exonération à l'égard du gain de capital imposable. Si les actions visées sont des AAPE et que le conjoint n'a pas utilisé en totalité son solde d'exonération à l'égard du capital imposable, les fiduciaires de la FEC devraient avoir le pouvoir de payer au conjoint un montant de gain en capital imposable égal à son solde d'exonération à l'égard du gain de capital imposable plus une somme égale à la différence entre le seuil du dernier palier d'impôt (actuellement 123 185 \$) moins le revenu du conjoint gagné par ailleurs. Avec une telle formulation, l'économie d'impôts résultant du fait que le conjoint survivant n'a pas utilisé son solde d'exonération est pleinement réalisée et l'économie d'impôts résultant du fractionnement de revenu entre la fiducie et le conjoint est aussi maximisée. Le résultat peut être atteint de façon similaire en utilisant la formulation suivante : « Les

²⁴ M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie I, titre 13, chapitre 1, section 4; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 13, par. 2.

²⁵ M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie I, titre 13, chapitre 1, section 4, sous-section 5.

²⁶ Se rappeler que le dernier palier d'impôt commence, en 2008, à 123 185 \$ de revenus.

fiduciaires [de la FEC] doivent remettre au conjoint une partie du gain en capital imposable réalisé par la fiducie au cours de l'année dans la seule mesure où une telle remise a pour effet de réduire les impôts totaux à payer par la FEC et par le conjoint au cours de l'année d'imposition. »

Même si le début de la note fait référence à un fractionnement en quatre prenant pour hypothèse que la moitié des actions fait l'objet d'une vente au cours d'une première année d'imposition de la FEC suivie d'une vente de la deuxième moitié des actions dans l'année d'imposition qui suit, en pratique la première vente peut se faire le dernier jour de l'année d'imposition de la fiducie²⁷ et la deuxième vente peut se faire quelques jours plus tard, au début de l'année suivante. En réalité, il est possible de fractionner le gain de capital en cinq dans les situations où le niveau de revenu du testateur pour l'année d'imposition de son décès est faible ou même négatif à la suite des reports de perte en capital ou encore à des pertes en capital réalisées dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition de son décès. Il s'agit tout simplement de faire le choix prévu au paragraphe 70(6.2) L.I.R. et choisir le nombre d'actions qui, même s'il est légué à une FEC, ne sera pas transféré au PBR mais plutôt à la JVM²⁸.

Q-8 Si vous avez un conjoint et que vous êtes partie à une convention entre actionnaires ou associés, la convention d'achat-vente de vos actions de compagnie ou de vos participations dans une société de personnes est-elle de type double option et ces actions ou participations font-elles l'objet d'un legs particulier à une **FEC**?

oui non

NOTE : Une convention d'achat-vente de type double-option (aux termes de laquelle l'option de vendre les actions du testateur accordée au conjoint survivant, expire avant l'option accordée à l'actionnaire survivant de les acheter) permet le transfert libre d'impôt à la **FEC**. Si les actions faisant l'objet de la double option décrite ci-dessus sont vendues aux actionnaires survivants après avoir été transférées par legs particulier à la **FEC**, que le **fiduciaire** de la **fiducie** vend une partie des actions immédiatement avant la fin de la première année d'imposition de la **fiducie** et l'autre partie des actions immédiatement après, et que les choix fiscaux sont faits

²⁷ Cette date est d'ailleurs choisie par les fiduciaires selon l'alinéa 104(23)a) L.I.R.

²⁸ Par. 248(9.2) L.I.R.; pour un exemple détaillé de fractionnement en cinq, voir M. JOLIN, *loc. cit.*, note 4, 1276; M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie I, titre 13, chapitre 3, section 3. Chaque action est un bien distinct pouvant faire l'objet du choix.

adéquatement (Q-35 et Q-37), le gain en capital imposable qui en résulte peut être fractionné en quatre, soit deux années d'imposition différentes pour la **fiducie** et deux années d'imposition pour le conjoint survivant, produisant toujours des économies d'impôts appréciables²⁹.

Q-9 Si des actions de compagnies (le plus souvent des actions de gel) sont léguées en **fiducie** et que lesdites actions doivent être rachetées (souvent, aux termes d'une convention de rachat) sur plusieurs années après le décès, le testament contient-il une clause établissant qu'une certaine partie ou même la totalité du montant de dividende présumé résultant de chaque rachat annuel sera présumé du revenu de la **fiducie**?

oui non

NOTE : Un rachat d'actions occasionne généralement un revenu fiscal (dividende présumé). Cependant, en droit civil, un tel rachat est une opération de nature capital. Ainsi, sans la clause décrite ci-dessus, le bénéficiaire du revenu de la **fiducie** n'aura pas le droit de recevoir le montant encaissé par la **fiducie** lors du rachat. Le bénéficiaire sera limité à ne recevoir que les intérêts (revenu) générés par le capital provenant du rachat, ce dernier devant être conservé par la **fiducie**, à moins que la **fiducie** ne prévoie expressément un prélèvement sur le capital et que ce prélèvement soit effectivement fait par le **fiduciaire**. Par exemple, si le testament prévoit que 25 % du prix de rachat est réputé du revenu, le bénéficiaire du revenu qui a droit à tout le revenu aura le droit d'exiger 25 % du prix de tous les rachats.//

Cette question en soulève une autre beaucoup plus générale, c'est-à-dire le choix des diverses définitions du mot « revenu » à utiliser dans différents types de fiducies testamentaires. Le tableau qui suit présente les 1152 définitions les plus fréquentes. Évidemment, nous ne tenons pas compte des définitions dont le seul effet est de préciser le sens ou la portée d'un concept sans en changer la signification³⁰.

²⁹ M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie I, titre 13, chapitre 3, section 3 et partie III, titre 1, chapitre 2, section 7.

³⁰ Un exemple d'une telle clause serait d'ajouter, après l'expression « dividende », l'expression « provenant ou non du compte de dividende en capital ». Une telle précision n'ajoute absolument rien au concept civil de revenu étant donné qu'un dividende imposable, qu'il provienne ou non du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), est toujours un revenu au sens civil.

Définitions diverses du concept de « revenu » dans les fiducies³¹

1a : Revenu a le sens « civil » seulement
1b : Revenu a le sens « fiscal »
2a : Plus les gains en capital imposable réalisés [avec 1a]
2b : Plus les gains en capital imposable réalisés et présumés aux fins des lois fiscales [avec 1a]
2c : Plus les gains en capital réalisés
2d : Plus les gains en capital réalisés et présumés aux fins des lois fiscales
2e : Plus les gains en capital imposables calculés comme si le coût des immobilisations était égal à leur JVM au moment du décès [avec 1a]
2f : Plus les gains en capital calculés comme si le coût des immobilisations était égal à leur JVM au moment du décès
2 g : Plus les gains en capital imposables résultant de la disposition d'AAPE et jusqu'à concurrence du solde d'exonération disponible pour le(s) bénéficiaire(s) du revenu de la fiducie [avec 1a]
2h : Plus les gains en capital imposables résultant de la disposition d'AAPE et jusqu'à concurrence du solde d'exonération disponible pour le bénéficiaire du revenu de la fiducie et plus, pour les biens autres que des AAPE, les gains en capital imposables calculés comme si le coût des immobilisations était égal à leur JVM au moment du décès
2i : Plus les gains en capital imposables résultant de la disposition d'AAPE et jusqu'à concurrence du solde d'exonération disponible pour le bénéficiaire du revenu de la fiducie et plus, pour les biens autres que des AAPE, les gains en capital calculés comme si le coût des immobilisations était égal à leur JVM au moment du décès
<p><u>Option 2.1 :</u></p> <p>Aux définitions 2a à 2i, il est possible après le mot « Plus » d'ajouter l'option suivante : « [...], si les fiduciaires le déterminent à leur entière discrétion, [...] »</p> <p><u>Option 2.2 :</u></p> <p>Aux définitions 2a à 2i, il est possible après le mot « Plus » d'ajouter l'option suivante : « [...], si les fiduciaires le déterminent, en tout ou en partie, à leur entière discrétion, [...] »</p> <p><u>Option 2.3 :</u></p> <p>Aux définitions 2a à 2i, il est possible après le mot « Plus » d'ajouter l'option suivante : « [...], s'il en résulte une économie d'impôts, [...] »</p>

³¹ Liste non exhaustive.

3a : Plus, un pourcentage fixe [de 1 à 100 %, au choix] du dividende présumé résultant d'un rachat ou achat de gré à gré d'actions de société [avec 1a]
3b : Plus, un pourcentage fixe [de 1 à 100 %, au choix] du prix de rachat ou d'achat de gré à gré d'actions d'une société [avec 1a]
3c : Plus, un pourcentage variable, à la discrétion des fiduciaires, du dividende présumé résultant d'un rachat ou achat de gré à gré d'actions de société
3d : Plus, un pourcentage variable, au choix des fiduciaires, du prix de rachat ou d'achat de gré à gré d'actions d'une société
4a : Plus les dividendes en actions
4b : Plus, à la discrétion des fiduciaires, les dividendes en actions
4c : Plus, un pourcentage fixe [de 1 à 100 %, au choix] du prix de rachat des dividendes en actions
4d : Plus, un pourcentage variable, à la discrétion des fiduciaires, du prix de rachat des dividendes en actions

Si nous combinons les différents éléments non exclusifs des possibilités de définitions du concept de revenus dans une fiducie, nous obtenons plus de 432 définitions possibles³². Toutes les définitions ne sont pas équivalentes et il faut dans le cadre de la rédaction d'une fiducie testamentaire ou entre vifs, déterminer avec soin la définition la plus appropriée pour atteindre un résultat à la fois fiscalement optimisé et conformément aux volontés exprimées ou implicites du client.

Commençons tout d'abord par les situations où le choix de la définition de « revenu » a peu d'impact. Il s'agit évidemment des situations où le ou les bénéficiaires du revenu de la fiducie sont exactement les mêmes personnes que le ou le bénéficiaire du capital de la fiducie et où les fiduciaires d'une telle fiducie ont des pouvoirs très larges de prélèvements sur le capital et de remise des revenus. Dans ces situations, peu importe la définition effectivement utilisée dans l'acte, les fiduciaires pourront finalement remettre que ce soit à titre de revenu ou à titre de capital, exactement le montant d'argent qu'ils désirent au(x) bénéficiaire(s).

Nous pouvons facilement deviner que la situation peut devenir plus délicate si le bénéficiaire a droit à tous les revenus de la fiducie alors que les prélèvements sur le capital sont soit limités à des situations très particulières,

³² Sans tenir compte des variables, soit : $1 + 1 + [9 \times 3] \times 4 \times 4$. En tenant compte des variables possibles aux définitions 3a, 3b et 4c, le nombre de définitions augmente à 561 762, soit : $[1 + 1 [9 \times 3] \times 202 \times 103]$.

par exemple des maladies sérieuses, soit laissés à l'entière discrétion des fiduciaires.

Certains rédacteurs de testament s'imaginent avoir trouvé la solution miracle en adoptant systématiquement une définition la plus large possible du concept de revenu dans toutes les fiducies qu'ils rédigent en prévoyant, par exemple, qu'un revenu comprend non seulement le revenu civil, mais en plus tout gain en capital réel et présumé y compris tout prix de rachat d'actions.

Examinons les effets pratiques d'une telle clause dans le contexte d'une FEC précisément créée par le testateur dans le but de s'assurer que le capital détenu par sa fiducie sera remis à ses enfants après le décès du conjoint survivant. Cette situation se rencontre de plus en plus souvent dans le contexte des familles reconstituées. Si les biens légués à une telle fiducie se composent d'actions d'une société privée, dont les caractéristiques fiscales sont les suivantes :

Capital versé	100 \$
PBR	100 \$
JVM au décès	2 000 000 \$
JVM au moment de la vente subséquente	2 001 000 \$

Lors de la vente, le résultat fiscal sera le suivant :

Produit de disposition	2 001 000 \$
PBR	100 \$
Gains en capital	<u>2 000 900 \$</u>
Gains en capital imposable	1 000 450 \$

Tenant pour acquis que la convention entre actionnaires n'a pas empêché le roulement d'actions à la fiducie exclusive et qu'après la dévolution irrévocable des actions, ces dernières sont vendues à un tiers acquéreur pour 2 001 000 \$, voici quels seront les montants que les fiduciaires devront payer au conjoint selon les diverses définitions de revenu énumérées dans le tableau ci-dessus (les numéros font référence à ceux du tableau) :

1	0
2a	1 000 450
2b	1 000 450
2c	2 000 900
2d	2 000 900
2e	1000
2f	500

Avec un testament qui aurait utilisé la version la plus large de concept de revenu, les fiduciaires auraient été obligés de remettre 1 999 900 \$ au conjoint survivant et il ne resterait que 100 \$ à remettre aux enfants du testateur à la suite du décès du conjoint survivant. Était-ce véritablement l'intention du testateur?

Introduisons une variable additionnelle.

Avec le même testament et les mêmes actions, prenons pour hypothèse que les actions sont des AAPE et que le conjoint survivant n'a utilisé aucune partie de son exonération à l'égard du gain de capital imposable.

Avec la définition de base, et tenant pour acquis que la fiducie ne comporte aucune clause de prélèvement sur le capital, ou que si de telles clauses sont prévues, nous ne sommes pas dans une situation où l'on peut s'en prévaloir, la totalité du gain en capital imposable sera imposée au niveau de la fiducie et il ne sera pas possible pour le conjoint survivant d'utiliser son solde d'exonération à l'égard du gain de capital imposable. Nous nous retrouverons donc avec approximativement 184 500 \$ d'impôt additionnel à payer par rapport à ce qui aurait été payé si le conjoint avait pu utiliser son solde d'exonération. Si la fiducie avait une définition de revenu comprenant tout gain en capital imposable résultant de la disposition d'AAPE jusqu'à concurrence du solde d'exonération à utiliser par le conjoint, les fiduciaires auraient pu payer 375 000 \$ au conjoint, ce dernier se serait alors imposé sur ladite somme et le capital de la fiducie aurait été diminué de 2 000 900 \$ à 1 625 900 \$.

Un autre exemple avec le même testament et les mêmes actions qui ne sont pas des AAPE.

La convention entre actionnaires prévoit que les actions du testateur feront l'objet d'un achat de gré à gré après la dévolution irrévocable au conjoint ou à une fiducie exclusive à son bénéficiaire³³.

Si le rachat des actions n'est pas effectué à l'aide du CDC, au moment du rachat les incidences fiscales seront les suivantes :

Produit de disposition	2 900 000 \$
Capital versé	100 \$
Dividende imposable présumé	2 000 900 \$

Si la définition utilisée dans la fiducie se limite au revenu civil, le conjoint ne recevra aucune partie du dividende; si la définition retenue prévoit que 5 % du prix de rachat est présumé un revenu, le conjoint recevra 100 000 \$ alors que si la définition retenue prévoit que le revenu aux fins de la fiducie comprend tout dividende présumé résultant du rachat, le conjoint recevra 1 999 900 \$.

Note : Le choix entre les définitions 3a et 3b de même qu'entre celles de 3c et 3d a pratiquement très peu d'impact dans les situations où le capital versé des actions est faible par rapport à leur valeur de rachat, étant donné que la différence de revenu entre la définition 3a et la définition 3b est négligeable. Il en est totalement autrement différent dans le cas où le capital versé correspond approximativement à la valeur de rachat des actions.

En examinant les définitions aux paragraphes 2a à 4, nous observons que dans toutes ces situations, la définition a pour effet d'étendre le sens « civil » du concept de revenu. Certains sont alors tentés d'utiliser la définition 1b dans toutes leurs fiducies à savoir que le terme « revenu » est utilisé dans son sens « fiscal ». Rappelons que dans le contexte d'une FEC, le concept de revenu auquel se réfère l'alinéa 70(6)b) L.I.R. est le sens « civil »³⁴. Donc, le conjoint survivant doit avoir droit, sa vie durant, à tout le revenu « civil » de la fiducie. Il n'est pas obligatoire que le conjoint ait droit au capital et le fait que le conjoint puisse avoir droit à plus de revenus que le revenu « civil » n'a pas pour effet de contaminer la fiducie. Le fait d'utiliser dans une fiducie exclusive une définition de revenu au sens « fiscal » a-t-il

³³ Tenant pour acquis que la rédaction de la convention est structurée pour atteindre un tel résultat.

³⁴ Par. 108(3) L.I.R.

pour effet de contaminer une fiducie exclusive? Techniquement, la réponse à cette question est « oui » parce qu'il existe effectivement des situations où le revenu fiscal d'une fiducie est inférieur à son revenu « civil ». Cette situation se présente, par exemple, surtout lorsque l'amortissement fiscal est plus élevé que l'amortissement comptable. Si la fiducie acquiert un ordinateur de 10 000 \$ amortissable aux fins comptables à 20 % et aux fins fiscales à 100 %, le profit civil s'élèvera à 8 000 \$ de plus que le profit fiscal. Donc, si la définition utilisée avait été le revenu au sens « fiscal », le conjoint aurait eu droit à 8 000 \$ de moins que si le concept de revenu « civil » avait été utilisé. Comme le conjoint n'aurait pas le droit de recevoir tout le revenu « civil », la fiducie se trouve alors à être contaminée.

Nous pourrions multiplier les exemples, mais ces derniers illustrent bien l'importance, dans le cadre de la rédaction d'une fiducie, de choisir parmi toutes les définitions possibles, celle qui permettra surtout d'atteindre les résultats que le client désire et subsidiairement de réduire les impôts.

Comment choisir la définition la plus appropriée?

Tout d'abord, en ayant une idée suffisamment précise de la nature et des caractéristiques civiles et fiscales des biens appartenant au testateur. Ensuite, si ce dernier détient des actions dans une société privée, examiner, le cas échéant, la convention entre actionnaires qui permettra le plus possible d'atteindre les objectifs commerciaux et fiscaux de l'ensemble des actionnaires, et finalement bien cerner les intentions du client à l'égard de la protection de tout ou partie de son capital au bénéfice de certaines personnes qu'il désire avantager.

Dans les situations où une fiducie détient les actions d'une société privée, il faut examiner comment et par qui sera établi le niveau de dividendes que la société va payer chaque année. Qui va élire le conseil d'administration? Qui va décider du niveau annuel de dividendes ou de rachat d'actions? Quelle catégorie d'actions chaque fiducie va-t-elle détenir? Les fiduciaires de la fiducie détiennent-ils le contrôle de la compagnie? Dans l'affirmative, un testament aurait avantage à donner des directives aux fiduciaires sur les personnes à nommer comme administrateurs et sur les décisions que les administrateurs doivent prendre du moins à l'égard du niveau de dividendes à verser. Les actions léguées à chaque fiducie sont-elles rachetables au gré de leurs détenteurs? Si oui, la fiducie devrait à tout de moins prévoir des directives pour indiquer aux fiduciaires dans quelles circonstances ils doivent exiger le rachat d'une partie des actions.

Exemple

Dans une FEC détenant des actions de type « gel » qui sont rachetables au gré de leurs détenteurs, la fiducie pourrait prévoir que si le niveau de dividendes annuels encaissés par la fiducie au cours d'une année donnée est inférieur à un montant donné, disons 80 000 \$, les fiduciaires doivent demander le rachat d'un nombre d'actions suffisant pour que le prix de rachat ou encore que le dividende présumé au rachat atteigne la différence entre 80 000 \$, et le niveau de dividendes effectivement payés au conjoint bénéficiaire au cours de l'année. La somme de 80 000 \$ peut elle-même faire l'objet d'une clause d'indexation.

Dans les situations où les actions de contrôle de la personne morale ne seront pas détenues par la fiducie, il est souvent recommandé que le niveau de dividendes à payer et à déclarer chaque année sur les actions de « gel » ainsi que le nombre d'actions pouvant éventuellement faire l'objet de rachats annuels soient prévus dans une convention entre actionnaires liant la société.

Récemment, la situation suivante a été portée à notre attention. M. X détenait toutes les actions émises en circulation de sa société privée. Il effectue un gel successoral en faveur de son fils, la personne relève de l'entreprise. À la suite du gel, il souscrit à 100 actions de contrôle pour 100 \$, le fils souscrit à 100 actions sans droit de vote et participantes pour 100 \$ et M. X conserve des actions de gel dont la valeur de rachat s'élève à 3 M\$ dont le taux de dividende mensuel varie de $\frac{1}{4}$ de 1 % à 1 % par mois sur leur valeur de rachat. Aux termes de son testament, M. X lègue les actions de contrôle à son fils et ses actions de « gel » à une fiducie exclusive au bénéfice de sa conjointe. Les fiduciaires de la fiducie au bénéfice de la conjointe sont le fils et le comptable. La fiducie ne contenait aucune directive précise concernant le rachat des actions. À la suite d'une mésentente survenue entre le fils et la conjointe de M. X qui était aussi la mère du fils, ce dernier comme seul administrateur de la société prend la décision de ne déclarer aucun dividende à la fiducie exclusive. Même si les actions détenues par la fiducie exclusive sont rachetables au gré du détenteur, donc de la fiducie, comme fiduciaire de ladite fiducie, le fils refuse de demander à la société de racheter un certain nombre d'actions de gel.

Morale de la situation : ne pas se fier seulement à la bonne foi des administrateurs et fiduciaires. Des directives claires dans le testament, dans une convention entre actionnaires, ou mieux encore dans les deux auraient pu éviter le problème. Il ne faut jamais sous-estimer la cupidité ni la stupidité.

Idéalement, il faut effectuer quelques simulations de planification *post mortem* afin de déterminer les scénarios les plus probables et par la suite choisir la définition de revenu qui permettra d'atteindre l'ensemble des objectifs.

Plus la définition de revenu est variable comme dans les situations de l'**option 2.2**, plus le choix des fiduciaires est important, plus le testament doit fournir des directives claires permettant de déterminer de quelle façon et sur la base de quels critères les fiduciaires doivent exercer leurs pouvoirs discrétionnaires. Contrairement à ce que plusieurs pensent, une discrétion conférée à un fiduciaire n'a pas pour effet d'empêcher ce dernier de se comporter comme si la règle d'impartialité³⁵ n'existait pas et comme si une discrétion est synonyme d'arbitraire.

Exemple

Un testament prévoit la création d'une FEC à laquelle sont léguées des AAPE qui seront très probablement vendues après la dévolution irrévocable³⁶ et aux termes duquel le testateur désire atteindre à la fois les trois objectifs suivants :

- 1) réduire le plus possible les impôts;
- 2) protéger le capital le plus possible;
- 3) permettre aux fiduciaires de réaliser une partie du rendement sur le capital légué par la réalisation de gains en capital.

Dans ce cas, la définition 2i, sans option, est la plus appropriée.

Il est aussi préférable dans les situations où la composition des actifs légués sera modifiée suite au décès (par exemple, les actions ou des propriétés immobilières seront vendues) de donner des directives générales sur les types de placements que chaque fiducie devrait en détenir. Le testateur souhaite-t-il maximiser le revenu ou la croissance? Désire-t-il plutôt une approche plus équilibrée? Préfère-t-il des placements plus sûrs?

³⁵ Appelée en droit coutumier « Hand even rule »; Donovan WATERS, *Water's Law of Trusts in Canada*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2005, pp. 1052 et suiv.

³⁶ Prenant pour hypothèse que la convention entre actionnaires n'a pas pour effet d'empêcher la dévolution irrévocable; M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie 1, titre 13, chapitre 1, section 4, sous-section 5.

Q-10 À Q-18 : SI VOUS AVEZ UN OU DES RÉGIMES OU FONDS ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-RETRAITE OU DES RÉGIMES DE PENSION AGRÉÉS

Q-10 Si vous avez un conjoint, le **régime** visé ou votre testament contient-il une désignation de bénéficiaire en sa faveur à l'égard de vos **REÉR** et **FEER**?

oui non

NOTE : Le **roulement** d'un **régime** est toujours perdu si une personne autre que le conjoint est désignée bénéficiaire desdits **régimes**. Le transfert libre d'impôt s'opère plus certainement si une désignation de bénéficiaires est faite dans le **régime** ou dans le testament. La désignation de bénéficiaires est préférable au legs particulier au Québec, car avec un legs, l'administration légale des biens par le liquidateur (saisine) risque de créer une situation où le **roulement** sera perdu pour une question de fait (c'est-à-dire le chèque est remis au liquidateur avant qu'il ne le remette au bénéficiaire et le choix fiscal approprié n'est pas produit par le liquidateur). De plus, la désignation de bénéficiaires dans le **régime** assure plus de protection contre les créanciers de la personne décédée. Dans le cas des **RPA**, **CRI** et **FRV** régis par la législation telle la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*³⁷, une portion (variable selon le début des cotisations au **RPA**) de la valeur des sommes accumulées dans ces **régimes** doit être obligatoirement versée au conjoint marié ou, en l'absence de conjoint marié, au conjoint de fait depuis trois ans, et ce, malgré toute disposition à l'effet contraire dans un testament ou toute désignation de bénéficiaires³⁸.// Un legs particulier de REÉR et FEER prenant effet si une désignation de bénéficiaire est invalide est fortement recommandé, car à l'égard de certains types de régimes, une désignation de bénéficiaire peut ne pas être valide³⁹.

Le tableau qui suit indique schématiquement les impacts de l'utilisation de la désignation de bénéficiaire *versus* les legs particuliers de REÉR au conjoint :

³⁷ L.R.Q., c. R-15.1.

³⁸ M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie II, titre 4, chapitre 3.

³⁹ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758; Hélène MARQUIS et Bernard LARIVIÈRE, « Désignation de bénéficiaires : rien n'est plus trompeur que l'évidence », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 25:1-50, à la page 25:19.

Effets	Désignation de bénéficiaire	Legs à titre particulier
Protection de patrimoine	Transfert direct sans passer par la succession. Prédéférable si le testateur risque de se retrouver en situation d'insolvabilité.	Fait partie de la succession du testateur. Peut être saisi.
Formalités pour roulement	Aucun formulaire prescrit requis.	Formulaires T-2019 et TP-930 à remplir.
Fractionnement de revenu du REÉR avec le testateur	Impossible.	Possible en faisant le choix d'un montant inférieur à la JVM des biens immédiatement avant le décès dans les Formulaires T-2019 et TP-930 ⁴⁰ .

Q-11 Si vous avez un conjoint, votre testament prévoit-il, par une désignation de bénéficiaires ou un legs particulier en **fiducie**, qui seront le ou les bénéficiaires de vos **RPA** advenant le prédécès de votre conjoint?

oui non

NOTE : À défaut de conjoint, la façon optimale de transférer les sommes provenant de **RPA** consiste à utiliser un legs particulier en **fiducie de fractionnement** (Q-2), en **fiducie familiale de fractionnement** (Q-4) ou en **fiducie exclusive d'étalement de régimes** (Q-14).// Pour être certain que le choix prévu au paragraphe 104(28) L.I.R. puisse être effectué, le legs particulier du RPA ne doit pas être sous la saisine du liquidateur. Voir aussi les explications à la fin de la question 13.

Q-12 Si vous avez un conjoint atteint d'une infirmité mentale, ou un enfant ou petit-enfant à charge en raison d'une infirmité mentale, votre testament prévoit-il le legs de vos **REÉR** ou **FERR** à une **FPV**?

oui non

NOTE : Un legs des **REÉR** ou **FERR** à une **FPV** permet de profiter d'un **roulement** et à la **FPV** d'acquérir une rente viagère avec ou sans durée garantie, c'est-à-dire une rente d'une durée déterminée égale à la différence

⁴⁰ Le montant choisi peut être différent au fédéral et au Québec.

entre 90 et l'âge du conjoint ou de l'enfant au moment où la rente est acquise. Les principaux avantages de ce type de **fiducie** sont de faire en sorte que la rente ne sera pas nécessairement versée au conjoint et donc évitera la supervision de la curatelle publique. De plus, le testateur peut déterminer qui recevra la valeur résiduelle de la rente au décès du conjoint survivant. Sans le recours à ce type de **fiducie**, ce sont les modalités du testament du conjoint survivant (s'il a pu le faire avant son inaptitude) ou les règles de dévolution légale qui détermineront qui recevra le solde du **REÉR** et ou **FERR** à son décès.//

Nous pouvons lire ceci à l'égard des fiducies de prestations à vie :

« Le paragraphe 60.011(1) L.I.R. introduit un nouveau concept, celui de "fiducie de prestations à vie". Ce type de fiducie n'est pertinent qu'aux fins de la première variété de "rente admissible de fiducie" à l'alinéa 60.011(2)a) L.I.R.

Relativement à un contribuable et à la succession d'un particulier, une fiducie se qualifie de "fiducie de prestations à vie" si les faits suivants se vérifient. Une partie des conditions visent l'identité du contribuable et les autres conditions visent les modalités de la fiducie.

4.1 C ONDITIONS A PPLICABLES À LA QUALITÉ DU CONTRIBUABLE (BÉNÉFICIAIRE, LÉGATAIRE OU HÉRITIER)

Immédiatement avant le décès du particulier, le contribuable :

- a) Était l'époux ou le conjoint du fait⁵¹ du particulier **et** avait une infirmité mentale, ou;
- b) Était l'enfant⁵² ou un des petits-enfants du particulier **et** était à sa charge en raison d'une infirmité mentale.

La condition prévoyant que le contribuable doive être, avant le décès du particulier, à sa charge en raison d'une infirmité mentale est une condition que l'on retrouvait et que l'on retrouve encore aux divisions 60 l)(v)(B) et (B.01) L.I.R. Ainsi, les quelques interprétations techniques émises dans le cadre de ces dernières dispositions s'appliqueront normalement aux fins de l'alinéa 60.011(1)a) L.I.R. Contrairement à ce qui est prévu aux divisions 60l)(v)(B) et (B.01) L.I.R., l'infirmité physique n'est pas visée à l'alinéa 60.011(1)a) L.I.R.

4.2 C ONDITIONS APPLICABLES À LA FIDUCIE

La fiducie est une fiducie personnelle⁵³ dans le cadre de laquelle :

- a) Durant la vie du contribuable, lui seul peut recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ou autrement en obtenir l'usage. À cause de l'expression « durant la vie du contribuable », il est possible de

préciser dans la fiducie testamentaire qui pourra recevoir le solde du capital de la fiducie suite au décès du contribuable. Il n'est pas exigé, comme dans une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, que le contribuable ait le droit de recevoir tout le revenu de la fiducie.

- b) Les fiduciaires :
- i. D'une part, sont autorisés à prélever des sommes sur la fiducie pour les verser au contribuable;
 - ii. D'autre part, sont tenus – lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu ou non de verser une somme au contribuable – de prendre en considération les besoins de celui-ci, notamment en ce qui concerne son bien-être et son entretien.

La dernière condition prévue à la division 60.011(1b)(ii)(B) L.I.R. qui prévoit que les fiduciaires sont tenus de prendre en considération les besoins du contribuable, notamment en ce qui concerne son bien-être et son entretien, est généralement remplie, dans le cas d'une fiducie constituée au bénéfice d'une personne atteinte d'une infirmité mentale, puisqu'il est d'usage de prévoir dans une telle fiducie que les fiduciaires devront prendre en considération les besoins du contribuable.

Dans le nouveau régime, il faudra donc utiliser l'un des deux types de fiducie suivants, à savoir :

- 1) Utiliser une seule fiducie qui reçoit tous les biens légués par le testateur, comprenant les remboursements de primes provenant de REÉR et les autres biens, et faire en sorte que du vivant du contribuable, lui seul puisse recevoir du revenu ou du capital de la fiducie. Donc, aucune clause de gicleur ni aucun prélèvement sur le capital possible pour l'éducation ou les maladies sérieuses des enfants du contribuable, ou;
- 2) Utiliser deux fiducies testamentaires : une première fiducie qui reçoit seulement les remboursements de primes et qui n'aura comme bénéficiaire, sa vie durant, que le contribuable; et une deuxième fiducie qui reçoit tous les autres biens que le testateur désire léguer audit contribuable et dans laquelle les clauses de prélèvements sur le capital et en faveur des enfants du contribuable, de même que les clauses permettant aux fiduciaires de verser, en totalité ou en partie, du revenu aux enfants du contribuable, seront permises.

Contrairement à la “fiducie exclusive au bénéfice du conjoint”, la “fiducie de prestations à vie” n'exige pas que le contribuable ait droit, sa vie durant, à tout le revenu de la fiducie. Il s'agit tout simplement qu'aux termes de l'acte de fiducie, les fiduciaires aient le pouvoir de verser des sommes (de nature “revenu” ou de nature “capital”) seulement au contribuable. Souvent, les fiducies testamentaires constituées au bénéfice d'enfants inaptes en raison d'une infirmité mentale sont structurées de façon souple et elles permettent

normalement aux fiduciaires d'utiliser, à leur discrétion, soit du revenu soit du capital pour payer les dépenses d'entretien et de subsistance de l'enfant selon ce qui est globalement le plus avantageux, considérant les contributions de l'État à l'hébergement de l'enfant. Il s'agit d'un type de fiducie appelé "Henson" qui a d'ailleurs fait l'objet d'une interprétation technique en 2005⁵⁴. Souvent, une partie importante du revenu de la fiducie⁵⁵ sera imposée au niveau de la fiducie, soit parce que du revenu n'a pas été utilisé pour acquitter des dépenses du contribuable ou encore, parce que le choix prévu au paragraphe 104(13.1) L.I.R. a été utilisé pour faire en sorte que le revenu payé, par paiement direct ou par paiement pour le compte de l'enfant, soit réputé ne pas avoir été payé, permettant ainsi de le faire imposer au niveau du revenu de la fiducie.

4.3 F IDUCIE DE PRESTATIONS À VIE ET FIDUCIE EXCLUSIVE

Une "fiducie de prestations à vie", qui serait constituée au bénéfice de l'époux ou du conjoint de fait du particulier décédé, peut-elle se qualifier aussi de "fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieure à 1971" telle que définie au paragraphe 248(1) L.I.R. et à l'alinéa 70(6)b) L.I.R.?

À plusieurs égards, les exigences de la fiducie exclusive au bénéfice du conjoint sont plus strictes que les exigences de la "fiducie de prestations à vie". Ainsi, le critère selon lequel seul le contribuable peut recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ou autrement en obtenir l'usage⁵⁶ est automatiquement satisfait dans le cas d'une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint. Comme dans la fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, les fiduciaires doivent remettre tout le revenu de la fiducie au conjoint, sa vie durant, aux fins de la fiducie de prestations à vie, ils sont donc "autorisés à prélever des sommes (du revenu) sur la fiducie pour les verser au conjoint". Le critère prévu à la division 60.011(1)b)(ii)(B) L.I.R. est plus difficile à satisfaire dans le cas d'une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint. En effet, dans ce dernier type de fiducie, les fiduciaires sont obligés de verser tout le revenu annuel net au conjoint, et ce, peu importe les besoins du conjoint et peu importe que ce revenu soit nécessaire ou utile pour son bien-être ou son entretien.

À la division 60.011(1)b)(ii)(B) L.I.R., le mot "somme" vise aussi bien le revenu que le capital. Donc, si une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint accorde aux fiduciaires un pouvoir discrétionnaire de prélever sur le capital de la fiducie pour payer les dépenses d'entretien ou pour voir au bien-être du conjoint, une telle clause rencontre certainement l'exigence prévue à ladite division. Cependant, comme dans la fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, les fiduciaires ne peuvent pas décider de verser ou non un revenu au conjoint, ils ne sont donc pas tenus de prendre en considération les besoins du conjoint lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu ou non de verser une somme de nature "revenu" au conjoint. Pour cette dernière raison, nous devons conclure qu'une fiducie exclusive au bénéfice du conjoint ne peut probablement pas être une fiducie de prestations à vie.

⁵¹ Par. 248(1) "conjoint de fait" L.I.R.

⁵² Par. 252(1) L.I.R.

- ⁵³ Au paragraphe 248(1) “fiducie personnelle” L.I.R., une telle fiducie comprend une fiducie testamentaire. Même si une fiducie perd son statut de “fiducie testamentaire”, elle ne perd pas automatiquement son statut de “fiducie personnelle”.
- ⁵⁴ *Revenu Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2005-0113721E5, 6 avril 2005.
- ⁵⁵ Sauf s’il s’agit d’une somme versée dans le cadre d’une rente admissible de fiducie qui doit nécessairement être ajoutée dans le revenu du bénéficiaire selon l’alinéa 75.2a) L.I.R.
- ⁵⁶ S.-al. 60.011(1)b)(i) L.I.R.⁴¹ »

Q-13 Si vous avez un conjoint, votre testament prévoit-il, par une désignation de bénéficiaires ou un legs en **fiducie**, qui seront le ou les bénéficiaires de vos **REÉR, FERR, CRI** et **FRV** advenant le prédécès de votre conjoint?

oui non

NOTE : À défaut de désignation de bénéficiaires en faveur de votre conjoint, la façon optimale de transférer les sommes provenant de **REÉR, CRI, FERR** ou **FRV** consiste à les léguer en **fiducie exclusive d’étalement de régimes** (Q-14) ou à une **fiducie familiale de fractionnement** (Q-4).// Depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Hall c. SMRQ*⁴², n’importe quel type de legs peut être utilisé, y compris un legs à titre particulier.

Q-14 Si vous possédez des **REÉR, FERR, CRI** et **FRV**, que vous n’avez pas de conjoint (ou advenant son prédécès, le cas échéant) et que vous avez un ou plusieurs enfants ou petits-enfants mineurs financièrement à votre charge, votre testament contient-il un legs en **fiducie exclusive d’étalement de régimes** en faveur de chacun de ces enfants ou petits enfants?

oui non

NOTE : Si vous décédez sans conjoint, vos enfants et petits-enfants financièrement à votre charge peuvent se voir transférer, sans imposition au niveau du particulier décédé, vos **REÉR, CRI, FERR** ou **FRV**. Les sommes

⁴¹ M. JOLIN, *loc. cit.*, note 7, 18:31-35; Lynda CLAUDE, « La fiducie de prestations à vie? Qu’en est-il? », dans *Colloque – Les fiducies : pensez-vous tout savoir?*, 172, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 5:1-44.

⁴² [1998] 1 R.C.S. 220.

provenant de ces **régimes** et léguées à une fiducie remplissant les exigences de la division 601(ii)(B) L.I.R. et d'autres exigences techniques doivent être ajoutées au revenu de l'enfant ou du petit-enfant à charge et sont imposées à un taux d'impôt moindre que celui généralement applicable au particulier décédé. La **fiducie** peut souscrire une rente spéciale permettant d'étaler l'inclusion des sommes provenant de **REÉR, CRI, FERR** et **FRV** jusqu'à l'âge de 18 ans de chaque enfant ou petit-enfant à charge, d'où son nom de **fiducie exclusive d'étalement de régimes**. Toutefois, si vous estimez qu'il existe un risque que votre succession (sans tenir compte de vos **REÉR, CRI, FERR** et **FRV**) devienne déficitaire, une désignation de bénéficiaires en faveur de vos enfants demeure préférable.

Q-15 Si vous avez plus d'un enfant (ou petits-enfants financièrement à votre charge), qu'au moins l'un d'eux est âgé de moins de 18 ans, que vous n'avez pas de conjoint (ou advenant son prédécès, le cas échéant), votre testament prévoit-il une répartition de vos **régimes** de telle sorte que les enfants plus jeunes (ou les **fiducies exclusives d'étalement de régimes** en leur faveur) reçoivent une proportion plus importante de vos **régimes** que vos enfants plus âgés, le tout accompagné de clauses permettant de léguer d'autres biens à ceux qui ont reçu moins de **régimes** pour équilibrer les lots?

oui non

NOTE : Si vous décédez sans conjoint, il est fiscalement plus avantageux de léguer une proportion plus importante de vos **régimes** à vos enfants mineurs les plus jeunes.

Ainsi, si vous avez plus d'un enfant dont au moins un est âgé de moins de 18 ans, votre testament devrait contenir des instructions au liquidateur afin qu'il puisse transférer une proportion plus importante de vos **régimes** en **fiducie** au bénéfice des enfants les plus jeunes et qu'il puisse remettre aux plus âgés d'autres biens dans le but d'équilibrer les lots, si c'est votre volonté. Plus la différence d'âge entre l'enfant le plus jeune et le plus âgé est grande, plus le gain financier découlant de cette technique sera élevé.// Le fonctionnement de clauses dites « de proportion optimum » peut être résumé ainsi :

« La majorité des testaments prévoit un legs particulier des REÉR au conjoint et, advenant le prédécès du conjoint, un legs particulier des REÉR en parts égales aux enfants, sans distinction.

Cette méthode est idéale si tous les enfants du rentier ont le même âge (des jumeaux ou des triplets). Cependant, si les enfants ne sont pas du même âge et surtout si l'écart entre le plus jeune et le plus âgé est important, les sommes

pouvant faire l'objet de rentes d'étalement seront diminuées et le gain net financier après impôt réduit.

Exemple 6

Un particulier décède le 1^{er} juillet 2000. Son testament prévoit le legs particulier de son REÉR d'une valeur de 200 000 \$ en parts égales à son fils Alex âgé de 5 ans depuis le 2 juillet 2000 et à sa fille à sa charge Marie, âgée de 19 ans et le résidu de ses biens d'une valeur de 300 000,00 \$ en parts égales à Marie et Alex. Le particulier décédé doit inclure dans son revenu pour l'année 2000, 200 000,00 \$ moins le remboursement de primes de 200 000,00 \$ versé à ses enfants, donc 0. Alex ajoute 100 000,00 \$ dans son revenu et, utilisant la formule de l'exemple 4 ci-dessus, achète une rente d'étalement pour la somme de 92 800,00 \$, c'est-à-dire 100 000,00 \$ - 7 200,00 \$. Marie ajoute 100 000,00 \$ dans son revenu et paie l'impôt sur ladite somme.

Il aurait été plus avantageux sur les plans fiscal et financier qu'Alex reçoive une proportion du REÉR plus élevée que 50 % et que Marie reçoive plus de liquidités afin d'équilibrer les lots. Nous illustrons ceci à l'exemple 7.

Dans le but d'optimiser l'épargne fiscale et le gain financier, le testament des rentiers ayant plus d'un enfant à charge dont au moins un est âgé de moins de 18 ans devrait contenir un ensemble de clauses appelées « clauses de proportion optimum ». Ces clauses prévoient un mécanisme de répartition des REÉR et des RPA (appelés « Régimes ») entre les enfants à charge basé sur la démarche suivante :

1-Effectuer le calcul suivant pour chaque enfant à charge :

19 - l'âge (jusqu'à un maximum de 18 ans) de l'enfant à charge au moment du décès.

2-Additionner le résultat pour chaque enfant à charge.

3-Répartir les Régimes en léguant à chaque enfant une proportion des Régimes correspondant au résultat pour lui du calcul 1 sur le résultat du calcul 2.

Exemple 7

En appliquant cette méthode à l'exemple précédent, nous obtenons les résultats suivants :

Pour Marie : 19 - 18 = 1	Donc : $1/15 \times 200\ 000\ \$ =$	13 333,33 \$
Pour Alex : 19 - 5 = 14	Donc : $14/15 \times 200\ 000\ \$ =$	186 666,67 \$
Total : 15		200 000,00 \$

Utilisant toujours la formule de l'exemple 5, Alex peut souscrire à une rente d'étalement au montant de 179 466,67 \$, soit pour la différence entre le montant

de REÉR auquel il a droit, selon les clauses de proportion optimum, soit de 186 666,67 \$ moins son crédit de base (arrondi) de 7 200,00 \$.

Dans cet exemple, les clauses de proportion optimum ont permis la souscription d'une rente d'étalement de 86 666,67 \$ de plus que dans l'exemple précédent, soit 179 466,67 \$ - 92 800,00 \$⁴³. »

Q-16 Si vous possédez des **RPA**, que vous n'avez pas de conjoint (ou advenant son prédécès le cas échéant), que les termes du **régime** le permettent et que vous n'avez pas un ou plusieurs enfants mineurs à votre charge, votre testament contient-il un legs particulier de vos **RPA** en **fiducie de fractionnement** en faveur de chacune des personnes que vous désirez avantager?

oui non

NOTE : Dans le cas des **RPA**, la valeur marchande au décès du rentier est toujours ajoutée dans le calcul du revenu de la personne (particulier ou **fiducie**) qui les reçoit⁴⁴. Étant donné qu'il n'existe plus aucun moyen d'étaler ou de « rouler » les sommes provenant de tels **RPA** légués à des bénéficiaires non atteints d'infirmité mentale et âgés de plus de 18 ans, il est plus avantageux dans la majorité des cas de les léguer en **fiducie de fractionnement**. Si vos bénéficiaires ont eux-mêmes des enfants à leur charge âgés de moins de 21 ans, l'utilisation de clauses spéciales d'acquisition (voir Q-5) applicable à une partie des sommes provenant de vos **RPA** permettra au **fiduciaire** de la **fiducie de fractionnement** d'étaler la partie applicable de l'inclusion des sommes provenant de vos **RPA** entre les mains des enfants à charge de vos bénéficiaires, produisant ainsi des économies d'impôts importantes.

Q-17 Si vous possédez des **REÉR**, **CRI**, **FERR** ou **FRV**, que vous n'avez pas de conjoint (ou advenant son prédécès le cas échéant) et que vous n'avez pas un ou plusieurs enfants ou petits-enfants mineurs à votre charge, votre testament contient-il un legs de ces **régimes** en **fiducie de fractionnement** en faveur de chacune des personnes que vous désirez avantager?

oui non

⁴³ M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie II, titre 4, chapitre 3, section 6, sous-section 2.

⁴⁴ S.-al. 56(1)a(i) L.I.R.

NOTE : Dans le cas des **REÉR**, **CRI**, **FERR** et **FRV**, si les bénéficiaires non atteints d'infirmité mentale et âgés de 18 ans et plus ne sont pas à la charge du testateur, l'imposition de la valeur marchande de ces **régimes** aura lieu au niveau du revenu du testateur, et ce, peu importe la façon utilisée pour transférer les sommes provenant de ces **régimes**.

Si les enfants ou petits-enfants âgés de 18 ans et plus sont financièrement à la charge du testateur, l'économie d'impôts initiale (la seule disponible) résultant d'une imposition au niveau du revenu de l'enfant plutôt qu'une imposition au niveau du revenu du testateur ne dépasse pas 17 300 \$ si l'enfant n'a aucun revenu. Cependant, les économies d'impôts résultant du fractionnement du revenu provenant des **régimes** après impôts, entre la **fiducie** et l'enfant, peut varier de 1 000 \$ à 12 300 \$ par année, selon le niveau de revenu généré par les biens de la succession et le niveau de revenu éventuellement gagné par chaque enfant.

Indépendamment des considérations fiscales énumérées ci-dessus, ne jamais oublier que la désignation de bénéficiaires valide procure une meilleure protection que les legs particuliers à l'encontre des créanciers du testateur⁴⁵. Voir Q-45.

Q-18 Si vous possédez des **REÉR**, que vous avez un conjoint, que vous êtes dans une situation de famille recomposée (c'est-à-dire que votre enfant ou vos enfants ne sont pas tous les mêmes que, le cas échéant, l'enfant ou les enfants de votre conjoint) et que vous désirez qu'au décès subséquent de votre conjoint, votre enfant ou vos enfants reçoivent une part de vos **REÉR**, votre testament contient-il un **legs à charge** ou conditionnel permettant de vous assurer qu'au décès de votre conjoint ou à votre décès, vos enfants reçoivent une partie de vos **REÉR**?

oui non

NOTE : Quelques variétés de **legs à charge** permettent d'atteindre les résultats recherchés.

Première technique : legs au conjoint à charge par ce dernier de payer aux enfants vivants du testateur, au moment du décès du conjoint survivant, une somme d'argent égale à un pourcentage maximum de 50 % de la valeur marchande de tous les **REÉR** du testateur immédiatement avant son décès.

⁴⁵ H. MARQUIS et B. LARIVIÈRE, *loc. cit.*, note 39.

Cette technique suppose que le conjoint possédera encore à son décès des biens d'une valeur nette suffisante pour acquitter la charge.

OPTION : Le pourcentage peut varier dans le temps. Par exemple : réduction de 3 % par année.

Deuxième technique : legs conditionnel du **REÉR** au conjoint à charge de transférer une somme d'argent d'une valeur égale à 98 % de la valeur des **REÉR** immédiatement avant le décès dans un **FERR** dont les retraits annuels sont établis au montant minimum prévu par les lois fiscales et dont les bénéficiaires subrogés sont les enfants du client en parts égales.//

Autres conditions à ajouter pour prévention de litige :

- Le conjoint doit signer les Formulaires T2019 et TP-930 dans un délai précis après le décès et choisir la JVM de tout REÉR du testateur;
- Préciser qui déterminera l'institution financière auprès de qui le FERR sera souscrit;
- Le conjoint doit s'engager à acquitter tous les impôts résultant des sommes qui lui seront versées;
- Les enfants doivent s'engager dans un délai précis à acquitter tous les impôts sur le revenu résultant de l'inclusion du solde du FERR au moment du décès du conjoint survivant.

Avantages	Inconvénients
Le roulement est obtenu.	Les versements annuels au conjoint et provenant du FERR ne sont peut-être pas suffisants pour subvenir totalement aux dépenses d'entretien et de subsistance du conjoint.
Le conjoint est assuré du prélèvement minimum prévu selon les dispositions des lois fiscales.	Si le conjoint décède à un âge très avancé, les enfants du testateur n'auront rien reçu.
Les enfants sont assurés de recevoir, après impôts, puisqu'ils se sont engagés à les payer, le solde du FERR dont ils sont les bénéficiaires irrévocables subrogés au décès du conjoint survivant.	

Troisième technique : legs conditionnel au transfert de biens par le conjoint à une **fiducie** à son bénéficiaire. La valeur des biens peut s'élever à 50 % de la valeur des **REÉR**. Au décès du conjoint, les biens sont remis aux enfants du testateur.//

Autres conditions à ajouter pour prévention de litige :

- Signer les Formulaires T2019 et TP-930 et choisir la JVM des **REÉR** du testateur le jour de son décès;
- Le conjoint doit s'engager à acquitter tous les impôts résultant des régimes qui lui sont légués.

Quatrième technique : legs conditionnel de **REÉR** à une **fiducie** exclusive.

- Legs de **REÉR** à une **fiducie** exclusive à la condition que le conjoint effectue une contribution à même ses placements non enregistrés dans son propre **REÉR**.
- Le legs est réduit dans la mesure où la contribution au **REÉR** n'est pas effectuée par le conjoint.
- Le conjoint doit aussi effectuer le choix prévu au paragraphe 146(8.1) L.I.R.
- Texte de la **fiducie** : le conjoint a droit à tout le revenu de la **fiducie**, sa vie durant. Aucun prélèvement sur le capital. À son décès, le capital de la **fiducie** est remis pour moitié aux enfants du testateur et pour l'autre moitié aux enfants de son conjoint⁴⁶.

⁴⁶ Ces techniques sont expliquées en plus amples détails dans M. JOLIN, *loc. cit.*, note 7, 18:12 et suiv.

Q-19 À Q-24 : SI VOUS ÊTES MARIÉ – NON APPLICABLE AUX CONJOINTS DE FAIT

Q-19 Si vous n'avez pas renoncé avant le 31 décembre 1990 à l'application des dispositions du Code civil relatives au patrimoine familial, votre testament contient-il une clause prévoyant que pour hériter, le conjoint survivant (ou ses héritiers, s'il décède avant d'avoir renoncé) doit renoncer à ses droits dans le patrimoine familial?

oui non

NOTE : Cette clause est utile dans la mesure où le conjoint n'est pas le seul héritier universel en pleine propriété. Autrement, afin d'assurer un meilleur contrôle de la dévolution, le testament des personnes mariées devrait contenir une clause prévoyant que pour hériter, le conjoint survivant devra renoncer à tous ses droits dans le patrimoine familial. Évidemment, pour que le conjoint survivant renonce effectivement à ses droits dans le patrimoine familial, le testateur devra lui avoir légué des biens pour une valeur supérieure à la valeur de ses droits dans le patrimoine familial.// Le délai pour la renonciation ne doit pas être trop court, sans par ailleurs dépasser le délai de rigueur d'un an prévu au *Code civil du Québec* pour renoncer, et idéalement devrait être laissé à la discrétion du ou des liquidateurs pour éviter que le conjoint par ailleurs légataire universel résiduaire ne soit plus apte à hériter⁴⁷.

Q-20 Si vous n'avez pas renoncé avant le 31 décembre 1990 à l'application des dispositions du Code civil relatives au patrimoine familial, que vous et votre conjoint n'avez pas les mêmes héritiers et que vous êtes créancier advenant le partage du patrimoine familial entre vous et votre conjoint (c'est-à-dire que la valeur des biens que vous possédez et qui font partie du patrimoine familial est inférieure à la valeur des biens que votre conjoint possède et qui font aussi partie du patrimoine familial), votre testament contient-il un legs particulier en faveur de votre conjoint des droits que vous possédez dans le patrimoine familial?

oui non

⁴⁷ Pour une analyse plus complète des questions traitant des aspects fiscaux au décès des régimes matrimoniaux au Québec, voir M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie I, titre 13.1.

NOTE : Comme la créance relative au patrimoine familial est transmissible à vos héritiers, sans une telle clause, si votre conjoint n'hérite pas de tous les droits que vous possédez dans le patrimoine familial ou qu'il n'est pas votre légataire universel en pleine propriété, il devra payer à vos héritiers une somme d'argent représentant votre créance résultant du partage du patrimoine familial. Les biens remis par votre conjoint survivant à vos héritiers en acquittement de la créance résultant du patrimoine familial ne sont admissibles à aucun **roulement**.

Q-21 Si vous êtes marié sous le régime de la communauté de biens et que vous êtes un homme, votre testament contient-il une clause voulant que pour hériter, votre femme doive renoncer au partage de la communauté?

oui non

NOTE : Une telle clause évite de faire un partage de la communauté et a pour effet de simplifier les aspects civils et fiscaux du règlement de la succession⁴⁸.// Le délai pour la renonciation ne doit pas être trop court et idéalement devrait être laissé à la discrétion du ou des liquidateurs pour éviter que le conjoint par ailleurs légataire universel résiduaire ne soit plus apte à hériter.

Q-22 Si vous êtes marié sous le régime de la communauté de biens et que vous êtes une femme, votre testament contient-il une clause voulant que pour hériter, votre mari doive rapporter à la masse sa part de la communauté?

oui non

NOTE : Selon le Code civil, le mari ne peut renoncer au partage de la communauté ayant existé entre lui et son épouse. Par conséquent, l'utilisation d'une clause de rapport à la masse est la seule façon d'être certain d'éviter un partage de la communauté et d'éviter par le fait même les complexités fiscales reliées au règlement d'une succession d'une épouse commune en biens.// Le délai pour la renonciation ne doit pas être trop court et idéalement devrait être laissé à la discrétion du ou des liquidateurs pour éviter que le conjoint par ailleurs légataire universel résiduaire ne soit plus apte à hériter.

⁴⁸ Art. 438.1 L.I.; par. 248(23.1) L.I.R.

Q-23 Si vous êtes marié sous le régime de la société d'acquêts, votre testament contient-il une clause voulant que pour hériter, votre conjoint survivant doive renoncer à demander le partage de vos acquêts?

oui non

NOTE : Voir note Q-21⁴⁹.

Q-24 Dans le cas où vous et votre conjoint êtes mariés sous le régime de la société d'acquêts et que votre conjoint n'est pas votre seul légataire universel, votre testament contient-il une clause prévoyant que tout légataire universel ou à titre universel autre que le conjoint doive renoncer à demander le partage des acquêts du conjoint survivant pour hériter?

oui non

NOTE : Cette clause est nécessaire afin de simplifier considérablement les aspects civils et fiscaux du règlement de la succession, surtout lorsque des bénéficiaires autres que le conjoint sont des héritiers ou légataires universels en vertu du testament. Évidemment, le testament doit avantager le légataire en pleine propriété ou en fiducie pour une valeur supérieure à ce qu'il aurait pu recevoir s'il avait demandé le partage des acquêts du conjoint décédé.// En vertu de l'article 473 C.c.Q., lorsque la société d'acquêts est dissoute par le décès, l'option se transmet aux héritiers mais ils ne peuvent accepter le partage des acquêts du conjoint survivant que si ce dernier a lui-même accepté le partage des acquêts du conjoint décédé.

Q-25 : SI VOUS AVEZ UN CONJOINT ET DES ENFANTS

Q-25 Votre testament vous assure-t-il, au moyen d'une **FEC**, d'un **usufruit** ou d'une **substitution**, **viagers** et exclusifs en faveur du conjoint, qu'à son décès, vos biens seront remis à vos enfants ou aux autres personnes que vous désirez avantager?

oui non

NOTE : La **FEC**, l'**usufruit viager**⁵⁰ ou la **substitution viagère**⁵¹, ces deux derniers étant réputés être une fiducie aux fins fiscales selon le paragraphe

⁴⁹ M. JOLIN, *loc. cit.*, note 4, 1382.

⁵⁰ Pour une analyse sommaire du régime fiscal des usufruits au décès, voir M. JOLIN, *loc. cit.*, note 4, 1315.

⁵¹ Marc JOLIN, « La substitution et la planification successorale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 3:1-56.

248(3) L.I.R., sont le meilleur moyen permettant au testateur de s'assurer que ses biens (sauf les **régimes**) seront remis, au décès de son conjoint, aux personnes qu'il désire avantager sans générer d'impôts sur le revenu supplémentaires à son propre décès. Le revenu réalisé après le décès par la **fiducie** et versé au conjoint survivant peut être imposé au niveau de la **fiducie**, produisant ainsi une réduction d'impôt. Donc, ce type de legs (**fiducie** ou fiducie réputée) permet à la fois le fractionnement de revenu pendant toute la vie du conjoint survivant et le **roulement** au décès du premier conjoint. Ces trois types de legs sont très utilisés dans les situations de familles recomposées.// Grâce à l'obligation dans le cas d'une fiducie d'avoir un fiduciaire complètement indépendant, la fiducie permet plus assurément d'atteindre l'objectif de protection du capital en vue d'une remise éventuelle aux personnes devant être avantagées après le décès du conjoint⁵².

Q-26 À Q-32 : SI VOTRE TESTAMENT ACTUEL CONTIENT UNE FEC

La **FEC** procure les avantages suivants :

- a) Les **immobilisations** transférées à ce type de **fiducie** bénéficient des mêmes règles de transfert libre d'impôt que si les biens avaient été légués en pleine propriété au conjoint;
- b) Cette **fiducie** permet exactement les mêmes économies d'impôts que celles applicables à une **fiducie de fractionnement** (voir Q-2);
- c) Le conjoint reçoit 100 % du revenu de cette **fiducie** durant toute sa vie;
- d) Le testateur désigne les **fiduciaires** de son choix;
- e) Au décès du conjoint, le testament prévoit le plus souvent à qui et comment sera remis le capital de ladite **fiducie**.

NOTE : Si la **fiducie** contient un seul des pouvoirs énumérés aux Q-26 à Q-28, la **fiducie** est « contaminée », c'est-à-dire qu'elle ne répond pas aux

⁵² Marc-André LAMONTAGNE et Geneviève COUPAL, « Succession et fiducies. Si j'avais su... Pièges et attrapes en planification successorale, liquidation de succession et fiducies testamentaires », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 26:1-32, aux pages 26:21 et suiv.

exigences des lois fiscales. En conséquence, aux fins de l'impôt sur le revenu, les **roulements** sont perdus⁵³.

Q-26 Est-il possible selon le testament qu'une personne autre que votre conjoint puisse obtenir, dans certaines circonstances, une partie du capital ou du revenu de la **FEC** avant le décès du conjoint?

oui non

Q-27 Le droit au revenu du conjoint peut-il cesser, avant son décès, advenant un événement quelconque, par exemple, un remariage?

oui non

Q-28 Les **fiduciaires** ont-ils le pouvoir de prêter sans intérêt du capital de la **FEC** à une personne autre que le conjoint?

oui non

NOTE : Un tel pouvoir a pour effet de faire en sorte que le conjoint n'a pas droit à tout le revenu de la **fiducie** sa vie durant. Comme il s'agit d'une condition essentielle pour être considérée comme une **FEC**, un tel pouvoir fait perdre tous les avantages fiscaux de la **FEC**.

Q-29 Votre testament contient-il des clauses prévoyant qu'un **fiduciaire** puisse être révoqué s'il est non-résident du Canada entre le moment du décès et le moment où les biens sont irrévocablement dévolus (c'est-à-dire transférés) à la **FEC**?

oui non

NOTE : Si la **FEC** ne réside pas au Canada au moment du transfert, le **roulement** des biens ne peut se produire. Or, un des principaux facteurs dans la détermination de la résidence d'une **fiducie** est la résidence de son **fiduciaire** ou de la majorité de ses **fiduciaires**.

⁵³ Pour une analyse plus détaillée du concept de FEC, voir M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie I, titre 13, chapitre 2.

Q-30 La **FEC** contient-elle une clause prévoyant que le conjoint puisse renoncer, en tout ou en partie, à recevoir du revenu de la **FEC**?

oui non

NOTE : Les autorités fiscales sont d'avis que si le conjoint bénéficiaire d'une **FEC** renonce en cours d'année à tout ou partie du revenu auquel il a droit par ailleurs (c'est-à-dire tout le revenu), cette renonciation constitue une remise de biens à la **FEC**, laquelle remise a pour effet de transformer le régime fiscal de la fiducie à celui d'une **fiducie non testamentaire** faisant ainsi perdre toutes les économies d'impôts associées au statut de **fiducie testamentaire**./

En 2002, à la suite d'une question posée dans le cadre d'une interprétation technique⁵⁴, l'ARC a déclaré que le fait de prévoir une renonciation dans une **FEC** n'avait pas pour effet de contaminer une telle fiducie aux fins du roulement d'immobilisations prévu au paragraphe 70(6) L.I.R. Certains juristes se sont alors mis à incorporer, sans souci, de telles clauses dans les **FEC** pensant que cela était une façon intéressante d'accroître le capital de la **FEC** sans qu'une telle opération ait de répercussions sur le roulement au décès. Ces juristes n'avaient pas pris le temps d'examiner la différence de formulation entre le concept de « fiducie exclusive » aux fins du roulement d'immobilisations et celui de « fiducie testamentaire ». Mais il fallait continuer de lire la suite de l'interprétation qui précise : « au sens de l'alinéa 70(6)b de la Loi ». En 2004, l'ARC détermine cette fois la situation des renonciations dans le contexte du concept de fiducie testamentaire. Voici le texte qui analyse cette question :

« Dans une interprétation technique⁴², l'Agence examine les conséquences du choix d'un bénéficiaire d'une fiducie testamentaire de ne pas recevoir du revenu de la fiducie auquel il a droit sur le statut de "fiducie testamentaire" de la fiducie.

⁵⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0143255, 13 août 2002 :

« Cependant, dans la mesure où l'époux ou conjoint de fait a droit à tous les revenus de la fiducie en vertu de l'acte de fiducie mais indique par écrit son désir de ne pas recevoir tout ou partie de ces revenus, le fait que la partie des revenus de la fiducie à laquelle l'époux ou conjoint de fait a renoncé soit conservée par la fiducie et ajoutée à son capital n'aura pas en soi pour effet de disqualifier la fiducie de fiducie testamentaire au profit du conjoint au sens de l'alinéa 70(6)b de la Loi. »

La première situation analysée est celle d'une "fiducie exclusive au bénéficiaire du conjoint" aux termes de laquelle le conjoint a droit, sa vie durant, de recevoir la totalité du revenu de la fiducie et à la suite d'un choix effectué par le conjoint survivant de ne pas recevoir du revenu de la fiducie, le montant autrement payable mais non payé au conjoint est ajouté au capital de la fiducie.

Exprimée autrement, la question consiste à déterminer si le fait pour le conjoint de décider de ne pas recevoir le revenu auquel il a droit est considéré comme une contribution ou une remise de biens à la fiducie par une personne autre que le particulier décédé, ce qui aurait automatiquement pour effet de faire perdre à la fiducie son statut de "fiducie testamentaire". Or, la réponse à cette question dépend en grande partie de la rédaction de la fiducie testamentaire exclusive au bénéficiaire du conjoint et du moment de la renonciation par le conjoint.

A) Premier type de rédaction

Si le texte de la fiducie testamentaire prévoit que le conjoint peut choisir de ne pas recevoir du revenu de la fiducie pour une année donnée avant que le montant de revenu lui soit payable, dans un tel cas, le choix de ne pas recevoir du revenu est assimilé à une disposition d'une participation au revenu⁴³ au moment où le droit de ne pas recevoir est exercé. Cependant, une telle renonciation ne sera généralement pas considérée comme augmentant le capital de la fiducie et ne sera pas considérée comme une remise de biens à la fiducie. Donc, dans cette situation, la renonciation n'aura pas pour effet de faire perdre à la fiducie son statut de "fiducie testamentaire".

B) Deuxième type de rédaction

Cependant, lorsque le revenu est devenu payable⁴⁴ et que le bénéficiaire du revenu informe la fiducie qu'il ne désire pas recevoir le revenu de la fiducie qui lui est autrement payable, une telle situation sera considérée comme une remise (contribution) à la fiducie. Selon l'Agence, un montant payable par la fiducie à un bénéficiaire est considéré comme la propriété du bénéficiaire et sa disposition en faveur de la fiducie a pour effet d'augmenter le capital de la fiducie et, si cette dernière est une "fiducie testamentaire", de faire en sorte qu'elle perde son statut et devient tout simplement une "fiducie non testamentaire"⁴⁵.

Comme au plan civil, le revenu est acquis jour par jour (affaire *Laverdure c. Du Tremblay*⁴⁶), il faudra généralement qu'une renonciation soit signée avant le début de l'année d'imposition de la fiducie au cours de laquelle le bénéficiaire désire renoncer à tout ou partie du revenu pour que la renonciation ne soit pas considérée comme une remise qui lui fait perdre son statut de "fiducie testamentaire".

⁴² *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner*, *op. cit.*, note 5, interprétation technique 2003-0046171E5, 1^{er} décembre 2004.

⁴³ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-385R2, "Disposition d'une participation au revenu d'une fiducie", 17 mai 1991.

- ⁴⁴ Selon le droit civil, les fruits civils sont payables au jour le jour.
⁴⁵ Par. 108(1) “fiducie non testamentaire” L.I.R.
⁴⁶ [1937] A.C. 666, 681⁵⁵. »

Q-31 Votre testament prévoit-il que les dettes et les legs seront payés à même la **fiducie** résiduaire en faveur du conjoint?

oui non

NOTE : Dans l’affirmative, il faudra « décontaminer » la **fiducie** par un mécanisme complexe. De plus, cette situation risque de « contaminer » définitivement la **fiducie**⁵⁶. Voir Q-40.

Q-32 Votre testament prévoit-il qu’au décès du conjoint survivant, le capital de la **FEC** sera remis au ou aux bénéficiaires du capital (souvent les enfants ou des **fiducies** à leur bénéfice) de la **FEC**?

oui non

NOTE : Si des **immobilisations** (surtout des actions de compagnies privées) sont détenues en **FEC** et que le testament prévoit la remise du capital de ladite **fiducie** au décès du conjoint survivant (plutôt qu’à un moment pouvant survenir au plus tard trois ans après le décès du conjoint), certaines techniques de planification ne peuvent être utilisées à la suite du décès du conjoint survivant.// Parmi les techniques, mentionnons le rachat de gré à gré d’actions ou la liquidation de compagnie, avec ou sans l’utilisation du CDC. Donc, la perte en capital subie lors du rachat ou de la liquidation ne pourra annuler le gain en capital réalisé par la FEC au moment du décès du conjoint survivant. Les techniques de planification *post mortem* applicables au décès du premier conjoint s’appliquent toutes *mutatis mutandis* au décès du conjoint survivant⁵⁷.

⁵⁵ M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie II, titre 1, chapitre 2, section 4.

⁵⁶ Par. 70(7) et 70(8) L.I.R.

⁵⁷ Pierre T. ALLARD et Diane HAMEL, « Planification *post mortem* en fonction des nouveaux taux de dividendes », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 7:1-40.

Q-33 : SI VOUS AVEZ UN CONJOINT ET UN CÉLI

Q-33 Si vous avez un conjoint et un **CÉLI**, votre **CÉLI** est-il légué en pleine propriété à votre conjoint?

oui non

NOTE : Selon les lois fiscales actuellement en vigueur, au décès du titulaire d'un **CÉLI**, le compte perd son statut de libre d'impôt à moins que le titulaire du compte lègue tous ses droits dans le **CÉLI** à son conjoint. En date de la publication du présent guide (octobre 2009), un haut fonctionnaire du ministère des Finances du Canada a indiqué qu'il recommanderait au ministre des Finances de modifier ladite règle afin qu'un **CÉLI** puisse être légué à d'autres personnes que le conjoint sans que le **CÉLI** perde son statut de libre d'impôt.// La lettre a été émise par M. Gérard Lalonde, le 1^{er} mai 2009⁵⁸.

Q-34 : SI LA SITUATION FINANCIÈRE DE VOS LÉGATAIRES EST CONNUE

Q-34 Si la situation familiale, économique et fiscale de votre ou vos légataires est suffisamment connue, la rédaction de toute **fiducie** à leur bénéfice tient-elle compte de sa ou de leur situation personnelle respective?

oui non

NOTE : Les **fiducies testamentaires** et **non testamentaires** sont utilisées pour répondre à plusieurs situations bien précises. Voici quelques exemples : un enfant détient la totalité des actions d'une compagnie de gestion; une **fiducie** qui n'a pas pour effet d'avantager, de son vivant, son conjoint et ses enfants mineurs pourrait lui être utile. Un enfant fait partie d'une corporation professionnelle l'autorisant à exercer sa profession en compagnie; la **fiducie** pourrait être structurée afin de respecter les exigences de sa corporation professionnelle, permettant à la **fiducie testamentaire** de détenir les actions dans sa compagnie. Un enfant souhaite utiliser une partie de l'héritage aux fins d'acquérir une résidence; la **fiducie** constituée à son bénéfice pourrait contenir les clauses appropriées afin que la **fiducie** acquière ladite résidence et qu'elle puisse se qualifier de « résidence principale ». Voir aussi Q-48.//

⁵⁸ Natalie HOTTE et Daniel LAVERDIÈRE, « Le compte d'épargne libre d'impôt », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 30:1-48, à la page 30:45.

Le tableau suivant présente une classification fiscale et une classification par usage courant des principaux types de fiducies groupées par fiducies testamentaires et fiducies non testamentaires :

TYPES DE FIDUCIES	Fiducie testamentaire	Fiducie non testamentaire
Classification fiscale		
Fiducie exclusive au bénéfice du conjoint ⁵⁹	X	X
Fiducie en faveur de soi-même ⁶⁰		X
Fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait ⁶¹		X
Fiducies pour soi ⁶²		X
Fiducie avec droit de retour ⁶³		X
Fiducie « 74.4(4) L.I.R. », c'est-à-dire : dans laquelle les enfants mineurs et le conjoint de la personne ayant transféré des biens à une société n'ont droit à aucun revenu ni capital du vivant de l'auteur du transfert ⁶⁴	X	X
Fiducie n'avantageant pas un actionnaire déterminé ⁶⁵	X	X
Fiducie permettant l'étalement de REÉR, FEER et RPA pour enfants et petits-enfants mineurs ⁶⁶	X	

⁵⁹ Par. 248(1) « fiducie en faveur de soi-même » L.I.R.

⁶⁰ Par. 248(1) « fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieure à 1971 » L.I.R.

⁶¹ Par. 248(1) « fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait » L.I.R.

⁶² Al. 104(4)a.4), s.-al. 73(1.01)c)(ii) et 73(1.02)b)(i) ainsi que par. 107.4(3) L.I.R.

⁶³ Par. 75(2) L.I.R.

⁶⁴ Par. 74.4(4) et 74.5(5) L.I.R.

⁶⁵ Par. 74.4(2) L.I.R.; fiducie dont la part du conjoint ou d'un enfant lié à l'auteur d'un transfert de biens à une société est établie à un pourcentage fixe et non discrétionnaire du revenu et du capital d'un maximum de 9,9 %; par. 248(1) « actionnaire déterminé » L.I.R.

⁶⁶ Div. 601(ii)(B) et s.-al. 60.011(2)b)(ii) L.I.R.

Fiducie de prestations à vie ⁶⁷	X	
Fiducie « 104(18) L.I.R. » ⁶⁸	X	X
Fiducie dont toutes les participations sont irrévocablement dévolues ⁶⁹	X	X
Classification par usage courant		
Fiducie d'éducation	X	X
Fiducie de détention de résidence ⁷⁰	X	X
Fiducie discrétionnaire de protection de patrimoine	X	X
Fiducie de gel	X	X
Fiducie d'exploitation d'entreprise	X	X
Fiducie de multiplication d'exonération à l'égard du gain de capital imposable	X	X
Fiducie de détention de biens à usages personnels	X	X
Fiducie de détention d'actions de contrôle d'une société privée	X	X
Fiducie détenant des actions d'une société exerçant des activités professionnelles	X	X

⁶⁷ Par. 60.011(1) L.I.R.; il s'agit de la fiducie permettant d'étaler les « remboursements de primes » provenant de REÉR ou de FERR à la suite du décès dans le cas où le conjoint avait une infirmité mentale, et dans le cas où l'enfant ou le petit-enfant du particulier était à sa charge en raison d'une infirmité mentale.

⁶⁸ Par. 104(18) L.I.R. Il s'agit d'une fiducie à l'égard de laquelle un ou certains bénéficiaires âgés de moins de 21 ans à la fin d'une année ont droit à une part fixe et non discrétionnaire du revenu de la fiducie ou de certaines sources de revenus de la fiducie.

⁶⁹ Par. 108(1) « fiducie », al. g) L.I.R.

⁷⁰ Art. 54 « résidence principale », s.-al. c.1)(iii) L.I.R. Il s'agit d'une fiducie structurée pour permettre à une résidence de se qualifier de résidence principale.

Q-35 À Q-42 : CLAUSES TECHNIQUES

Q-35 Si votre testament contient une ou plusieurs **fiducies**, les pouvoirs des **fiduciaires** ou les termes de la ou des **fiducies** permettent-ils de faire taxer, entre les mains des bénéficiaires de la ou des **fiducies**, tout gain en capital imposable réalisé par la **fiducie**?

oui non

NOTE : Sans de telles clauses ou dispositions, tout le gain en capital imposable risque d'être imposé au niveau de la **fiducie** et il ne sera pas possible d'en faire taxer une partie entre les mains des bénéficiaires. Cette perte de flexibilité occasionnera des impôts additionnels étant donné que seuls les particuliers peuvent bénéficier de l'exonération enrichie à l'égard du gain en capital imposable. De tels termes ou clauses sont aussi avantageux lorsque le bénéficiaire du revenu a déjà profité totalement de tout le gain en capital imposable pouvant être exonéré d'impôt et que le taux marginal d'impôt de ce dernier est inférieur à celui de la **fiducie**. Si le testament contient des clauses d'acquisition de revenu aux bénéficiaires âgés de moins de 21 ans (Q-5), lesdits pouvoirs ne doivent pas s'appliquer aux clauses d'acquisition afin de ne pas en empêcher l'application.// À l'égard des fiducies autres que des **FEC**, s'il est souhaité que l'on puisse remettre à un bénéficiaire un gain en capital imposable et remettre à un autre bénéficiaire la partie non imposable du gain en capital, une clause précise à ce sujet devrait être prévue. Par exemple, si l'enfant du testateur a deux enfants n'ayant aucun revenu, il pourrait être avantageux qu'un montant de 10 000 \$ de gain en capital imposable soit payé à chacun des enfants à charge de l'enfant du testateur mais que la partie non imposable du gain en capital puisse être remise à l'enfant du testateur.

Q-36 Si vos biens sont légués à plus d'une personne, votre testament contient-il une clause obligeant les liquidateurs ou les **fiduciaires**, selon le cas, à tenir compte, lors de tout partage, des catégories et des caractéristiques fiscales de chacun des biens à partager et indiquant de quelle façon en tenir compte?

oui non

NOTE : Les catégories et caractéristiques fiscales (tels coût fiscal, fraction non amortie du coût en capital, etc.) de chacun des biens d'une succession influencent grandement la JVM desdits biens. Afin de s'assurer que chaque légataire reçoive, après paiement des impôts sur le revenu résultant de la

réalisation ou liquidation des biens à partager, exactement la part qui lui est léguée et que le liquidateur ou le **fiduciaire**, le cas échéant, sache de quelle façon déterminer la charge fiscale afférente aux biens à partager, tout testament dans lequel un partage de biens risque de survenir devrait contenir une telle clause.// Sur cette question, nous pouvons lire ce qui suit :

« Les biens doivent être évalués à la date d'évaluation même si personne n'a aucune intention de les vendre à ce moment. À cette fin, il est plus simple de calculer la charge fiscale comme s'il y avait disposition des biens au moment du partage. Dans ce cas, tous les faits sont connus et le taux d'imposition marginal pertinent est celui du contribuable à cette date.⁴⁴

Par contre, cette position présente le désavantage de réduire la valeur nette des biens d'un montant d'impôt qui ne sera peut-être déboursé que beaucoup plus tard ou qui pourrait par la suite être fortement réduit.⁴⁵

Les déductions discrétionnaires disponibles doivent-elles être appliquées dans le calcul de la valeur nette du patrimoine pour réduire l'impact fiscal? L'appellation même suggère qu'il s'agit d'un choix personnel, et qu'en aucun temps il ne faut obliger leur utilisation. Aller à l'encontre de cela brimerait le contribuable dans la liberté qui lui est offerte d'organiser ses affaires à sa guise.

Même s'il est décidé de considérer les conséquences fiscales relatives aux biens, un problème demeure entier : comment tenir compte de la charge fiscale et dans quelle mesure? Une façon de procéder pour cerner la façon de tenir compte de la charge fiscale liée aux biens du patrimoine familial et des régimes matrimoniaux lors d'un partage est la suivante :

- 1) Calculer l'impôt tel qu'il serait payable à la date d'évaluation s'il y avait disposition réelle de tous les biens formant le patrimoine familial ou le régime matrimonial à cette date. L'impôt est calculé selon les taux en vigueur à cette date et selon les taux d'impôt marginal des propriétaires des biens.⁴⁶ [...]

Il est donc important de tenir compte du concept de valeur marchande nette⁴⁸ en cas de partage, que celui-ci résulte de la dissolution du régime matrimonial ou directement des règles successorales. La valeur marchande nette d'un bien consiste en la valeur marchande brute du bien, diminuée des impôts à payer par l'acquéreur ou le propriétaire après le partage. De la sorte, il est tenu compte de la valeur que représente véritablement le bien pour l'acquéreur ou le propriétaire après le partage en considérant sa charge fiscale éventuelle.

⁴⁴ Ce principe a été établi dans *Héon v. Héon*, précité, note 42.

⁴⁵ Nous pouvons également penser aux régimes de retraite où le véritable taux d'impôt applicable à l'échéance de ceux-ci sera sans doute moindre si le retrait survient au moment de la retraite.

⁴⁶ Voir la note 33.

⁴⁸ Marc JOLIN, "Éléments de planification post-mortem", dans *Congrès 78*, Montréal, Association québécoise de planification fiscale et successorale,

1979, pp. 446, 452; John M. FUKÉ, "Tax accounting problems for executors and trustee", (1972), vol. 20 *Revue fiscale canadienne* 189, p. 200⁷¹. »

Q-37 Votre testament contient-il une clause permettant à tout liquidateur de se prévaloir de tout choix, option, désignation, etc., en vertu des lois fiscales et en vertu de toute autre loi fiscale?

oui non

NOTE : Plusieurs choix sont importants et permettent des économies d'impôts appréciables. Dans le cas de legs au conjoint survivant, par exemple, le choix prévoyant un produit de disposition égal à la valeur marchande au lieu d'un produit égal au coût permet au particulier décédé d'appliquer son exonération enrichie disponible contre les gains en capital imposables ainsi réalisés sur des **AAPE** tout en diminuant le gain en capital imposable futur au niveau de son conjoint. De plus, une telle clause détermine avec précision qui, parmi les personnes ayant le pouvoir de faire le choix aux fins fiscales, pourra effectivement s'en prévaloir, c'est-à-dire le liquidateur à l'exclusion de tout légataire, héritier, etc.//

Le fondement technique de cette question se trouve dans la définition même de « succession » que l'on retrouve au paragraphe 104(1) L.I.R. Il y est prévu que la succession « vaut également mention de l'exécuteur testamentaire, de l'administrateur successoral, du liquidateur de succession, de l'héritier ou d'un autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie ». Aucune priorité n'est donnée. Que se produirait-il si l'héritier effectue un choix différent de celui fait par le liquidateur?

Q-38 Votre testament contient-il une clause autorisant les liquidateurs à retarder aussi longtemps qu'il sera jugé à propos le paiement de toutes dettes, plus particulièrement, certains impôts, intérêts ou pénalités exigibles en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de toute autre loi fiscale?

oui non

NOTE : Une telle clause fera penser aux liquidateurs d'analyser les possibilités et avantages de se servir du choix permettant de payer les impôts sur le revenu sur un certain nombre d'années. Voir Q-37.// Il s'agit du choix

⁷¹ M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie I, titre 13.1, chapitre 5, section 2.

prévu au paragraphe 159(5) L.I.R. pouvant être effectué en remplissant les Formulaires T-2075 et TP-1032.

Q-39 Votre testament contient-il une clause accordant à tout liquidateur ou **fiduciaire** selon le cas, le pouvoir de renoncer à l'un ou à plusieurs des pouvoirs qui leur sont conférés en vertu du testament?

oui non

NOTE : Au fur et à mesure que la jurisprudence fiscale se précise et que la loi est modifiée, certains pouvoirs donnés aux liquidateurs ou aux **fiduciaires** peuvent produire des conséquences fiscales onéreuses, auxquelles le Code civil actuel n'apporte aucun remède. Avec un pouvoir de renonciation prévu au testament, les **fiduciaires** n'auront qu'à renoncer d'une façon définitive aux pouvoirs désavantageux et ainsi bénéficier des avantages fiscaux recherchés⁷².

Q-40 Dans le cas d'un legs universel en **fiducie**, votre testament prévoit-il que les dettes et les legs seront payés par le **fiduciaire**, à même les biens légués en **fiducie**?

oui non

NOTE : Afin d'obtenir un fractionnement de revenu pendant la période de règlement de la succession entre la succession (entité fiscale distincte qui existe pendant la période durant laquelle le liquidateur administre les biens) et toute **fiducie** créée par le testament, il faut distinguer le plus possible le rôle du liquidateur de celui du **fiduciaire**. Les dettes et legs particuliers doivent donc être acquittés par le liquidateur (et non le **fiduciaire**) à même la masse des biens. Par la suite, il remettra les biens légués en **fiducie** au **fiduciaire**. Comme il n'existera alors plus de confusion entre la succession et la **fiducie**, chaque entité fiscale pourra produire une déclaration de revenus selon ses propres revenus, diminuant ainsi le fardeau fiscal total. Dans le cas d'une **FEC** créée par legs universel résiduaire, une telle clause pourrait empêcher tout **roulement** de biens ou pourrait nécessiter l'utilisation d'une procédure de « décontamination ». Voir Q-31.

⁷² M. JOLIN, *loc. cit.*, note 4, 1365.

Q-41 Si votre testament prévoit la constitution d'au moins une **fiducie** autre qu'une **FEC**, qu'une telle **fiducie** risque de durer pendant plus de 21 ans et que les biens qu'elle possède prendront une plus-value importante (comme c'est le cas pour des actions de compagnies avec droit de participation), le testament prévoit-il la possibilité pour le **fiduciaire** de remettre au(x) bénéficiaire(s) du capital des **immobilisations** avant tout « jour de disposition » et contient-il des clauses pour gérer adéquatement le jour de disposition présumée qui survient 21 ans après le décès du testateur?

oui non

NOTE : Il n'est généralement pas souhaitable de prévoir la liquidation obligatoire d'une **fiducie** avant le 21^e anniversaire du décès du testateur (« jour de disposition »), et chaque 21 ans par la suite, aux seules fins d'éviter les règles de disposition présumée des biens à leur valeur marchande chaque 21 ans⁷³. Plusieurs biens détenus par la **fiducie** peuvent être des obligations, des certificats de dépôt, une résidence principale ou autres biens sur lesquels le gain en capital accumulé est minime ou nul et la liquidation hâtive priverait les bénéficiaires des avantages fiscaux et non fiscaux de la **fiducie** pour les années subséquentes. Il est donc recommandé de laisser au **fiduciaire** le pouvoir discrétionnaire de remettre les biens avant tout jour de disposition dans la mesure où les impôts à payer résultant de la disposition présumée au jour de disposition auraient été plus élevés que l'épargne annuelle d'impôt pouvant être réalisée par la suite par le fractionnement de revenu entre la **fiducie** et ses bénéficiaires. Cette approche permet de préserver à l'égard des biens conservés les autres avantages légaux et fiscaux offerts par la **fiducie**.

Il est aussi avantageux dans ce cas d'inclure un ensemble de clauses pour bien gérer les jours de disposition (c'est-à-dire fournir les outils et mécanismes (autre que les remises) permettant d'atteindre vos objectifs civils et fiscaux),// incluant des clauses ayant pour effet de transformer une fiducie discrétionnaire en une fiducie dont l'ensemble des participations sont irrévocablement dévolues au sens donné à cette expression⁷⁴, faisant en sorte qu'il n'y aura pas de dispositions au présumé après 21 ans⁷⁵.

⁷³ Par. 104(4) et 104(5) L.I.R.

⁷⁴ Par. 108(1) « fiducie », al. g) L.I.R.

⁷⁵ Pour une analyse plus détaillée des clauses et des techniques, voir Marc JOLIN, « Planification à l'égard de la gestion des jours de dispositions présumées (21 ans) », (à suivre...)

Q-42 Si votre testament prévoit la constitution d'au moins une **fiducie**, une clause prévoit-elle que le **fiduciaire** ne peut acquérir par donation ou à titre onéreux d'une **personne liée** des biens à un prix inférieur à leur valeur marchande et ne peut contracter d'emprunts d'une **personne liée**?

oui non

NOTE : Tout apport de bien par don ou acquisition d'une **personne liée** à un prix inférieur à la valeur marchande a pour effet de transformer une **fiducie testamentaire** imposée au taux d'un particulier en **fiducie non testamentaire** imposée à des taux élevés. Il en est de même de la majorité des emprunts contractés auprès d'une **personne liée**. Une telle clause sert donc à maintenir le statut fiscal de **fiducie testamentaire** pour une **fiducie** constituée par testament.// Dans l'affaire *Greenberg Estate c. La Reine*⁷⁶, le juge Bowie, analysant le type de contributions effectuées à une fiducie testamentaire pouvant lui faire perdre son statut de fiducie testamentaire, mentionne qu'il est loin d'être certain qu'un prêt sans intérêt effectué à une fiducie ne serait pas considéré comme une remise. Bien que l'absence de la clause ne cause pas de problème en soi, la clause rappelle aux fiduciaires de ne pas effectuer ces transactions dangereuses pour le maintien du statut de fiducie testamentaire.

Q-43 ET Q-44 : SI VOUS AVEZ DES BIENS AGRICOLES OU DES ACTIONS DE SOCIÉTÉS EXPLOITANT UNE ENTREPRISE AGRICOLE

Q-43 Si votre testament contient un legs à une **FEC** (Q-26) et que votre succession se compose de biens agricoles, d'actions de sociétés agricoles ou de participations dans une société de personnes agricole ou de pêche, votre testament prévoit-il que les enfants devront survivre à votre conjoint un certain temps pour hériter?

oui non

NOTE : Pour bénéficier du **roulement** de biens agricoles, d'actions d'une société agricole ou de participations dans une société de personnes agricole ou de pêche⁷⁷, le droit des enfants doit s'ouvrir **au moment** du décès et non

(...suite)

dans *Colloque – Les fiducies : nouveautés et opportunités de la planification*, 138, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 3:1-45.

⁷⁶ [1997] 3 C.T.C. 2859; 97 D.T.C. 1380 (C.C.I.).

⁷⁷ Par. 70(9.3) L.I.R.

pas postérieurement. Alors, une telle clause de survie applicable au décès du conjoint survivant doit être évitée. Toujours vérifier si les diverses institutions financières agricoles autorisent des prêts agricoles lorsque les biens sont détenus en **fiducie**. Certaines institutions demanderont le remboursement des prêts déjà consentis si les biens sont légués en **fiducie**, car ces dernières ne peuvent être des « exploitants agricoles ».

Q-44 Des actions de sociétés agricoles familiales, des participations dans des sociétés de personnes agricoles familiales ou des biens agricoles sont-ils légués à une **fiducie** en faveur d'enfants ou petits-enfants du testateur?

oui Q non ◇

NOTE : Le **roulement** de biens agricoles à une **fiducie** exclusive en faveur d'un enfant ou petit-enfant n'est pas permis en vertu des lois fiscales⁷⁸. Il est cependant possible que par tolérance administrative, ledit **roulement** puisse être permis par les autorités fiscales sauf que nous ne pouvons plus donner d'assurance à nos clients à cet égard. De plus, il serait prudent de prévoir que si, de l'avis du conseiller fiscal de la succession, le **roulement** de biens agricoles n'est pas possible, ceux desdits biens indiqués par ledit conseiller seront remis en pleine propriété à l'enfant.//

Si un legs de tels biens en fiducie est utilisé, cette dernière doit satisfaire aux exigences de bulletins d'interprétation⁷⁹. Une telle clause permet de s'assurer, en temps opportun, de la portée de la tolérance administrative de la part des autorités fiscales et donnera un mécanisme permettant d'obtenir le roulement des biens agricoles par une remise des biens agricoles en pleine propriété à l'enfant avant l'expiration du délai de 36 mois à compter de la date du décès.

⁷⁸ *Brouillette c. La Reine*, [1998] 1 C.T.C. 2229 (C.C.I.).

⁷⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 13, par. 8c) et *Bulletin d'interprétation* IT-268R4, « Transfert entre vifs de biens agricoles en faveur d'un enfant », 15 avril 1996, par. 13.

Q-45 À Q-48 : ASPECTS CIVILS

Q-45 Si l'un de vos légataires est exposé à des risques de poursuites ou difficultés économiques, avez-vous prévu lui léguer sa part d'héritage en **fiducie de protection d'actifs**?

oui non

NOTE : Une **fiducie de protection d'actifs** tant à l'égard du revenu que du capital et n'octroyant aucun droit au bénéficiaire (tant à l'égard du revenu que du capital) permet une véritable protection en cas de saisie des biens du bénéficiaire de la **fiducie** et procure les économies d'impôts d'une **fiducie de fractionnement**. Voir Q-2 et Q-4. Si un héritier exerce une profession ou est en affaires ou autrement exposé à des risques financiers, il peut être avantageux d'insérer dans le texte de toute **fiducie de fr actionnement** un ensemble de clauses permettant effectivement de transformer la **fiducie de fractionnement** en **fiducie de protection d'actifs**. Les biens légués de cette façon ne pourront pas être saisis par les créanciers des héritiers tant et aussi longtemps qu'ils seront entre les mains de la **fiducie**.// La simple clause d'insaisissabilité et celle voulant que les legs soient faits à titre d'aliments ne sont pas suffisantes pour assurer une véritable protection à l'encontre des réclamations des créanciers d'un légataire, surtout lorsque la créance est antérieure au legs, les juges accordant très souvent la permission de saisir⁸⁰.

Q-46 Si vous avez un ou des enfants mineurs, votre testament prévoit-il la nomination d'un tuteur en cas de prédécès de l'autre parent de l'enfant?

oui non

NOTE : Vous pouvez nommer la personne de votre choix comme tuteur à tout enfant mineur en cas de prédécès de son autre parent. En l'absence de nomination dans le testament, la nomination sera faite par le tribunal après une recommandation de l'assemblée de parents.

Q-47 Si une **fiducie** est constituée, est-il prévu qu'au décès de son ou d'un bénéficiaire (du revenu ou du capital), ses droits cessent et ne sont pas transmis à sa succession?

oui non

⁸⁰ M. JOLIN, *op. cit.*, note 12, partie III, titre 1, chapitre 9.

NOTE : Afin d'éviter des problèmes civils d'interprétation et des réclamations éventuelles des héritiers d'un bénéficiaire, il est préférable que la **fiducie** stipule que le bénéficiaire ne détient aucun droit transmissible à compter de son décès et que les droits au revenu et au capital de tout bénéficiaire subséquent soient clairement prévus à l'acte de **fiducie**.

Q-48 La clause d'insaisissabilité prévue à votre testament est-elle limitée dans le temps (par exemple, jusqu'à ce que tout légataire atteigne l'âge de 80 ans ou pendant une période de 30 ans)?

oui non

NOTE : Toute stipulation d'insaisissabilité⁸¹ doit être temporaire, justifiée par un intérêt sérieux et légitime, et publiée au Registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM) pour être opposable aux tiers.

Q-49 : SI VOUS FAITES UN LEGS À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE

Q-49 Si vous désirez faire un legs à un ou des organismes de bienfaisance enregistrés, votre testament prévoit-il, plutôt qu'un legs d'une somme d'argent, un legs de biens, choisis à l'entière discrétion de votre liquidateur, pour une valeur correspondant à un certain montant?

oui non

NOTE : En plus de communiquer aux membres de votre famille les causes et les œuvres qui vous tiennent à cœur, un legs à un ou à des organismes de bienfaisance enregistrés produit souvent des économies d'impôts plus importantes que si le même don avait été effectué du vivant. Alors qu'un legs d'une somme d'argent procure les crédits d'impôt usuels (réduction de l'impôt à payer atteignant 48,2 % de la valeur marchande de la somme d'argent donnée) applicables à la déclaration de revenus du testateur pour l'année d'imposition de son décès, le fait de laisser le choix des biens au liquidateur permet des économies d'impôts encore plus importantes. Par exemple, un legs d'actions cotées en Bourse, de biens culturels, de terrains écosensibles et d'actions de sociétés privées peuvent procurer des économies d'impôts supérieures au legs d'une somme d'argent de valeur égale. Même si au moment de la rédaction du testament, il est possible de déterminer les biens plus avantageux à léguer aux organismes de bienfaisance, rien ne vous assure qu'au moment de votre décès vous posséderez encore lesdits biens.

⁸¹ Depuis le 1^{er} janvier 1994, cette exigence se retrouve à l'article 2649 C.c.Q.

Peut-être posséderez-vous d'autres biens qu'il serait encore plus avantageux de léguer à un organisme de bienfaisance. C'est la raison pour laquelle le choix des biens doit être laissé au liquidateur après que ce dernier aura obtenu conseil auprès d'un conseiller en fiscalité⁸².

Q-50 : SI VOUS POSSÉDEZ DES BIENS AUX ÉTATS-UNIS

Q-50 Si vous possédez des biens aux États-Unis, avez-vous un testament rédigé en anglais et conforme aux règles de forme et de fond applicables dans l'État où sont situés la majorité de vos biens américains?

oui non

NOTE : Un testament américain visant uniquement les biens situés aux États-Unis n'a aucun impact sur le montant des droits payables en vertu du *Federal Estate Tax* sauf dans la mesure où il fait penser à l'exercice de certains choix permis par cette législation et sauf s'il crée une fiducie exclusive « QD » (*qualified domestic*). Le testament américain visant seulement les biens situés aux États-Unis mais contenant des clauses visant à assurer la protection des légataires domiciliés au Québec a pour effet d'éviter les honoraires de traduction et de réduire considérablement les délais et les frais légaux reliés au règlement de la succession parce qu'un tel testament sera déjà conforme aux règles de forme en vigueur dans l'État où les biens sont situés.

MISE EN GARDE

Plusieurs clauses techniques sont nécessaires pour valablement constituer les divers types de **fiducies** énumérés dans ce guide et pour profiter des économies d'impôts indiquées. Un juriste spécialisé dans la rédaction de planifications testamentaires sous l'aspect fiscal doit être consulté pour véritablement profiter des économies d'impôts possibles.

⁸² Marc JOLIN, « Traitement fiscal des dons – Partie 2 – Formes de dons et leur traitement fiscal », dans *Colloque – Les dons planifiés*, 101, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 3:1-95; Marc JOLIN, « Structure et impacts fiscaux de certaines formes particulières de dons », dans *Colloque – Planification des dons de bienfaisance*, 135, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 3:1-96; Julie DOYON et Diane HAMEL, « Techniques de dons planifiés », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 36:1-70.

Toutes les **fiducies** sont susceptibles de multiples options. À titre d'exemple, dans le cas d'une **FEC**, il existe diverses options qui possèdent toutes des incidences fiscales et pratiques. Quelle sera la définition de « revenu » utilisé par la **fiducie**? Il existe plus de 1 152 définitions. Le « revenu » comprend-il le gain en capital, le gain en capital imposable, le gain en capital calculé comme si le coût des biens était égal à leur valeur marchande à la date du décès? Des prélèvements sur le capital seront-ils autorisés? Par qui? Dans quelles circonstances? Selon quelles modalités? Avec ou sans limites?

Le présent guide ne prétend pas constituer un inventaire complet des techniques de planification testamentaire, mais vise plutôt à souligner celles qui procurent les économies d'impôts les plus importantes et les plus fréquentes.

CONCLUSION

Notre objectif était de combiner un texte destiné au grand public avec un texte destiné aux professionnels en fournissant aux fiscalistes des explications plus techniques, plus détaillées et en donnant les références permettant d'approfondir les 50 questions soulevées par la brochure *L'examen testamentaire* disponible auprès de l'APFF. Nous espérons que ce document contribuera à rehausser la qualité fiscale des planifications testamentaires au Québec.

FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE OU ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES?



Luc Martel
Associé, avocat, M. Fisc.
Martel, Cantin Avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	22:5
1. USAGES DE LA DISCRÉTION	22:5
1.1. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL.....	22:5
1.2. DIVIDENDE DÉTERMINÉ.....	22:6
1.3. SALAIRE-DIVIDENDE.....	22:6
1.4. DIVIDENDE.....	22:8
1.5. GAIN EN CAPITAL.....	22:8
2. ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES	22:8
2.1. ORIGINE.....	22:9
2.2. LIMITES À L'USAGE DE LA DISCRÉTION	22:9
2.2.1. Recours pour oppression	22:10
2.2.2. Recours en liquidation judiciaire.....	22:14

2.3.	DROITS D'UN ACTIONNAIRE.....	22:16
2.3.1.	Droit de <i>veto</i>	22:16
2.3.2.	Droit aux états financiers.....	22:17
2.3.3.	Droit à un vérificateur	22:17
2.3.4.	Droit aux livres et registres.....	22:18
2.4.	ÉVALUATION	22:18
2.5.	ACTIONS PRIVILÉGIÉES OU ORDINAIRES?.....	22:20
3.	FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE	22:22
3.1.	PATRIMOINE DISTINCT	22:22
3.2.	AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA FIDUCIE ENTRE VIFS	22:22
3.3.	DÉTENTION D' ACTIONS.....	22:23
3.4.	LES TROIS INCERTITUDES.....	22:27
4.	TABLEAU COMPARATIF.....	22:28
5.	CUMUL DES DEUX TECHNIQUES	22:31
6.	SCHÉMAS DE PLANIFICATIONS POSSIBLES.....	22:32
6.1.	COMPAGNIES RATTACHÉES.....	22:32
6.2.	UTILISATION MIXTE (1)	22:33
6.3.	UTILISATION MIXTE (2)	22:34
6.4.	REMARIAGE (1)	22:34
6.5.	REMARIAGE (2)	22:35
6.6.	FRACTIONNEMENT DIRECT, AVEC GEL	22:36
6.7.	FRACTIONNEMENT DIRECT, SANS GEL.....	22:37
6.8.	FRACTIONNEMENT INDIRECT, AVEC GEL.....	22:37
6.9.	FRACTIONNEMENT INDIRECT, SANS GEL	22:38
6.10.	PROFESSIONNEL, COMPAGNIE DE SERVICES DU PROFESSIONNEL ET SOCIÉTÉ DE GESTION COMME SOCIÉTÉ MÈRE (SANS GEL)	22:38
6.11.	PROFESSIONNEL, SA COMPAGNIE DE SERVICES PROFESSIONNELS ET SOCIÉTÉ DE GESTION EN TANT QUE BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE (GEL RÉVERSIBLE).....	22:39
6.12.	PROFESSIONNEL, SA COMPAGNIE DE SERVICES PROFESSIONNELS ET SOCIÉTÉ DE GESTION ELLE-MÊME DÉTENUE PAR UNE FIDUCIE (CAS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R.) (AVEC GEL RÉVERSIBLE)	22:40
6.13.	PURIFICATION CONTINUE DIRECTE – CONSERVATION DES ACTIONS ORDINAIRES PAR PARTICULIER	22:41
6.14.	PURIFICATION CONTINUE INDIRECTE – SANS GEL	22:41
6.15.	PURIFICATION CONTINUE – AVEC GEL (TOTAL OU PARTIEL)	22:42

FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE OU ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES? 22:3

CONCLUSION 22:42
ANNEXE A 22:44
ANNEXE B 22:56



INTRODUCTION

La fiducie discrétionnaire et les actions à dividendes discrétionnaires sont de plus en plus utilisées dans le cadre des planifications fiscales.

Que l'on utilise la fiducie discrétionnaire ou les actions à dividendes discrétionnaires, dans les deux cas, c'est l'aspect « discrétionnaire » qui attire le planificateur.

Avant de s'attarder aux particularités et considérations d'ordre légal ou fiscal relatives à l'utilisation d'une fiducie discrétionnaire ou à celles d'actions à dividendes discrétionnaires, voyons rapidement quelques exemples de l'usage qui peut être fait d'une répartition discrétionnaire entre plusieurs bénéficiaires (dans le cas d'une fiducie discrétionnaire) ou d'actionnaires (dans le cas d'actions à dividendes discrétionnaires).

1. USAGES DE LA DISCRÉTION

Parmi les multiples usages de la possibilité d'exercer une discrétion quant à la répartition d'un dividende entre plusieurs personnes y ayant droit, mentionnons les suivants :

1.1. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Il peut arriver que l'avantage de recevoir un dividende libre d'impôt à même le « compte de dividendes en capital » (ci-après « CDC ») d'une compagnie soit perdu pour certains actionnaires. Pensons au cas d'un actionnaire qui n'est pas imposable (tel un organisme de bienfaisance) ou encore à un actionnaire qui ne réside pas au Canada¹. Il n'est donc pas très utile de verser un dividende en capital à un actionnaire qui n'en retire aucun bénéfice. Ce serait même gaspiller une partie du CDC que de l'attribuer, par exemple, à un actionnaire non résident. Avec des actions à dividendes discrétionnaires ou une fiducie discrétionnaire, il devient possible d'attribuer uniquement aux actionnaires qui résident au Canada le dividende issu du CDC, quitte à remettre, séparément, à l'actionnaire non résident un dividende imposable, soit sur sa catégorie d'actions à dividendes

¹ Les dividendes en capital versé à des non-résidents sont assujettis à l'impôt des non-résidents conformément au paragraphe 212(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

discrétionnaires, soit à titre de participation au revenu de la fiducie discrétionnaire dont il serait bénéficiaire.

1.2. DIVIDENDE DÉTERMINÉ

Une compagnie peut maintenant verser des dividendes imposables « ordinaires » ou « déterminés ». Les premiers sont soumis à un taux d'imposition plus élevé (jusqu'à environ 36,35 %) que les seconds (jusqu'à environ 29,69 %). Il est des situations où les actionnaires peuvent convenir entre eux, par convention entre actionnaires ou autrement², qu'ils entendent réserver à certains d'entre eux la possibilité de recevoir des dividendes déterminés tirés du « compte de revenus à taux général » (ci-après « CRTG »), c'est-à-dire à même le revenu ayant été imposé au taux d'imposition élevé des compagnies (soit le revenu qui n'est pas admissible à la déduction pour petites entreprises)³. Encore une fois, la possibilité d'exercer une discrétion quant à la remise des dividendes entre les actionnaires permettra ce genre de planification.

1.3. SALAIRE-DIVIDENDE

La répartition salaire-dividende a été l'usage premier de la discrétion, usage reconnu par la Cour suprême dans l'affaire *La Reine c. McClurg*⁴. Dans cette affaire, la Cour a accepté le principe qu'un actionnaire puisse recevoir un dividende, sur sa catégorie d'actions, qui soit plus important que la proportion du dividende déclaré à laquelle il aurait pu s'attendre compte tenu de toutes les actions émises et en circulation. L'arrêt *McClurg* avait cependant laissé planer un doute sur la validité d'un tel dividende discrétionnaire, car la Cour en *obiter dicta* avait mentionné que ce dividende excédentaire compensait le fait que l'actionnaire à qui le dividende avait été versé n'avait pas reçu une considération suffisante pour son apport, en travail et en responsabilité, dans l'entreprise exploitée par la compagnie payeuse, et que leur décision aurait pu être différente si la personne ayant reçu un tel dividende excédentaire n'avait pas apporté à l'entreprise un apport aussi

² Voir « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 4 « Mécanisme visant à diriger un dividende déterminé vers un actionnaire ou un groupe d'actionnaires », à la page 50:12.

³ Par. 89(1) « CRTG » et « dividende déterminé » L.I.R.; par. 89(14) « désignation de dividende à titre de dividende déterminé » L.I.R.

⁴ [1990] 3 R.C.S. 1020 (ci-après « *McClurg* »). Nous reviendrons sur cette affaire à la section 2. plus loin.

important. Ce doute a été réglé lors d'une décision subséquente de la Cour suprême dans l'affaire *Neuman c. MRN*⁵, où des dividendes discrétionnaires n'ont pas été déclarés invalides bien que la personne qui les avait reçus n'ait rendu aucun service à la compagnie payeuse. Dans l'affaire *Neuman*, il fut reconnu que la participation d'un actionnaire dans les dividendes n'a aucun rapport avec sa contribution aux affaires de la compagnie par son travail. Un dividende récompense un investissement financier, tandis qu'un investissement en temps et en responsabilité est rémunéré par un salaire ou un boni.

La décision salaire-dividende est plutôt traitée dans le contexte d'un actionnaire unique qui a à décider, annuellement, de quelle manière il entend retirer de l'argent de sa compagnie pour financer son coût de la vie, soit sous forme de salaire, soit sous forme de dividende ou par un savant mélange des deux.

Cependant, dans le cas où il y a plus d'un actionnaire dans la compagnie, les actions à dividendes discrétionnaires permettent à chacun des actionnaires de planifier individuellement sa décision salaire-dividende, indépendamment de sa proportion des actions détenues dans la compagnie. Tout au plus, les actionnaires voudront-ils s'assurer que soit respectée l'enveloppe budgétaire globale qu'ils s'attribuent individuellement dans le cadre de cette décision salaire-dividende.

Comme le mentionnent certains auteurs⁶, pour aborder correctement ce type de décision salaire-dividende, il faut traiter trois thèmes principaux :

- l'aspect purement technique : il s'agit de calculer les impôts et les diverses cotisations qu'implique chacune des options (impôts sur le revenu, Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ »), régime québécois d'assurance parentale, régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), assurance-emploi, Fonds des services de santé, crédit pour dividendes, etc.);
- la valeur de la cotisation à la RRQ : l'approche dividende implique de renoncer à une partie des avantages de la cotisation à la RRQ;

⁵ (1998) 1 R.C.S. 770 (ci-après « *Neuman* »).

⁶ Éric BRASSARD, Martin BUSSIÈRES et Martin GOULET, « Étude de cas 2 – L'incorporation des professionnels », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 50:1-84, aux pages 50:39-49.

- l'incidence de la cotisation au REÉR : l'approche dividende implique de renoncer à la cotisation au REÉR.

1.4. DIVIDENDE

Les objectifs avoués de l'exercice de la discrétion est de permettre le fractionnement de dividendes entre diverses personnes en permettant aux fiduciaires (dans le cas d'une fiducie discrétionnaire) ou aux administrateurs (dans le cas d'actions à dividendes discrétionnaires) de les répartir entre les bénéficiaires (si fiducie) ou les actionnaires (si actions à dividendes discrétionnaires), selon leurs besoins. Évidemment, il y aura lieu de tenir compte des règles d'attribution dans le cas d'un dividende à un conjoint ou à un enfant mineur, ou encore de celles des revenus fractionnés (*kiddie tax*) dans le cas d'un dividende à un enfant mineur.

1.5. GAIN EN CAPITAL

Un autre usage recherché de l'exercice de la discrétion est de pouvoir répartir un gain en capital important sur plusieurs têtes, de manière à pouvoir bénéficier de plus d'une déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») de 750 000 \$ pour réduire l'impôt sur ce gain en capital.

Tous ces usages peuvent-ils être plus facilement réalisés par des actions à dividendes discrétionnaires ou par une fiducie discrétionnaire? Avant de répondre à cette question, arrêtons-nous brièvement sur différentes considérations d'ordre légal ou fiscal relativement à l'utilisation de l'une ou l'autre de ces techniques.

2. ACTIONS À DIVIDENDES DISCRÉTIONNAIRES

Aujourd'hui, la pratique consistant à ne pas fixer de taux aux dividendes attribuables à une ou plusieurs catégories d'actions et à donner expressément au conseil d'administration la discrétion de fixer ce taux chaque fois qu'il déclare des dividendes nous est familière.

2.1. ORIGINE

Les actions à dividendes discrétionnaires ont reçu le feu vert en 1990 dans l'arrêt *McClurg*⁷ rendu par la Cour suprême du Canada. L'arrêt *McClurg* a été suivi dans l'affaire *Neuman*⁸.

Le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, a reconnu dans l'arrêt *McClurg* la validité des clauses de dividendes discrétionnaires en précisant que la division des actions en différentes « catégories » constitue une condition nécessaire pour pouvoir déroger à la présomption d'égalité, à la fois en ce qui concerne le droit aux dividendes et les autres droits des actionnaires.

Il est donc crucial de retrouver dans les statuts des actions de différentes catégories permettant d'établir une distinction entre elles.

En pratique, pour être certains que toutes les catégories d'actions donnant droit à un dividende discrétionnaire ne soient pas considérées comme n'en constituant qu'une seule parce que comportant les mêmes droits, les juristes tentent de créer des distinctions entre les différentes catégories.

Il semblerait que la nouvelle *Loi sur les compagnies* du Québec qui sera prochainement déposée vienne faciliter la vie aux rédacteurs de statuts en reconnaissant l'existence de catégories d'actions distinctes du simple fait qu'elles portent une identification différente.

2.2. LIMITES À L'USAGE DE LA DISCRÉTION

Malgré le fait que la clause de dividendes discrétionnaires suffise à réfuter la présomption d'égalité des actions, il sera toujours possible aux

⁷ Précité, note 4; voir au sujet des actions à dividendes discrétionnaires : Pierre QUESSY, « Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividendes discrétionnaires », (1985), vol. 7, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 31-80; Michelle BOIVIN, « Le droit aux dividendes et le dividende "discrétionnaire" », (1987), vol. 47, n° 1 *Revue du Barreau* 73 et du même auteur « Encore le dividende discrétionnaire... », (1989), vol. 49 *Revue du Barreau* 657; également Luc et Paul MARTEL, « L'arrêt *La Reine c. McClurg* – Aspects corporatifs et fiscaux », dans *Congrès 91*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992, pp. 877-912.

⁸ Précité, note 5.

actionnaires lésés de demander réparation grâce aux recours prévus par les lois relatives aux sociétés ou par le *Code civil du Québec*⁹. Pensons au « recours pour oppression » de l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹⁰, recours qui serait repris dans la prochaine version de la *Loi sur les compagnies* du Québec¹¹, ou au « recours en liquidation judiciaire »¹².

Pour éviter qu'un dividende soit déclaré et versé, de manière discrétionnaire, au détriment de certains actionnaires et que la seule défense de ces derniers soit de s'adresser aux tribunaux, avec les frais importants et les délais qu'un tel recours entraîne, les détenteurs des actions à dividendes discrétionnaires auraient avantage à signer une convention unanime d'actionnaires prévoyant que tout dividende discrétionnaire versé autrement qu'au prorata entre les différentes catégories d'actions fasse l'objet d'un vote unanime des détenteurs de ces catégories¹³.

2.2.1. Recours pour oppression

La déclaration d'un dividende discrétionnaire à un actionnaire pourrait-elle entraîner un préjudice injuste donnant ouverture à un recours pour oppression, aux actionnaires à qui aucun dividende n'est versé ou à qui le dividende versé est inférieur à leur proportion d'actions?

Un tel recours « ne convient que dans les cas où les activités de la compagnie entraînent une certaine discrimination ou un traitement inéquitable parmi les personnes ayant un intérêt dans la compagnie, une

⁹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

¹⁰ L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

¹¹ En attendant, au Québec, un actionnaire « opprimé » peut intenter une « action dérivée » en vertu de l'article 33 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

¹² *Loi sur la liquidation des compagnies*, L.R.Q., L-4 (ci-après « L.L.C. »), art. 24; art. 214 L.C.S.A. : malheureusement, ce recours constitue un remède draconien qui va souvent plus loin que ce que voudrait l'actionnaire « opprimé ».

¹³ Voir Christian MEIGHEN, « Impacts fiscaux des caractéristiques légales des actions émises dans le cadre de réorganisations corporatives », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 1:1-60, section 1.5., à la page 1:13.

atteinte à un droit découlant de la common law ou de l'*equity*, ou l'appropriation des biens de la compagnie »¹⁴.

Pour déterminer s'il y a ou non un « préjudice injuste » à réparer, le tribunal doit s'efforcer de respecter un équilibre entre, d'une part, la protection des intérêts du plaignant et, de l'autre, la liberté d'action des dirigeants de l'entreprise, et la latitude qu'ils ont de faire dans son intérêt des gestes qui affectent le plaignant ou qui ne tiennent pas compte de ses intérêts¹⁵.

Doivent être pris en considération dans la détermination de l'oppression : le point de vue de la majorité, l'historique, la nature, la grosseur et la structure de la compagnie, le type des droits touchés, la pratique corporative générale, la nature de la relation entre le plaignant et l'auteur de l'oppression, et la prévisibilité de la conduite reprochée¹⁶. Mais il faut également tenir compte d'un facteur dégagé par la jurisprudence, soit les « droits, attentes et obligations » entre individus. L'équité demande en effet que pèsent dans la balance les « attentes sous-jacentes » des parties dans les petites entreprises¹⁷.

M^e Martel écrit ceci :

« [...] les situations pouvant susciter une "attente raisonnable" sont de nature circonstancielle ("fact-specific") de sorte qu'il est impossible d'en dresser une liste exhaustive. La Cour suprême du Canada énumère néanmoins les principaux "facteurs utiles" pour l'appréciation d'une attente raisonnable qui ressortent de la jurisprudence. Il s'agit des suivants :

- *les pratiques commerciales*
- *la nature de la société* (taille, nature et structure)
- *les rapports existants* entre le plaignant et d'autres parties impliquées dans les affaires de la société

¹⁴ *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235, 256, citant Dennis H. PETERSON, *Shareholder Remedies In Canada*, Toronto, Butterworths, 1989, p. 18.1.

¹⁵ Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : Les aspects juridiques*, vol. I, éd. feuilles mobiles, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2006, par. 31-174.

¹⁶ *Id.*, par. 31-175.

¹⁷ *Id.*, par. 31-176.

- *les pratiques antérieures*, “particulièrement chez les actionnaires d’une société fermée quant à leur participation aux profits et à la gouvernance de la société”. [...]
- *les mesures préventives* que le plaignant aurait pu prendre pour se protéger contre le préjudice allégué
- *les déclarations et conventions*, c’est-à-dire les conventions entre actionnaires (qui peuvent être considérées comme “l’expression des attentes raisonnables des parties”) [...]
- *la conciliation équitable d’intérêts opposés* [...] ¹⁸. »

Une jurisprudence en expansion constante permet de se faire une idée de plus en plus précise sur ce qui constitue, aux yeux des tribunaux, de l’« oppression », de l’atteinte aux intérêts ou du non-respect de ceux-ci, au sens de l’article 241 L.C.S.A. Toute cette jurisprudence servira de guide aux tribunaux québécois lorsqu’un recours similaire existera dans la *Loi sur les compagnies*. Dans son ouvrage¹⁹, Paul Martel énumère une longue liste de décisions rendues par les tribunaux sur la question de l’« oppression ». Nous avons retenu certaines d’entre elles qui traitent de distribution discrétionnaire et dont un actionnaire qui prétend subir un préjudice injuste par suite d’un dividende discrétionnaire pourrait s’inspirer :

- le paiement au majoritaire d’honoraires de gestion²⁰ ou de rémunération excessive et injustifiée²¹;
- le refus de payer des dividendes²²;

¹⁸ *Id.*, par. 31-184.4 à 31-184.11, dans l’extrait cité par l’auteur, il est notamment question de l’affaire *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures 1976* (2008 CSC 69, par. 72 et suiv.), et surtout du paragraphe 75, qui se lit ainsi : « [...] il se peut que les rapports entre actionnaires fondés sur des liens familiaux ou des liens d’amitié n’obéissent pas aux mêmes normes que les rapports entre actionnaires sans lien de dépendance d’une société ouverte [...]. »

¹⁹ *Id.*, par. 31-185 à 31-217.

²⁰ *Id.*, note 317.

²¹ *Id.*, note 318.

²² *Id.*, note 320.

- le fait de détourner des biens, des fonds, des profits ou des occasions d'affaires au bénéfice des majoritaires, d'une autre compagnie contrôlée par les majoritaires ou des personnes liées à eux²³;
- le fait de « saigner » la compagnie au bénéfice des majoritaires, de manière à empêcher le plaignant de participer aux bénéfices²⁴;
- le fait pour les majoritaires de se payer des bonis tout en refusant d'en payer aux minoritaires²⁵;
- le fait par une compagnie de priver un actionnaire de sa participation proportionnelle aux bénéfices, lorsque celle-ci est versée autrement que par voie de dividendes²⁶;
- le fait pour les administrateurs d'agir en dérogation à une convention unanime des actionnaires, si cette dérogation porte atteinte aux intérêts de l'un des administrateurs ou des actionnaires²⁷.

Les tribunaux tiennent compte maintenant du caractère « familial » d'une compagnie aux fins de son appréciation des recours d'un actionnaire. Ce facteur peut contribuer à créer des « attentes raisonnables » entre membres d'une même famille et à favoriser les recours pour oppression.

Voici quelques exemples de jurisprudence où ont été prises en considération les attentes raisonnables d'un plaignant au sein d'une entreprise familiale :

- les attentes raisonnables d'un fils quant à sa permanence dans une entreprise familiale ont été à la source du succès de recours pour oppression²⁸;

²³ *Id.*, notes 324, 325 et 326.

²⁴ *Id.*, note 330.

²⁵ *Id.*, note 332.

²⁶ *Id.*, note 340.

²⁷ *Id.*, note 344.

²⁸ *Nanef c. Con-Crete Holdings Ltd.*, (1994) 11 B.L.R. (2^e) 218 (C.J. Ont.), (1994) 19 O.R. (3^e) 691 (C. Ont. Div. Gén.) (ci-après « *Nanef* »); *Safarik c. Ocean Fisheries Ltd.*, (1994) 10 B.L.R. (2^e) 246 (C.S.C.B.) (ci-après « *Safarik* ») et *Such c. RW-LB Holdings Ltd.*, (1994) 11 B.L.R. (2^e) 122, (1994) 3 W.W.R. 725 (Alta C.Q.B.).

- le lien familial entre les parties peut jouer un rôle important dans la détermination du caractère raisonnable des attentes²⁹;
- des épouses détenant des actions à des fins purement fiscales (*income-splitting*), sans rôle actif dans la société, ne peuvent invoquer des « attentes raisonnables » distinctes de celles de leurs conjoints³⁰;
- les « attentes raisonnables » d'un actionnaire ayant acquis ce statut à l'occasion d'un gel successoral peuvent viser la croissance de la société, mais non la participation à sa gestion³¹;
- les actionnaires minoritaires, même dans une société de type familial, ne peuvent faire valoir une attente raisonnable de se faire acheter leurs actions sur demande en l'absence d'engagements contractuels à cet effet³²;
- les « attentes légitimes » du plaignant peuvent limiter la portée du remède obtenu : ce remède ne doit en effet pas lui accorder quelque chose à quoi il n'aurait jamais pu s'attendre, n'eût été l'oppression³³.

2.2.2. Recours en liquidation judiciaire

« À la requête d'un actionnaire, la Cour peut ordonner la liquidation d'une compagnie lorsqu'elle est d'avis que [...] il est juste et équitable que cette compagnie soit liquidée³⁴. »

²⁹ M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 15, par. 31-177.2 : *Sahota c. Basra*, [1999] Ont. J. n° 4186 (C. Ont. Div. Gén.) (gendre – beau-père; *Gleddie c. Gleddie*, (2000) 260 A.R. 303 (Alta C.Q.B.) (plaignant exclu du ranch familial par ses frères); *Pelley c. Pelley*, (2001) 200 Nfld & P.E.I.R. 303 (Nfld. S.C.) (frères).

³⁰ *Quagliari c. 374400 Ontario Ltd.*, (1994) 18 O.R. (3^e) 616.

³¹ *Benedetti c. North Park Electronics (1980) Ltd.*, [1997] Ont. J. n° 597 (C. Ont. Div. Gén.), par. 53; confirmé par [1997] Ont. J. n° 5244 (C. Ont. Div. Gén.).

³² *Miklos c. Thomasfield Holdings Limited*, (2001) Carswell Ontario 1303 (C.S.).

³³ *Naneff*, précité, note 28.

³⁴ Art. 24 L.L.C.; s.-al. 214(1)b(ii) L.C.S.A.; en vertu du sous-alinéa 214(1)b(ii) L.C.S.A., le tribunal peut également rendre une ordonnance prononçant la liquidation et la dissolution de la société, s'il constate qu'une convention unanime des actionnaires permet à un actionnaire mécontent d'exiger la dissolution de la société advenant la survenance d'un événement (par exemple, la déclaration d'un dividende discrétionnaire contraire aux ententes?) et que cet événement est survenu.

Dans son ouvrage³⁵, Paul Martel mentionne que l'interprétation des mots « juste et équitable » a fait l'objet d'un nombre considérable de décisions judiciaires, non seulement au Québec, mais dans les juridictions de common law, où l'on retrouve aussi cette réalité.

Le facteur « compagnie familiale » peut également jouer un rôle dans le cadre d'une demande en liquidation judiciaire de la compagnie.

Parmi les motifs « justes et équitables » de liquider une compagnie de type familial, se trouve le fait de cesser, après plusieurs années de services, de permettre à un membre de la famille de participer à l'entreprise³⁶. Dans l'affaire *Safarik*, l'un des quatre fils actionnaires de la compagnie fut expulsé comme dirigeant, employé et administrateur par décision du père, président. Quoique non abusive ou injuste, puisque l'intérêt de la compagnie le justifiait, cette exclusion a convaincu la Cour qu'il était équitable de liquider la compagnie. Heureusement, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est ravisée dans l'affaire *Safarik* et a finalement choisi de ne pas liquider la compagnie, mais plutôt d'ordonner un achat forcé des actions, par un mécanisme de type *shotgun*³⁷.

Paul Martel estime, quant à lui, que la compagnie familiale, où les enfants se sont généralement fait donner leurs actions par le père ou la mère, et où ce dernier ou cette dernière s'est réservé le contrôle absolu, est différente d'un « quasi-partnership » (« doctrine de la société ») composé d'associés aux pouvoirs et aux attributs sensiblement égaux³⁸. Autant le chef de famille peut-il déshériter un ou plusieurs de ses enfants à son bon plaisir, sans que ceux-ci puissent s'en plaindre en Cour, autant devrait-il pouvoir exercer l'autorité qu'il s'est expressément réservée et exclure de l'entreprise familiale les enfants qu'il juge nuisibles ou tout simplement non méritants, sans que ce geste mène à la liquidation de l'entreprise³⁹.

Nous mentionnons tout cela, car l'esprit derrière ces décisions tenant compte du facteur « compagnie familiale » pourrait facilement être repris

³⁵ M. et P. Martel, *op. cit.*, note 15, par. 34-102.

³⁶ *Safarik*, précité, note 28 : décision de la Colombie-Britannique.

³⁷ (1996) 25 B.L.R. (2^e) 44 (C.A. C.-B.); M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 15, par. 34-145.

³⁸ M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 15, par. 34-146.

³⁹ *Id.*, par. 34-147.

contre un actionnaire, détenteur d'actions à dividendes discrétionnaires⁴⁰, qui tenterait d'entreprendre un recours pour oppression ou une demande de liquidation judiciaire de la compagnie dans le cas où il n'est pas satisfait des dividendes qu'il en retire.

Sans doute le détenteur d'actions privilégiées sans droit de participation à dividendes discrétionnaires serait malvenu de se plaindre de ne pas recevoir de dividendes si aucune promesse ne lui a été faite en ce sens qui pourrait lui donner une attente raisonnable à recevoir un tel dividende mais, par contre, tout détenteur d'actions ordinaires avec droit de participation, avec ou sans dividendes discrétionnaires, serait en droit de se plaindre advenant le fait que les dividendes versés sur des actions privilégiées à dividendes discrétionnaires nouvellement émises excèdent le montant des bénéfices annuels générés depuis cette émission et viennent empiéter les bénéfices non répartis gagnés avant cette émission.

2.3. DROITS D'UN ACTIONNAIRE

Tout détenteur d'actions d'une compagnie, avec ou sans droit de vote, avec ou sans droit de participation, possède certains droits qui peuvent être dérangeants dans un contexte de simple fractionnement par actions à dividendes discrétionnaires, particulièrement lorsqu'on s'est contenté d'émettre à ce détenteur des actions privilégiées sans droit de vote ni droit de participation, à dividendes discrétionnaires.

2.3.1. Droit de veto

Chaque fois qu'il est porté atteinte aux droits d'un détenteur d'actions, même privilégiées, ce dernier peut bénéficier, soit en vertu des lois relatives aux sociétés, soit en vertu des statuts constitutifs de la compagnie, de certaines protections : recours au compromis⁴¹, consentement en assemblée

⁴⁰ Particulièrement, si ces actions comportent un droit de participation; il serait plus difficile pour le détenteur d'actions privilégiées, sans droit de vote ni droit de participation, à dividendes discrétionnaires, qui a payé un prix nominal pour ces actions, d'entreprendre avec succès un recours pour oppression ou en liquidation judiciaire sous prétexte qu'on aurait bafoué ses « attentes raisonnables » d'une participation dans la compagnie.

⁴¹ *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »), art. 49.

extraordinaire d'une proportion (3/4 ou même 4/5) des actionnaires touchés⁴², clauses de protection⁴³, etc.

2.3.2. Droit aux états financiers

Les administrateurs doivent fournir aux actionnaires, au moins une fois par année, lors de l'assemblée annuelle, des renseignements concernant la situation financière de la compagnie⁴⁴.

Ce droit est donné à tout actionnaire, même celui qui ne vote pas ou ne participe pas dans le reliquat advenant dissolution.

2.3.3. Droit à un vérificateur

Le bilan devant être soumis aux actionnaires se doit d'être vérifié par un vérificateur des comptes de la compagnie⁴⁵.

Il est cependant permis aux actionnaires (incluant ceux qui n'ont pas droit de vote), par résolution unanime, de ne pas nommer de vérificateur⁴⁶. Une telle résolution n'est cependant valable que jusqu'à la prochaine assemblée annuelle des actionnaires. Elle est donc à renouveler à chaque assemblée annuelle.

⁴² Art. 123.127 et 123.134 L.C.; art. 176 et par. 6(3) L.C.S.A. : au vote par catégorie se greffe le droit de dissidence, en vertu du paragraphe 190(2) L.C.S.A. Voir aussi : M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 15, par. 19-308 et 19-309, pour des tableaux permettant de voir rapidement le consentement de quels actionnaires est requis à différents changements selon la *Loi sur les compagnies* ou selon la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

⁴³ Par exemple, une clause restreignant toute sortie de fonds aux détenteurs de certaines catégories d'actions qui auraient pour effet d'empêcher la compagnie de pouvoir racheter les actions détenues par certains actionnaires : ce genre de clause est fréquent dans le cas d'actions dites de « gel », de « roulement » ou de « cristallisation », pour interdire la déclaration de dividendes qui auraient pour effet de rendre la valeur de réalisation de l'actif insuffisante pour effectuer le rachat de ces actions.

⁴⁴ S.-par. 98 2)d) L.C.; al. 155(1)c) L.C.S.A.

⁴⁵ S.-par. 98 2)c), par. 113 1) et art. 123.97 L.C.; par. 162(1) L.C.S.A.

⁴⁶ Art. 123.98 L.C.; art. 163 L.C.S.A.

2.3.4. Droit aux livres et registres

Toute personne intéressée (comprenant les actionnaires ordinaires ou privilégiés) a accès aux livres relatifs à la structure de la compagnie et aux registres des transferts et des hypothèques. Ces livres et registres sont ouverts à tous, car ils ont un caractère public.

Il n'en sera pas de même cependant des livres de comptabilité et du registre des procès verbaux, que la compagnie n'est tenue de montrer qu'aux personnes ayant un rôle à jouer dans l'administration de la compagnie, soit les administrateurs.

2.4. ÉVALUATION

La plupart des auteurs qui ont traité des actions à dividendes discrétionnaires s'interrogent sur l'évaluation de celles-ci⁴⁷. Dans son texte, M^e Meighen, mentionne qu'un représentant de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a déjà émis des commentaires selon lesquels une action sans droit de vote soumise à une clause de dividende discrétionnaire pourrait être considérée comme n'ayant aucune valeur. Cela ne veut pas dire cependant qu'un dividende discrétionnaire juxtaposé à des actions privilégiées, de gel par exemple, et comportant certaines limites inférieures et supérieures, ne serait pas acceptable aux fins de déterminer la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de ces actions privilégiées de gel⁴⁸.

Une convention entre actionnaires contenant les clauses appropriées pourra contrecarrer l'impact que pourrait avoir un dividende discrétionnaire sur l'évaluation d'actions, particulièrement si ces actions ne comportent par ailleurs pas de droit de vote, ou encore s'il s'agit d'une participation

⁴⁷ M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 15, par. 19-178 : « les actions à dividendes discrétionnaires [...] posent un problème potentiel sérieux quant à leur évaluation pour fins fiscales advenant leur “disposition” réelle ou présumée ». C. MEIGHEN, *loc. cit.*, note 13, 1:11-12 : « [...] il n'en demeure pas moins qu'un problème de taille subsiste : l'évaluation des actions à dividendes discrétionnaires [...] ».

⁴⁸ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9229105, 13 janvier 1993, dans laquelle l'ARC mentionne que des actions privilégiées, comportant un taux raisonnable de dividende discrétionnaire, seraient généralement acceptables aux fins de déterminer la JVM des actions privilégiées émises dans le cadre d'un gel successoral. L'ARC ne définit pas précisément dans cette interprétation ce qu'elle entend par « taux raisonnable de dividende discrétionnaire ». L'ARC indique aussi toutefois que serait raisonnable un taux de dividende sur actions privilégiées variant en fonction du taux de base d'emprunt.

minoritaire. Par exemple, un détenteur d'actions minoritaires à dividendes discrétionnaires sera rassuré du maintien de la valeur de ses actions si, par convention unanime d'actionnaires, il est prévu qu'aucun dividende discrétionnaire ne pourra être déclaré sans son consentement, à moins que le dividende déclaré ne soit proportionnel aux actions émises et en circulation.

Mentionnons également, au secours de la détermination de la JVM d'actions à dividendes discrétionnaires, la réponse de l'ARC à la question de savoir si serait « rattachée » (aux fins de l'alinéa 186(4)b L.I.R.) une compagnie exploitante (ci-après « OPCO ») avec chacune des trois compagnies de gestion détenant respectivement 100 actions de catégories « A », « B » et « C », toutes avec droit de participation, avec droit de vote et à dividendes discrétionnaires. Est-ce que l'ARC considérerait que chacune de ces compagnies de gestion posséderait des actions d'OPCO dont la JVM correspondrait au tiers de la JVM totale des actions d'OPCO en circulation, de sorte qu'OPCO serait rattachée à chacune des compagnies de gestion?

L'ARC a répondu ce qui suit :

« [...] Nos services des évaluations sont d'avis que, compte tenu des faits mentionnés dans la situation soumise, chacune des trois sociétés de gestion posséderait, à un moment donné d'une année d'imposition, des actions du capital-actions d'OPCO dont la JVM correspondrait au tiers de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions d'OPCO. À cet égard, bien que le versement d'un dividende discrétionnaire par OPCO influencerait sur la JVM des actions émises de son capital-actions, cela ne viendrait pas modifier la proportion de la JVM des actions du capital-actions d'OPCO détenues par chacune des trois sociétés de gestion, à un moment donné, puisque chaque actionnaire détiendrait une catégorie d'actions parmi trois catégories d'actions ayant des droits identiques du point de vue d'un acheteur potentiel⁴⁹. »

Si l'actionnaire majoritaire permettait à toute personne liée à lui-même de souscrire à des actions à dividendes discrétionnaires, qu'elles soient ordinaires ou privilégiées, pour un montant inférieur à la JVM de ces actions, les autorités fiscales auraient beau jeu d'imposer cet actionnaire majoritaire sur la base d'une disposition pour une contrepartie insuffisante⁵⁰ en appliquant le principe du « transfert d'un intérêt économique » de l'affaire

⁴⁹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification financière et fiscale, 2005, pp. 50:11-78, à la page 50:28.

⁵⁰ S.-al. 69(1)b)(ii) L.I.R.

*La Reine c. Kieboom*⁵¹ ou du « transfert d'un droit à des dividendes futurs » de l'affaire *Barrey Romkey et Brian Romkey c. La Reine*⁵².

En effet, la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Kieboom* et *Romkey* a déterminé qu'un actionnaire, en permettant à son conjoint ou à des enfants mineurs de souscrire à de nouvelles actions participantes de sa compagnie pour un montant nominal, cédait à ces derniers un bien, soit une partie de la propriété de son équité dans cette compagnie. Le fait que ce transfert d'un bien s'est effectué par le biais d'une souscription à de nouvelles actions plutôt que par une cession pure et simple d'une partie de ses propres actions n'empêche pas la réalisation d'un tel transfert de bien. Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* traitant des règles d'attribution⁵³ couvrent les transferts de biens qui sont faits « directement ou indirectement » et « par tout autre moyen ». Le transfert, dans les affaires *Kieboom* et *Romkey*, bien qu'indirect, en ce sens que l'actionnaire majoritaire a fait en sorte que sa compagnie émette des actions à son conjoint (et/ou à ses enfants mineurs) constituait néanmoins un transfert entre un mari et sa femme (ou entre un parent et ses enfants mineurs).

Ainsi, l'émission d'actions à dividendes discrétionnaires pour un prix moindre que leur JVM entraînerait, non seulement une présomption de disposition d'un bien (qu'il s'agisse d'un « intérêt économique » ou d'un « droit à des dividendes futurs ») à sa JVM, mais de plus l'application des règles d'attribution à l'actionnaire majoritaire ayant permis une telle souscription aux actions à dividendes discrétionnaires, de tout dividende déclaré et versé sur ces actions à dividendes discrétionnaires.

2.5. ACTIONS PRIVILÉGIÉES OU ORDINAIRES?

Le scénario de départ envisagé par l'utilisation d'actions à dividendes discrétionnaires visait des actions ordinaires, permettant aux détenteurs de ces actions de recevoir des dividendes qui ne soient pas nécessairement proportionnels à leur détention d'actions. C'est ce qui arriva dans l'affaire *McClurg*, qui fut à l'origine des actions à dividendes discrétionnaires.

Des actions ordinaires à dividendes discrétionnaires demeurent de mise dans le cas visé par une compagnie comprenant plusieurs actionnaires qui,

⁵¹ 92 D.T.C. 6382 (C.C.I.); 2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.) (ci-après « *Kieboom* »).

⁵² 97 D.T.C. 719 (C.C.I.); 2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.) (ci-après « *Romkey* »).

⁵³ Voir les paragraphes 74.1(1) et 74.1(2) L.I.R.

bien qu'ils veuillent partager la plus-value de celle-ci entre eux, au prorata de leur détention d'actions, sont prêts à partager les bénéfices annuels dans toute proportion de leur choix, sans que cela soit au prorata de leur détention d'actions.

Dans le cas où la seule préoccupation des parties est de permettre à certaines personnes de participer dans les dividendes versés à même les bénéfices de l'année, mais non pas dans la plus-value de la compagnie, l'utilisation d'actions privilégiées, sans droit de participation, à dividendes discrétionnaires, devient de plus en plus populaire. Particulièrement dans le contexte de l'incorporation des professionnels, qui désirent permettre le fractionnement des profits de leur pratique entre les mains de personnes qu'ils désirent avantager (parents, ami(e)s, protégés, etc.).

Dans le cas d'actions privilégiées à dividendes discrétionnaires, il serait préférable de prévoir, dans les statuts créant ces actions, les droits, privilèges, conditions et restrictions minimums suivants :

- 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 tombent entre les mains de leurs créanciers;
- actions sans droit de participation, autrement que par les dividendes reçus.

Nous ne voyons pas tellement l'utilité de conférer à de telles actions privilégiées un droit de rachat au gré de leur détenteur, à moins que le détenteur même de ces actions ne veuille pouvoir les faire disparaître advenant le fait que cette participation dans la compagnie visée ne crée une relation indésirable (telle une association de compagnies) avec toute autre compagnie dans laquelle ce détenteur possède des actions.

Le fait que les actions privilégiées à dividendes discrétionnaires ne comportent ni droit de vote, ni droit de participation et qu'elles soient

rachetables au gré de la compagnie et au décès de leur détenteur devrait militer en faveur d'une évaluation de la JVM de ces actions à zéro ou, au mieux, au montant versé pour ces actions au compte capital-actions de la compagnie pour ces actions.

3. FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE

Le but du présent texte est de comparer l'utilisation de la fiducie discrétionnaire à celle des actions à dividendes discrétionnaires, et non pas de s'attarder sur la constitution d'une telle fiducie. Nous ne retrouverons donc pas dans ce texte une étude des fondements de la fiducie, le sujet a déjà été traité en profondeur par plusieurs auteurs en d'autres occasions.

Qu'apporte la fiducie discrétionnaire par rapport aux actions à dividendes discrétionnaires?

3.1. PATRIMOINE DISTINCT

La fiducie est un patrimoine d'affectation autonome et distinct qui vient s'ajouter à la structure de la société du contribuable. En plus de la compagnie visée par la planification de fractionnement, il y aura une fiducie dont il faudra se préoccuper.

Une fiducie requiert des frais d'implantation, de même que des frais annuels de maintien en vigueur, ne serait-ce que pour la préparation des états financiers de la fiducie et de sa déclaration de revenus. Également, il y aura peut-être lieu de payer un ou des cofiduciaires pour leurs services, sans compter le remboursement de leurs dépenses raisonnables et justifiées engagées aux fins de la fiducie.

3.2. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA FIDUCIE ENTRE VIFS

Dans cette section, nous ne dresserons pas une liste exhaustive des avantages et des inconvénients de la fiducie, ce sujet ayant déjà été traité à plusieurs reprises. Nous nous contenterons d'un bref aperçu qui se trouve en fait dans un texte récent traitant de l'utilisation de la fiducie en agriculture⁵⁴ et qui est joint en annexe A.

⁵⁴ Luc MARTEL et Julie LEBREUX, « Utilisation de la fiducie en agriculture », dans *Colloque – Financement et fiscalité agricole*, 178, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 5:1-41.

Les avantages suivants y sont traités :

- report de l'impôt;
- protection d'actifs (protection du futur et protection des biens présents);
- fractionnement des revenus;
- multiplication de la DGC.

Quant aux inconvénients traités, il y est fait mention de ce qui suit :

- exercice financier;
- taux d'imposition;
- sources de revenus;
- entreprise exploitée en fiducie;
- association de compagnies;
- *kiddie tax*;
- règle des 21 ans.

Ces avantages et inconvénients sont vus dans le contexte d'une fiducie en agriculture, mais pour la plupart les commentaires qui y sont faits sont également valables pour toutes les fiducies.

3.3. DÉTENTION D' ACTIONS

Comme nous le constaterons dans le tableau comparatif de la section 4. ci-après, la fiducie discrétionnaire et les actions à dividendes discrétionnaires ont plusieurs points en commun.

Cependant, il est un élément de la fiducie discrétionnaire qui se démarque et qui risque de faire pencher la balance en faveur de la fiducie, particulièrement lorsque la nouvelle *Loi sur les compagnies* sera en vigueur. Contrairement aux actions à dividendes discrétionnaires, lesquelles sont détenues directement par les personnes en faveur de qui on veut fractionner des dividendes ou du gain en capital, la fiducie discrétionnaire, tant qu'elle

n'est pas dissoute, ne met pas les actions qu'elle détient entre les mains de ces personnes, qui sont simplement bénéficiaires de la fiducie.

Tous les droits associés à la détention d'actions sont alors exercés par les fiduciaires, pour le compte de la fiducie détentrice des actions, plutôt que par les bénéficiaires qui ne sont pas encore personnellement actionnaires de la compagnie.

Cependant, la nouvelle *Loi sur les compagnies* se propose d'adopter des mesures similaires à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* en ce qui a trait au droit de dissidence et au recours pour oppression.

Or, le fait de faire détenir les actions de la compagnie par une fiducie discrétionnaire mettra-t-il la compagnie à l'abri des recours pour oppression de la part des bénéficiaires de cette fiducie? Le bénéficiaire d'une fiducie peut-il être un « plaignant » pouvant demander au tribunal de rendre une ordonnance pour réparer un « abus »?

Le terme « plaignant » comprend, entre autres :

- le détenteur inscrit ou le « véritable propriétaire » de valeurs mobilières;
- toute autre personne qui, d'après un tribunal, a qualité pour présenter une telle demande⁵⁵.

En common law, le bénéficiaire d'une fiducie pourrait être le « véritable propriétaire » (*beneficial owner*) des actions détenues par la fiducie. À défaut, le bénéficiaire pourrait se réclamer comme étant « toute autre personne qui [...] » a un intérêt dans un tel recours. Dans l'affaire albertaine *Kwinter c. Metrowest Development Ltd.*⁵⁶, il a été décidé que le bénéficiaire d'une fiducie était en droit de demander au tribunal de rendre une ordonnance pour réparer les prétendus préjudices soulevés par ce bénéficiaire, ou encore de demander la dissolution de la compagnie dans laquelle la fiducie détient des actions.

Le bénéficiaire « plaignant » invoque, entre autres, une « expropriation » des profits de la compagnie Metrowest, une administration inconvenante de la compagnie, l'omission de rendre compte de la situation

⁵⁵ Art. 238 « plaignant » L.C.S.A.

⁵⁶ 2007 B.R. Alta 713 (ci-après « *Kwinter* »).

financière de la compagnie, une rémunération excessive des dirigeants pour l'administration, des versements injustifiés de dividendes et de frais juridiques, le paiement de dépenses personnelles des parents du plaignant par la compagnie, etc.

Dans cette affaire, M^{me} Kwinter et sa sœur sont toutes deux les seules bénéficiaires d'une fiducie familiale mise en place par leurs parents en décembre 1989. Cette fiducie a pu souscrire aux 100 nouvelles actions ordinaires de la compagnie Metrowest dans le cadre d'un gel successoral, les parents se réservant des actions privilégiées rachetables et avec droit de vote.

Le père, M. Schwartz, a été, de son vivant, le seul fiduciaire de la fiducie et l'administrateur unique de la compagnie.

M^{me} Kwinter a même inclus sa sœur dans le lot des personnes qu'elle poursuit. Les parties défenderesses demandent à la Cour de rejeter cette demande d'ordonnance de la part de M^{me} Kwinter, prétendant que cette dernière n'a pas de lien de droit et la capacité juridique d'entreprendre une telle demande.

Retenons simplement que le tribunal a donné raison à M^{me} Kwinter quant à sa qualité de « plaignante » aux fins d'un recours pour oppression. La Cour a jugé qu'en certaines circonstances les bénéficiaires d'une fiducie peuvent être considérés comme les *beneficial owners* (ou véritables propriétaires) et en conséquence des plaignants en vertu de la *Business Corporations Act* de l'Alberta⁵⁷.

La Cour reconnaît qu'en temps normal une même personne possède la propriété légale (*legal ownership*) et la propriété véritable (*beneficial ownership*) des actions qu'elle détient. Cependant dans le cas d'une fiducie, la propriété légale appartient aux fiduciaires, tandis que la véritable propriété (*beneficial ownership*) est détenue par les bénéficiaires de la fiducie.

Voilà qui augure mal pour les planificateurs québécois étant donné que la *Loi sur les compagnies* du Québec va bientôt adopter le recours pour oppression, sensiblement dans la même veine que celui de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, de manière que la jurisprudence fédérale puisse servir de guide dans l'application des mesures à venir au Québec.

⁵⁷ Les dispositions de l'article 239 de la *Business Corporations Act* sont similaires à celles de l'article 238 L.C.S.A.

Pourra-t-on distinguer l'affaire *Kwinter* de celle d'un bénéficiaire d'une fiducie familiale discrétionnaire constituée en vertu du *Code civil du Québec*?

Tout d'abord, au Québec une fiducie est un patrimoine distinct et autonome. Peut-on distinguer entre la propriété légale (*legal ownership*) et la véritable propriété (*beneficial ownership*) de la même façon qu'en common law? Un bénéficiaire d'une fiducie personnelle constituée en vertu du *Code civil du Québec* peut-il prétendre avoir un droit quelconque dans les biens détenus par la fiducie? Un droit de regard sur l'administration qu'en font les fiduciaires, peut-être⁵⁸, mais un droit de propriété quelconque⁵⁹?

De plus, dans le cas de la fiducie dont M^{me} Kwinter est bénéficiaire, il n'y a que deux bénéficiaires, soit sa sœur et elle-même, et le partage doit se faire en parts égales entre elles lors de la liquidation de la fiducie. Qu'en serait-il d'une fiducie discrétionnaire comprenant plusieurs bénéficiaires, dont aucun n'a l'assurance de recevoir quoi que ce soit?

Il ne faudra donc pas se surprendre de voir les tribunaux du Québec être encore plus sollicités par des actionnaires se jugeant lésés, afin de faire redresser ces situations prétendument abusives ou découlant d'actes oppressifs ou injustes de la compagnie ou de ses administrateurs à leur égard.

Déjà les tribunaux ont reconnu comme indice d'une conduite susceptible de donner ouverture aux recours pour oppression :

- l'absence d'un but corporatif valide pour une transaction;
- le manque de bonne foi de la part des administrateurs de la compagnie;
- la discrimination entre les actionnaires, ayant pour effet de favoriser l'actionnaire majoritaire à l'exclusion ou au détriment de l'actionnaire minoritaire;

⁵⁸ Art. 1287 C.c.Q., relativement aux mesures de surveillance et de contrôle... du bénéficiaire, et art. 1351 C.c.Q., en ce qui a trait au compte annuel.

⁵⁹ L'article 1261 C.c.Q. énonce ceci : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. »

- le manque de divulgation adéquate et appropriée d'informations importantes⁶⁰.

La déclaration d'un dividende à un actionnaire plutôt qu'à un autre, à la discrétion des administrateurs de la compagnie, sera l'occasion pour les détenteurs d'actions qui se jugent floués par cette déclaration de dividende d'intenter un recours pour oppression, pouvant amener le tribunal, parmi sa vaste palette de remèdes possibles, à ordonner l'achat des actions du plaignant (ou même, la dissolution de la compagnie dans les cas extrêmes). Le tribunal a alors toute latitude quant à la fixation du prix pour lequel l'achat forcé est ordonné⁶¹.

Dans le cas d'actions privilégiées à dividendes discrétionnaires, le tribunal aura sans doute quelques difficultés à attribuer une valeur à ces actions. Mais dans le cas d'actions ordinaires à dividendes discrétionnaires, le tribunal aura libre cours pour en établir la juste valeur.

Pour toutes ces raisons, malgré le bémol apporté par l'affaire *Kwinter*, il deviendra avantageux pour l'auteur d'une planification fiscale de gel ou de fractionnement de songer à une fiducie discrétionnaire afin d'effectuer ce fractionnement, plutôt qu'à l'émission d'actions à dividendes discrétionnaires directement aux personnes visées par ce fractionnement.

3.4. LES TROIS INCERTITUDES

Également, la fiducie discrétionnaire familiale entre vifs est souvent la réponse à l'une ou l'autre des trois incertitudes présentées ci-dessous à laquelle l'auteur d'une planification successorale de « gel » peut être obligé de faire face :

- incertitude quant aux bénéficiaires ultimes du gel;

⁶⁰ *Arthur c. Signum Communications Ltd.*, [1991] Ont. J. n° 86 (C. Ont. Div. Gén.); confirmé en appel [1993] Ont. J. n° 1928 (C. Ont. Div. Gén.).

⁶¹ L'article 241 L.C.S.A., contrairement à l'article 190 L.C.S.A., n'exige pas que l'achat s'effectue à la « juste valeur ». Cela n'empêche pas les tribunaux, dans plusieurs dossiers, d'avoir recours aux mêmes principes d'évaluation des actions que ceux sur lesquels se fonde ce dernier article : voir M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 15, par. 31-271. Il nous reste à attendre quelques mois pour savoir comment le projet de la nouvelle *Loi sur les compagnies* adoptera ces mesures.

- incertitude quant au partage (pourcentage de répartition) des biens entre les bénéficiaires qui auront été choisis;
- incertitude quant à la finalité du gel.

Pour en savoir plus sur ces trois incertitudes et en quoi la fiducie entre vifs y apporte son secours, voyez le texte écrit tout récemment sur ce sujet⁶² reproduit en annexe B.

4. TABLEAU COMPARATIF

Plutôt que d'expliquer en long et en large les points communs et les différences entre l'utilisation d'une fiducie discrétionnaire et d'actions à dividendes discrétionnaires, nous avons préparé un tableau comparatif résumant ces points communs et ces différences.

ÉLÉMENT DE PLANIFICATION	FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE	ACTIONS À DIVIDENDE DISCRÉTIONNAIRE
1. Fractionnement de revenus (bénéfice non réparti de la compagnie)	OUI , par attribution du dividende reçu aux bénéficiaires voulus (dividendes : règle du conduit, par. 104(19) L.I.R.) (attention à la <i>kiddie tax</i>).	OUI , par versement du dividende aux détenteurs d'actions voulus (actions ordinaires ou privilégiées) (attention à la <i>kiddie tax</i>).
2. Fractionnement de CDC	OUI , par attribution du CDC aux bénéficiaires voulus (CDC : règle du conduit, par. 104(20) L.I.R.).	OUI , par versement du CDC aux détenteurs d'actions voulus (actions ordinaires ou privilégiées).
3. Fractionnement de plus-value (multiplication de la DGC)	OUI , si la fiducie détient des actions ordinaires (attribution du gain en capital imposable : règle du conduit, par. 104(21) et 104(21.2) L.I.R.).	OUI , par la détention d'actions ordinaires par le ou les détenteurs.
4. Répartition de la plus-value	OUI , et choix du pourcentage de répartition peut attendre 21 ans ou plus.	OUI , mais le choix du pourcentage de répartition doit être déterminé immédiatement.
5. Protection d'actif	OUI , grâce au patrimoine autonome et distinct qu'est la fiducie.	NON , les actions faisant partie du patrimoine personnel des détenteurs.

⁶² L. MARTEL et J. LEBREUX, *loc. cit.*, note 54, 5:4-10.

6. Coût de mise en place	OUI , pour la préparation d'un acte de fiducie et des inscriptions appropriées au registre des droits personnels et réels mobiliers.	NON , si les actions déjà prévues dans les statuts de constitution (sinon frais de statuts de modification).
7. Coût annuel	OUI , pour états financiers et déclaration de revenus (T3); frais et honoraires des fiduciaires.	NON , la compagnie et ses actionnaires étant déjà des contribuables devant produire leur déclaration de revenus.
8. Purification continue	OUI , en prévoyant une compagnie de gestion comme bénéficiaire.	OUI , en faisant détenir des actions (privilégiées) par une compagnie de gestion.
9. Dégel	OUI , en prévoyant que l'auteur du gel sera bénéficiaire (dégel « rétroactif » possible).	NON , si les actions ordinaires sont détenues par d'autres personnes (le dégel « non rétroactif » reste possible, avec le consentement des bénéficiaires du gel).
10. Intervention de tiers	OUI , présence d'au moins un cofiduciaire non bénéficiaire requise.	NON , seules les personnes voulues deviennent actionnaires.
11. Contrôle par l'auteur de la planification	OUI , vote prépondérant possible si égalité entre deux fiduciaires; vote de la majorité, dont l'auteur du gel, si plus de deux fiduciaires.	OUI , par actions de contrôle, convention entre actionnaires ou convention unanime d'actionnaires.
12. Droit aux états financiers de la compagnie	OUI , pour la fiducie. NON , pour ses bénéficiaires (lesquels devront se contenter du bilan de la fiducie).	OUI , pour chaque détenteur d'actions (privilégiées ou ordinaires).
13. Droit aux livres et aux registres (à caractère public) de la compagnie	OUI , pour la fiducie. NON , pour ses bénéficiaires.	OUI , pour chaque détenteur d'actions (privilégiées ou ordinaires).

<p>14. Recours pour oppression</p>	<p>OUI, pour la fiducie qui subit un « préjudice injuste » qu'elle veut faire réparer.</p> <p>OUI, pour les bénéficiaires, si une société fédérale est concernée.</p> <p>NON, pour les bénéficiaires, si une compagnie du Québec est concernée (du moins jusqu'à ce que la <i>Loi sur les compagnies</i> du Québec soit modifiée).</p>	<p>OUI, pour chaque détenteur d'actions qui démontre un « préjudice injuste » à réparer, si une société fédérale (et aussi si une compagnie du Québec lorsque la <i>Loi sur les compagnies</i> sera modifiée prochainement).</p>
<p>15. Droit de ne pas nommer un vérificateur pour les états financiers de la compagnie</p>	<p>OUI, pour la fiducie.</p> <p>NON, pour ses bénéficiaires.</p>	<p>OUI, pour chaque détenteur d'actions (privilégiées ou ordinaires).</p>
<p>16. Droit de <i>veto</i> sur certaines décisions de la compagnie</p>	<p>OUI, pour la fiducie, chaque fois que ses droits d'actionnaire sont touchés, selon le pourcentage de votes prévu.</p> <p>NON, pour ses bénéficiaires.</p>	<p>OUI, pour chaque détenteur d'actions avec droit de vote dont les droits sont touchés, selon le pourcentage des votes prévu.</p> <p>NON, pour chaque détenteur d'actions sans droit de vote (sauf en certaines circonstances, dont le vote par catégorie et lorsque ses actions sont visées par le changement recherché).</p>
<p>17. Intérêts réputés à l'auteur s'il promet qu'une « personne désignée » devienne un « actionnaire déterminé » (par. 74.4(2) L.I.R.)</p>	<p>OUI, pour toute période où la compagnie n'est pas une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE ») (à moins qu'il n'y ait aucun « transfert » à celle-ci par l'auteur).</p>	<p>OUI, pour toute période où la compagnie n'est pas une SEPE (à moins qu'il n'y ait aucun « transfert » à celle-ci par l'auteur).</p>

5. CUMUL DES DEUX TECHNIQUES

Y a-t-il des circonstances où il est avantageux d'utiliser à la fois la fiducie discrétionnaire et les actions à dividendes discrétionnaires? Certainement. En voici quelques exemples.

Dans le cas où l'auteur de la planification envisage de permettre aux bénéficiaires de sa fiducie familiale discrétionnaire à qui des actions de la compagnie familiale seront remises de bénéficié de dividendes discrétionnaires entre eux, il serait avantageux de prévoir dès le départ que la fiducie souscrive à plusieurs catégories d'actions à dividendes discrétionnaires plutôt qu'à une seule catégorie d'actions ordinaires. Par exemple, s'il est prévu que les actions détenues par la fiducie seront éventuellement réparties entre 3 bénéficiaires, en parts égales, la fiducie pourrait immédiatement souscrire à 60 actions ordinaires de 3 catégories distinctes (soit des « O-1 », « O-2 » et « O-3 »), pour 1 \$ par action. Cela requerra que la fiducie investisse 180 \$ dans la compagnie. Chacun des bénéficiaires se verra attribuer les actions ordinaires d'une des catégories détenues par la fiducie⁶³.

Jusqu'au jour de la liquidation de la fiducie discrétionnaire, ce genre de planification ne changera en rien la participation de la fiducie discrétionnaire dans la compagnie familiale, puisque la fiducie détiendra 100 des actions avec droit de participation, même s'il s'agit d'actions de plusieurs catégories.

Une autre situation où il serait avantageux de marier actions à dividendes discrétionnaires et fiducies discrétionnaires serait celle d'une compagnie ayant plus d'un actionnaire, désireux de procéder à un gel de succession.

Pensons à une compagnie familiale appartenant à deux sœurs qui toutes deux aimeraient geler leur participation au bénéfice de leurs enfants respectifs. Les nouvelles actions avec droit de participation, après le gel, pourraient alors être souscrites par la fiducie familiale discrétionnaire constituée pour chacune des familles des deux sœurs. Le nombre de catégories d'actions ordinaires à dividendes discrétionnaires à prévoir

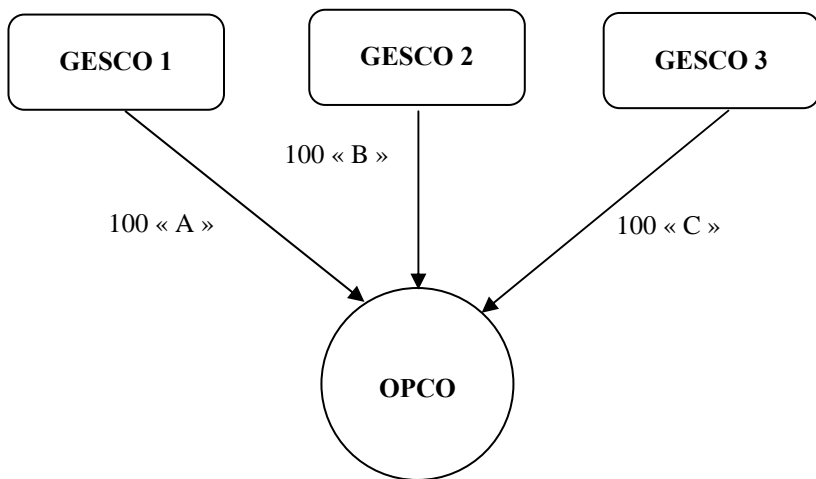
⁶³ Pourquoi 60 actions par catégorie plutôt que 100 ou tout autre nombre? Parce que le nombre 60 se divise bien par 2, par 3, par 4, par 5, et même par 6, ce qui facilitera les transactions futures entre les détenteurs d'actions. Par contre, sitôt que plus d'un détenteur possédera des actions dans une catégorie commune, la discrétion entre eux ne sera pas possible quant à cette catégorie. Heureusement, il leur reste encore les actions de leur catégorie distincte respective pour cette discrétion.

dépendra des objectifs fixés par les sœurs. Souhaitent-elles uniquement une répartition discrétionnaire entre leurs deux familles? Alors, deux catégories d'actions à dividendes discrétionnaires devraient suffire. Ou veulent-elles immédiatement prévoir la possibilité d'une répartition discrétionnaire entre chacun des bénéficiaires éventuels de leur fiducie familiale respective? Alors, autant de catégories d'actions à dividendes discrétionnaires qu'il y aura de bénéficiaires à qui l'on voudra les attribuer pourront être souscrites par chacune des fiducies familiales.

6. SCHÉMAS DE PLANIFICATIONS POSSIBLES

Vous trouverez ci-après plusieurs schémas résumant des planifications fiscales utilisant les actions à dividendes discrétionnaires, les fiducies discrétionnaires, ou les deux.

6.1. COMPAGNIES RATTACHÉES⁶⁴



- Les « A », « B » et « C » comportent droit de vote et droit de participation et sont à dividendes discrétionnaires.
- GESCO 1, GESCO 2 et GESCO 3 ne sont pas liées.

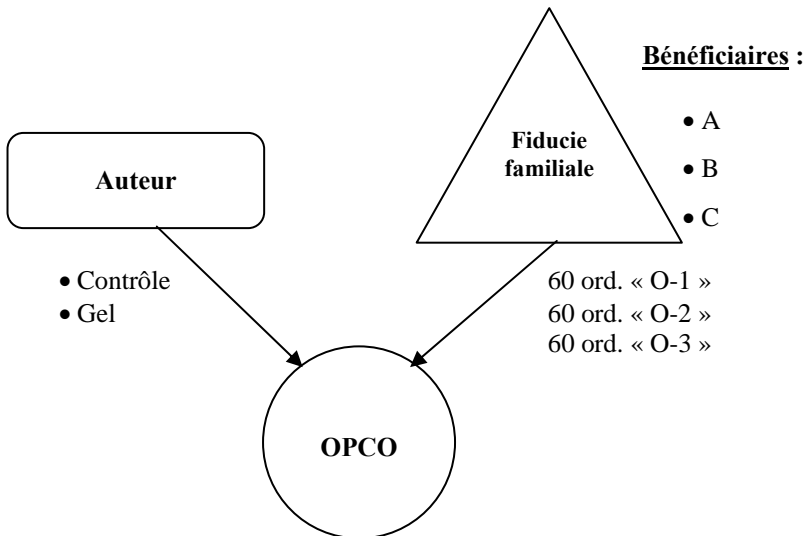
⁶⁴ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 49, question 2.1, 50:27-28. Voir l'exemple présenté à la section 2.4. ci-dessus.

- GESCO 1, GESCO 2 et GESCO 3 sont-elles respectivement « rattachées » à OPCO?
- Pour être rattachée, chacune de GESCO 1, GESCO 2 et GESCO 3 doit détenir plus de 10 %, en vote et en valeur, des actions d’OPCO.

Réponse de l’ARC : les compagnies sont rattachées.

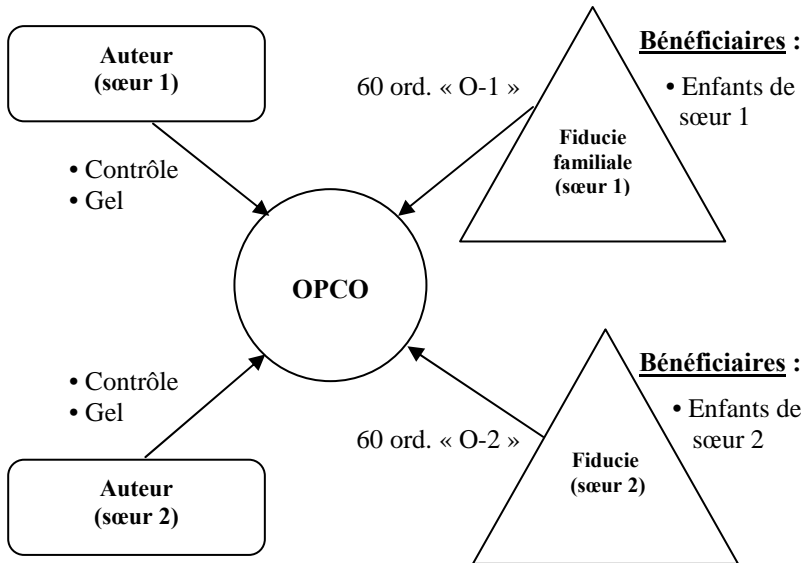
- Plus de 10 % des votes (chacune a 33 1/3 % des votes).
- Plus de 10 % de la JVM, car :
 - bien que le versement d’un dividende discrétionnaire par OPCO influencerait sur la JVM des actions émises de son capital-actions,
 - cela ne viendrait pas modifier la proportion de la JVM des actions du capital-actions d’OPCO détenues par chacune des trois GESCO, à un moment donné,
 - puisque chaque actionnaire détiendrait une catégorie d’actions parmi trois catégories d’actions ayant des droits identiques du point de vue d’un acheteur potentiel.

6.2. UTILISATION MIXTE (1)



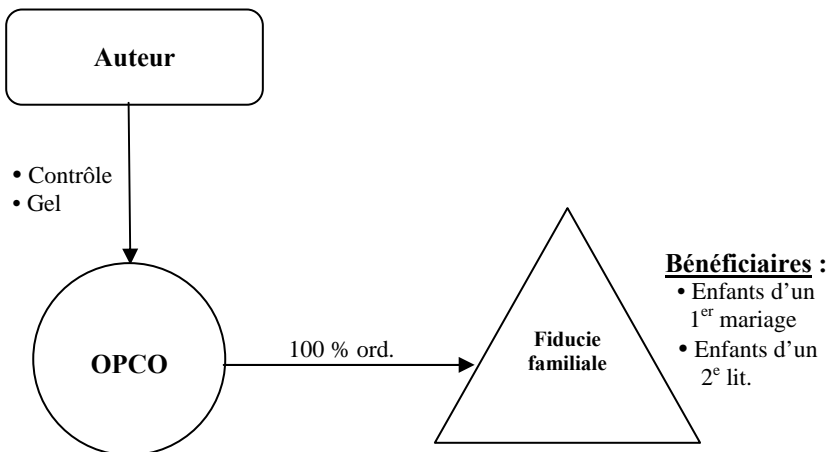
- L'auteur souhaite que les bénéficiaires A, B et C soient à dividendes discrétionnaires lors de la liquidation de la fiducie familiale.

6.3. UTILISATION MIXTE (2)



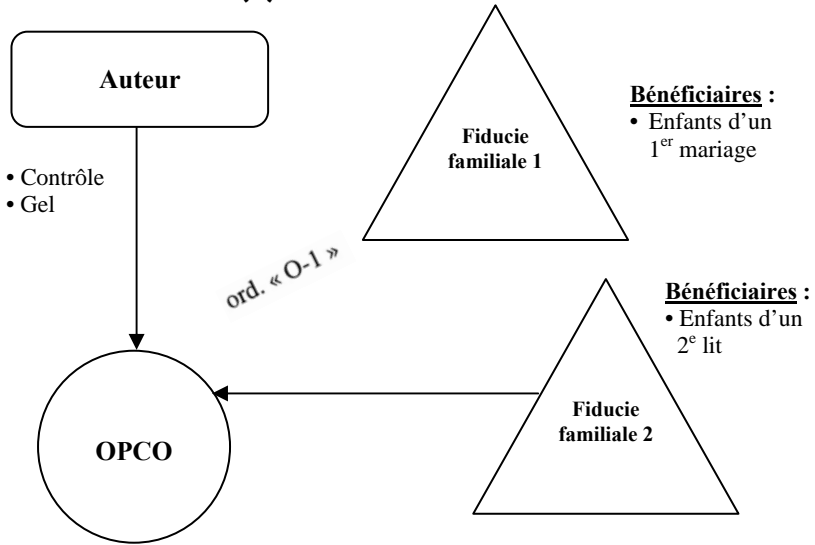
- Les sœurs souhaitent que leur famille respective soit à dividendes discrétionnaires.

6.4. REMARIAGE (1)

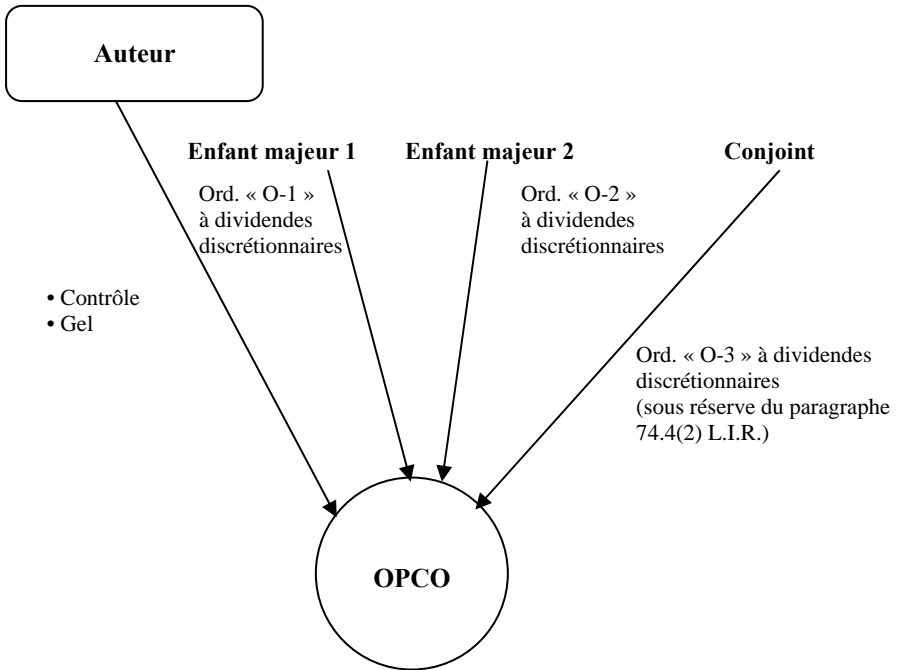


- L'auteur souhaite avoir une discrétion entre les enfants d'un premier et d'un second mariage.

6.5. REMARIAGE (2)

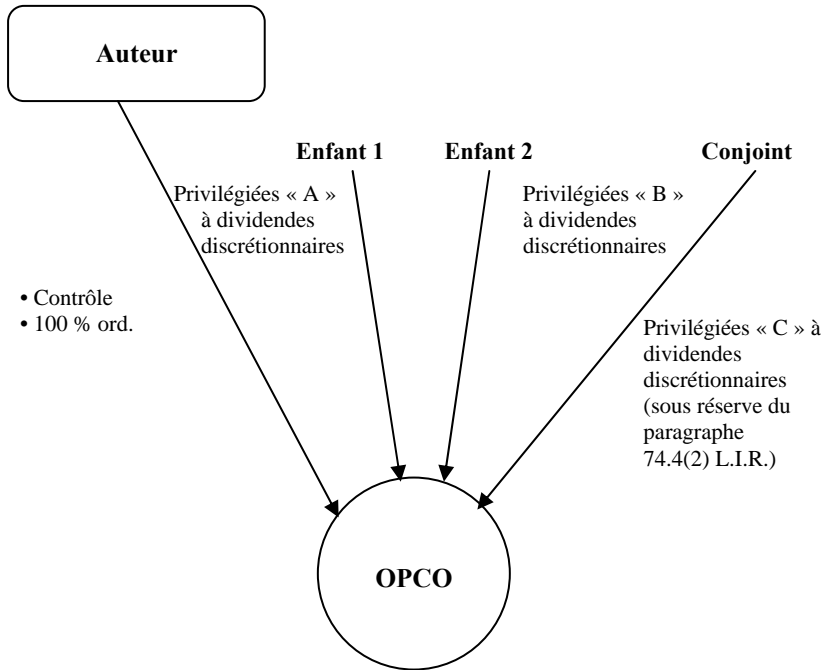


- L'auteur souhaite avoir une discrétion à la fois entre ses enfants du premier mariage et du second, et entre les enfants de chaque mariage.

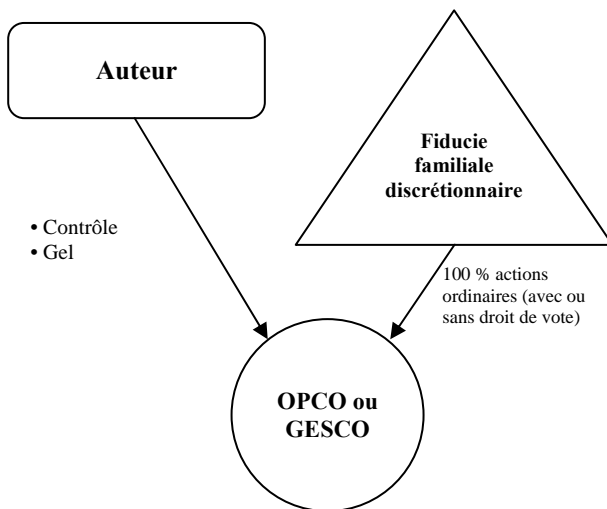
6.6. FRACTIONNEMENT DIRECT, AVEC GEL⁶⁵

⁶⁵ Exemple tiré de É. BRASSARD, M. BUSSIÈRES et M. GOULET, *loc. cit.*, note 6, 50:34.

6.7. FRACTIONNEMENT DIRECT, SANS GEL



6.8. FRACTIONNEMENT INDIRECT, AVEC GEL



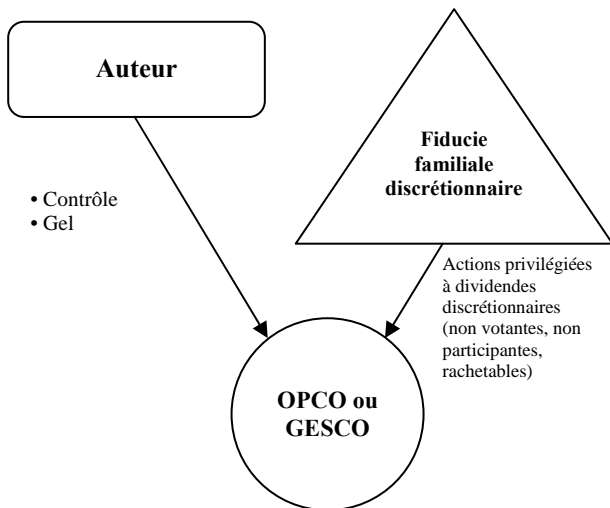
Fiduciaires :

- auteur
- tiers non bénéficiaire

Bénéficiaires :

- auteur
- enfants et petits-enfants majeurs
- enfants et petits-enfants mineurs et conjoint (sous réserve du paragraphe 74.4(2) L.I.R.)
- autres fiducies spécifiées
- autres compagnies spécifiées

6.9. FRACTIONNEMENT INDIRECT, SANS GEL



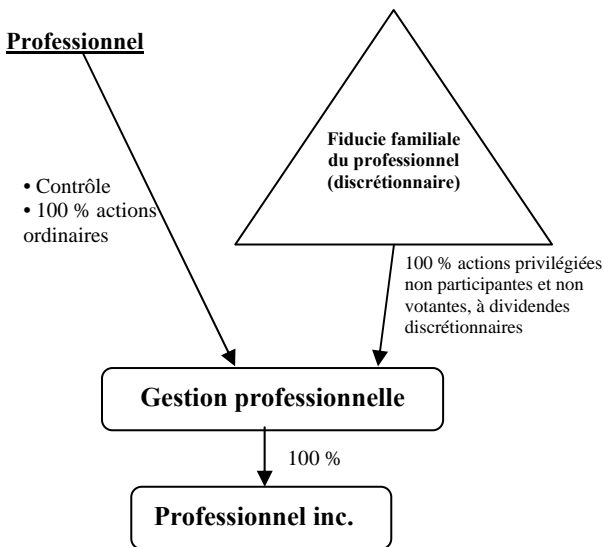
Fiduciaires :

- auteur
- tiers non bénéficiaire

Bénéficiaires :

- enfants et petits-enfants majeurs
- enfants et petits-enfants mineurs et conjoint (sous réserve du paragraphe 74.4(2) L.I.R.)
- autres fiducies spécifiées
- autres compagnies spécifiées

6.10. PROFESSIONNEL, COMPAGNIE DE SERVICES DU PROFESSIONNEL ET SOCIÉTÉ DE GESTION COMME SOCIÉTÉ MÈRE (SANS GEL)⁶⁶



Fiduciaires :

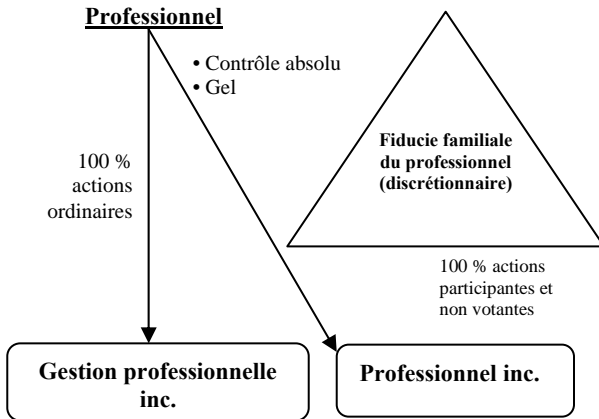
- professionnel
- tiers selon le règlement de l'ordre professionnel

Bénéficiaires :

- professionnel
- enfants et petits-enfants majeurs
- enfants et petits-enfants mineurs et conjoint (sous réserve du paragraphe 74.4(2) L.I.R.)

⁶⁶ Id., 50:35.

6.11. PROFESSIONNEL, SA COMPAGNIE DE SERVICES PROFESSIONNELS ET SOCIÉTÉ DE GESTION EN TANT QUE BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE (GEL RÉVERSIBLE)⁶⁷



Fiduciaires :

- professionnel
- tiers selon le règlement de l'ordre professionnel

Bénéficiaires :

- professionnel
- enfants et petits-enfants majeurs
- enfants et petits-enfants mineurs et conjoint (sous réserve du paragraphe 74.4(2) L.I.R.)
- gestion professionnelle inc.

⁶⁷ *Id.*, 50:36.

6.12. PROFESSIONNEL, SA COMPAGNIE DE SERVICES PROFESSIONNELS ET SOCIÉTÉ DE GESTION ELLE-MÊME DÉTENUE PAR UNE FIDUCIE (CAS D'APPLICATION DU PARAGRAPHE 74.4(2) L.I.R.) (AVEC GEL RÉVERSIBLE)⁶⁸

Fiduciaires :

- professionnel
- tiers non bénéficiaire

Bénéficiaires :

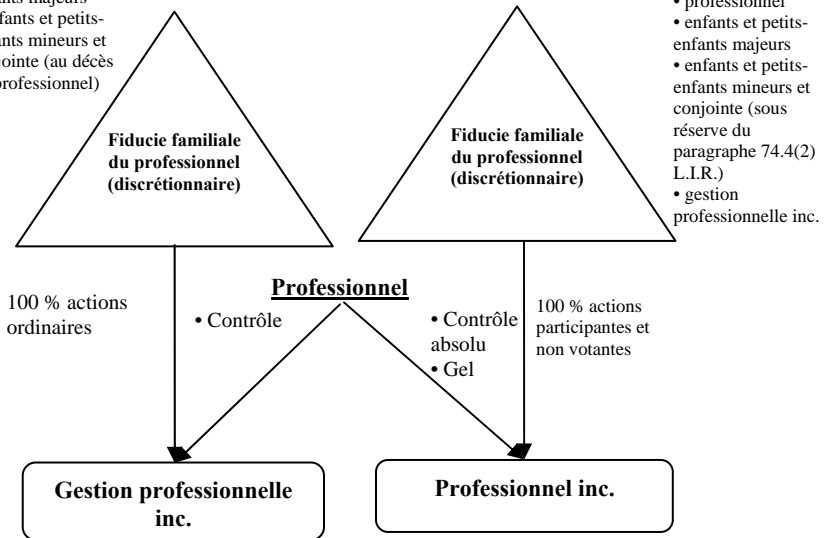
- professionnel
- enfants et petits-enfants majeurs
- enfants et petits-enfants mineurs et conjointe (au décès du professionnel)

Fiduciaires :

- professionnel
- tiers selon le règlement de l'ordre professionnel

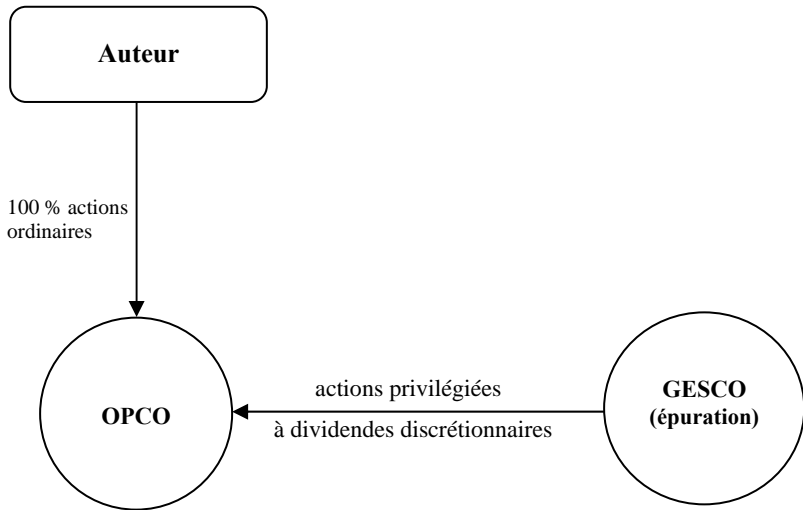
Bénéficiaires :

- professionnel
- enfants et petits-enfants majeurs
- enfants et petits-enfants mineurs et conjointe (sous réserve du paragraphe 74.4(2) L.I.R.)
- gestion professionnelle inc.

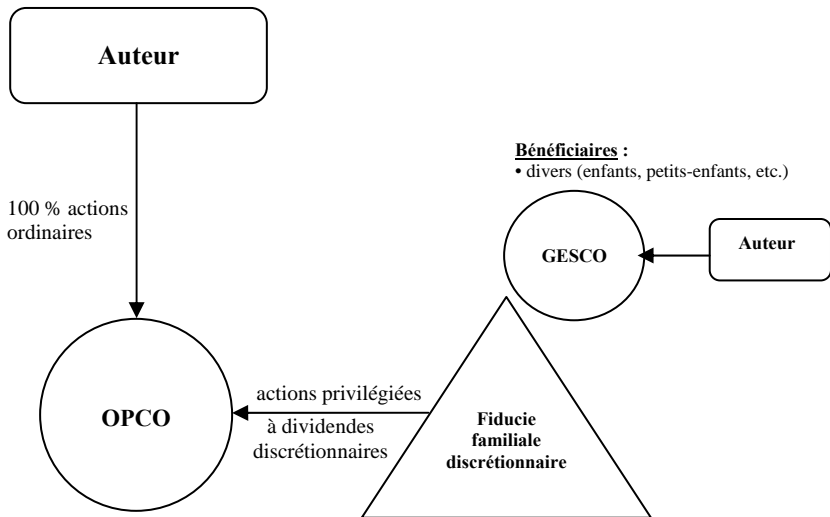


⁶⁸ *Id.*, 50:37.

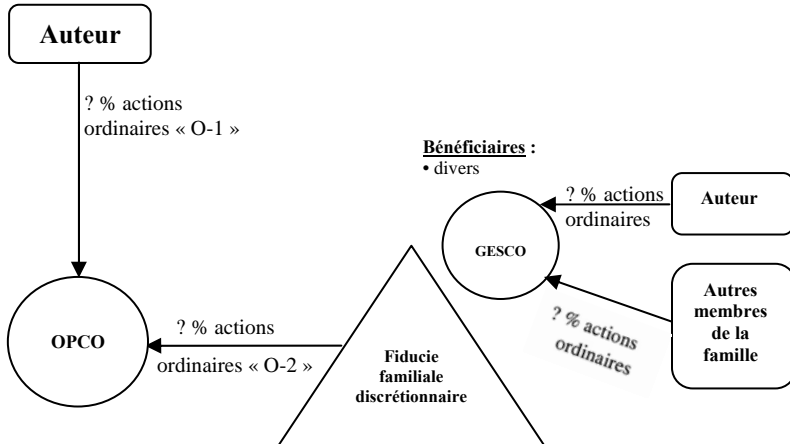
6.13. PURIFICATION CONTINUE DIRECTE – CONSERVATION DES ACTIONS ORDINAIRES PAR PARTICULIER



6.14. PURIFICATION CONTINUE INDIRECTE – SANS GEL



6.15. PURIFICATION CONTINUE – AVEC GEL (TOTAL OU PARTIEL)



CONCLUSION

Il demeure que l'utilisation de la fiducie discrétionnaire sera toujours de mise en réponse à l'une des trois incertitudes lors de la mise sur pied d'une planification successorale, soit :

- incertitude quant aux bénéficiaires ultimes;
- incertitude quant au partage des biens entre les bénéficiaires;
- incertitude quant à la finalité de la transmission.

Par ailleurs, si la seule préoccupation de l'auteur de la planification est de fractionner des dividendes avec d'autres membres de sa famille, sans nécessairement souhaiter un fractionnement de la plus-value, de simples actions privilégiées à dividendes discrétionnaires suffiraient à la tâche. Une telle planification pourrait satisfaire de nombreux professionnels de la santé qui s'incorporent et qui veulent partager leurs excédents de bénéfices avec certains membres de leur famille ou d'autres personnes auxquelles ils veulent venir en aide, sans pour autant partager la plus-value de leur compagnie de services professionnels ou de leur compagnie de gestion.

Par contre, si l'intention est aussi de partager cette plus-value future avec d'autres personnes, des actions ordinaires à dividendes discrétionnaires seront à envisager. Ces actions ordinaires pourront être souscrites directement par les bénéficiaires du gel s'ils sont déjà identifiés, ou encore par une fiducie discrétionnaire, si ce choix reste à déterminer au cours des prochaines années⁶⁹.

La fiducie discrétionnaire permet également d'éviter que les bénéficiaires d'un gel n'aient immédiatement des droits d'actionnaires (états financiers, vérificateur, registres, *veto*). Il est moins certain cependant que cette détention « indirecte » de la part des bénéficiaires ne les prive de leur recours pour oppression, le cas échéant.

⁶⁹ En n'oubliant pas la règle des 21 ans.

ANNEXE A⁷⁰

« 5. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA FIDUCIE ENTRE VIFS

Quels avantages l'auteur d'une transmission d'entreprise escompte-t-il retirer de la constitution et de l'utilisation d'une fiducie entre vifs?

5.1. LES INCONVÉNIENTS

5.1.1. Exercice financier

Contrairement à la fiducie testamentaire, la fiducie entre vifs doit nécessairement utiliser l'année civile comme exercice financier aux fins du calcul de son revenu.

5.1.2. Taux d'imposition

Une fiducie entre vifs paie un taux uniforme d'impôts équivalant au taux maximum des particuliers. Par contre, une fiducie testamentaire paie des impôts aux taux progressifs qui s'appliquent aux particuliers.

5.1.3. Sources de revenus

Tous les revenus versés à une fiducie entre vifs, de quelque source soient-ils, deviennent du revenu tiré de biens lorsqu'ils sont attribués aux bénéficiaires de la fiducie, à moins que la source de revenus ne jouisse d'une "règle du conduit" en vertu de laquelle la nature du revenu reçu par la fiducie est préservée lorsque ce revenu est versé à un bénéficiaire.

Les principales règles du conduit sont les suivantes :

- *les dividendes* – un dividende imposable qu'une fiducie reçoit au cours d'une année d'imposition sur une action d'une compagnie canadienne imposable et qu'elle attribue à un bénéficiaire est réputé ne pas avoir été reçu par la fiducie et constituer un dividende imposable sur l'action reçue de la compagnie par le bénéficiaire;
- *les dividendes en capital* – un dividende non imposable qu'une fiducie reçoit au cours d'une année d'imposition doit être attribué, dans sa déclaration de revenus produite pour l'année, au bénéficiaire à qui ce dividende est devenu payable;

⁷⁰ L. MARTEL et J. LEBREUX, *loc. cit.*, note 54, 5:14-32.

- *gains en capital imposables* – les gains en capital imposables nets d'une fiducie que celle-ci attribue à un bénéficiaire dans sa déclaration de revenus pour une année d'imposition sont réputés être, pour ce bénéficiaire, un gain en capital imposable égal à un montant calculé selon une formule précise prévue par la loi.

C'est grâce à la règle du conduit afférente aux gains en capital imposables qu'il est possible pour une fiducie entre vifs de procéder à des attributions aux bénéficiaires, structurées de manière à maximiser l'utilisation des déductions pour gains en capital des bénéficiaires.

5.1.4. Entreprise exploitée en fiducie

Dans le cas où une entreprise est exploitée par l'intermédiaire d'une fiducie, plutôt que d'une compagnie, seule cette fiducie peut prendre avantage des pertes subies par l'exploitation de l'entreprise; les pertes réalisées par une fiducie ne peuvent être attribuées aux bénéficiaires de celle-ci; elles doivent être consommées par la fiducie elle-même. Les pertes sont donc captives de la fiducie jusqu'à ce que celle-ci puisse réaliser des revenus lui permettant de les absorber. D'où d'ailleurs l'ajout dans la loi de mesures permettant à une fiducie de demeurer imposable sur un revenu qu'elle a attribué à un bénéficiaire, de sorte que le bénéficiaire reçoive un chèque pour le montant des revenus qui lui sont attribués alors que la fiducie conserve ce revenu aux fins de sa déclaration de revenus, contre lequel revenu elle pourra appliquer toute perte accumulée.

5.1.5. Association de compagnies

Dans le cas où la fiducie détient des actions d'une compagnie exploitant une entreprise et que, d'autre part, un bénéficiaire de la fiducie détient lui-même le contrôle d'une autre compagnie exploitant une entreprise, il se pourrait que la compagnie que contrôle le bénéficiaire et la compagnie dans laquelle la fiducie détient des actions deviennent "associées" aux fins fiscales, avec, entre autres, pour conséquence que ces deux compagnies devront se partager un seul plafond de 400 000 \$ admissible au taux réduit d'imposition pour les revenus d'entreprises exploitées activement au Canada par ces compagnies.

Le même problème d'association de compagnies pourrait également se produire entre une compagnie dont la fiducie détient des actions et toute compagnie contrôlée par le fiduciaire unique de la fiducie.

5.1.6. Kiddie tax

Tout dividende qu'une fiducie entre vifs voudra attribuer à un bénéficiaire mineur sera imposable au taux marginal maximum des particuliers dès le premier dollar. Cette mesure a été adoptée par le législateur pour contrecarrer le fractionnement de revenus avec les enfants de moins de 18 ans.

Notons que certaines sources de revenus peuvent encore échapper à la *kiddie tax*, tels le revenu d'entreprise, le revenu d'intérêts, le revenu d'emploi, les

dividendes en capital, le revenu de dividendes provenant d'actions cotées à une Bourse, le gain en capital imposable, etc.

5.1.7. Règle des 21 ans

Afin d'éviter que l'imposition de certains biens ne soit différée indéfiniment par le biais d'une fiducie, il y a des règles de disposition périodique visant les biens susceptibles d'une plus-value, tels les immobilisations, les fonds de terre en inventaire et les biens amortissables d'une catégorie prescrite.

Toute inclusion de revenus dans la fiducie découlant de l'application des règles de disposition présumées sera habituellement imposée au niveau de la fiducie.

La période visée par la loi est de 21 ans, de sorte que tous les 21 ans la fiducie est obligée de constater les gains en capital cumulés et de payer l'impôt correspondant sur ces gains. Il est possible d'étaler le paiement de cet impôt sur une période de 10 ans (avec intérêts).

Pour éviter l'imposition, la fiducie pourrait se liquider et "rouler" les biens qu'elle détient à ses bénéficiaires. L'imposition serait alors retardée jusqu'à ce que ces bénéficiaires disposent eux-mêmes de ces biens.

5.2. LES AVANTAGES

La fiducie entre vifs est devenue un outil fréquemment utilisé dans le cadre de l'élaboration d'une planification successorale, et tout particulièrement à la technique du gel de succession. Son utilité est cependant beaucoup plus marquée pour la transmission d'une entreprise incorporée que pour celle qui ne l'est pas.

Nous retiendrons aux fins du présent texte les principaux avantages découlant de l'usage d'une fiducie familiale entre vifs.

5.2.1. Report de l'impôt

Bernard est propriétaire d'une entreprise rentable dont la JVM est actuellement évaluée à 5 M\$. Il aimerait que la plus-value future de son entreprise profite aux autres membres de sa famille. Il n'a pas encore identifié officiellement lequel ou lesquels membres de sa famille constitueraient sa relève.

En permettant à une fiducie familiale discrétionnaire de souscrire aux nouvelles actions avec droit de participation émises après qu'il eut échangé les siennes contre des actions privilégiées rachetables à sa demande pour un prix de 5 M\$, il se met en position de reporter d'une génération l'impôt sur cette plus-value future qui s'accumulera à compter du jour du gel jusqu'au jour de son décès.

Si, lors du décès de Bernard, les nouvelles actions ordinaires détenues par la fiducie ont une valeur de 2 M\$, voilà un montant que Bernard n'aura pas à

transmettre à ses descendants par testament, puisque cette valeur appartiendra déjà à ses descendants qui seront les bénéficiaires de la fiducie familiale. Bernard aura ainsi reporté un impôt d'environ 500 000 \$, soit l'impôt que sa succession aurait eu à payer sur un gain en capital additionnel de 2 M\$.

Dans le cas où l'entreprise exploitée par Bernard serait une entreprise agricole, la question du report d'impôt ne serait pas aussi préoccupante étant donné les dispositions particulières applicables à l'agriculture.

En effet, contrairement aux entreprises autres qu'agricoles dont la disposition doit s'effectuer à la JVM entre personnes liées, l'entrepreneur qui exploite une entreprise agricole peut, de son vivant, transférer à son *enfant* des biens agricoles ou des actions d'une société agricole familiale sans conséquence fiscale. Aux fins d'un tel transfert à son enfant avec impôt reporté, sont assimilés à un *enfant* de l'agriculteur son petit-enfant, son arrière-petit-enfant ou une personne qui, avant d'atteindre l'âge de 19 ans, était entièrement à la charge du contribuable et dont le contribuable avait alors la garde et la surveillance en droit ou de fait.

De plus, l'ARC permet, à certaines conditions, qu'un agriculteur transfère des biens agricoles à une fiducie au profit exclusif d'un enfant mineur et qu'il puisse profiter des mêmes règles qu'un transfert direct à un enfant.

Pour plus de détails sur le transfert libre d'impôts entre générations de biens agricoles, voyez la section 6.1.1. ci-après.

5.2.2. Protection d'actifs

Une fiducie est un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant qui l'a créée, du ou des fiduciaires qui la gèrent et du ou des bénéficiaires pour qui la fiducie est créée.

Ainsi, en théorie, les créanciers du constituant, du ou des fiduciaires ou du ou des bénéficiaires ne pourront s'approprier les biens de la fiducie en règlement de leurs créances à l'encontre de ces derniers. Il est fait mention d'une protection "théorique" des biens détenus par la fiducie parce que, en pratique, plusieurs éléments peuvent faire en sorte que cette protection sera inefficace, sinon complètement ignorée.

Tout d'abord, il y aurait lieu de distinguer, pour l'auteur du gel ou du transfert, entre une fiducie de protection du futur et une fiducie de protection du présent. Puis, nous verrons la protection possible pour les autres bénéficiaires de la fiducie.

5.2.2.1. Fiducie de protection du futur

Par fiducie de protection du futur, il faut entendre une fiducie créée pour profiter de la croissance future des biens qu'elle détient. Prenons l'exemple de la fiducie familiale discrétionnaire créée pour souscrire aux nouvelles actions

avec droit de participation d'une compagnie, concurremment à l'échange par le détenteur des actions avec droit de participation déjà émises en actions sans droit de participation rachetables à la demande de ce détenteur pour un prix égal à la JVM de la compagnie à la date de cet échange. La fiducie ne participera alors qu'à la plus-value future de la compagnie. La valeur accrue jusqu'au jour du gel demeure la propriété de l'auteur du gel et peut donc être saisie par ses créanciers (à moins que l'auteur du gel ne cherche à la mettre à l'abri en la transférant à une "fiducie pour soi", c'est-à-dire une fiducie dont il sera l'unique bénéficiaire).

Dans le cas d'une fiducie familiale, la protection d'actifs est plus efficace, particulièrement si la fiducie comprend plusieurs bénéficiaires discrétionnaires. Dans une telle situation, quel intérêt aurait le créancier d'un bénéficiaire à tenter de saisir les droits de ce bénéficiaire dans la fiducie? Que pourrait-il en faire? Quelle valeur peut avoir un droit à une participation discrétionnaire dans une fiducie? Les opinions divergent quant à la valeur pouvant être attribuée à une telle participation discrétionnaire. Pour certains, elle n'a aucune valeur. Pour d'autres, il serait déraisonnable de conclure que la JVM de la participation discrétionnaire d'un bénéficiaire dans une fiducie n'a aucune valeur du simple fait qu'elle est difficile à mesurer. En l'absence de directives dans l'acte de fiducie permettant aux fiduciaires de favoriser un bénéficiaire par rapport aux autres, le principe de l'égalité suggérerait que la valeur de la participation de chacun des bénéficiaires dans la fiducie serait approximativement égale. Il va de soi que si les faits permettaient de conclure qu'un bénéficiaire a une moindre chance que les autres de recevoir une participation dans la fiducie, il pourrait être approprié d'escompter la valeur de la participation de ce bénéficiaire et d'augmenter celle des autres.

Remarquez que cette opinion de l'ARC quant à la valeur de la participation d'un bénéficiaire dans la fiducie était en réponse à la question de savoir si l'ajout d'un nouveau bénéficiaire dans une fiducie discrétionnaire entraînerait une disposition de la part des bénéficiaires existants de toute partie de leur participation dans la fiducie. Ce à quoi l'ARC a répondu par l'affirmative et a admis que la difficulté était d'établir la JVM de la participation de chacun des bénéficiaires dans la fiducie.

Le fisc, aux fins de cotisation, peut prétendre à une présumée disposition à la JVM d'une participation dans la fiducie.

Par contre, dans le contexte de la protection d'actifs contre les réclamations des créanciers des bénéficiaires (dont l'auteur du gel dans le cas d'une fiducie réversible), cette opinion de l'ARC ne sera pas d'un grand secours à ces créanciers, car même s'ils saisissaient la participation d'un bénéficiaire débiteur dans la fiducie, ils n'auraient aucun moyen d'exiger quoi que ce soit de la fiducie. Toute remise de revenu ou de capital à un bénéficiaire étant discrétionnaire, les fiduciaires n'auraient qu'à exercer leur discrétion de manière qu'aucun bien ou somme d'argent ne soit remis au bénéficiaire dont la participation est ainsi saisie.

De plus, habituellement, un acte de fiducie prévoit que tout bénéficiaire qui agit par ailleurs à titre de fiduciaire voit son rôle de fiduciaire suspendu advenant sa faillite, et ce, jusqu'à ce qu'il soit libéré de cette faillite.

5.2.2.2. Protection des biens présents

Dans le cas d'une fiducie à laquelle l'auteur transfère des biens lui appartenant, tels une résidence principale, des placements ou tous autres biens, la situation n'est pas la même. En premier lieu, l'auteur devra composer avec le fait que, mis à part quelques "fiducies spéciales", il n'y aura pas roulement des biens transférés à la fiducie. Il faudra donc pour l'auteur choisir judicieusement les biens qu'il veut transférer à une fiducie familiale. Une résidence principale est toujours un bien qui peut facilement être transféré à une fiducie, même si celle-ci ne permet pas le roulement à l'entrée dans la fiducie, étant donné que le gain en capital sur la disposition d'une résidence principale n'est pas imposé. Des biens dont le coût fiscal est égal à la JVM (des certificats de dépôt, des liquidités, des immobilisations fraîchement acquises) sont d'autres exemples de biens pouvant être transférés à une fiducie familiale. Sinon, l'auteur pourra toujours les "rouler" dans l'une ou l'autre des fiducies spéciales mentionnées ci-dessus.

Des auteurs soulignent ceci :

"[...] peu importe la structure mise en place par l'utilisation d'une fiducie de façon à protéger les actifs d'un contribuable, l'important est de s'assurer que le fonctionnement de cette fiducie soit fait en conformité avec les règles applicables et qu'il y ait clairement une distinction en matière comptable entre le patrimoine du bénéficiaire et le patrimoine de la fiducie. Trop souvent une confusion entre ces patrimoines existe et cette confusion permet aux créanciers du bénéficiaire, ou même du constituant, d'attaquer l'acte de fiducie non pas en regard de sa constitution, mais plutôt sur la base qu'il s'agirait d'une simulation ou d'un prête-nom en faveur du réel bénéficiaire. Dans le cas de résidence personnelle et d'autres biens à usage personnel, cette approche est souvent retenue par les autorités fiscales dans la mesure où les statuts de bénéficiaire et celui de fiducie sont souvent confondus."

Ces mêmes auteurs soulèvent que la fiducie n'offre pas une protection très efficace à l'égard des réclamations découlant du patrimoine familial ou des régimes matrimoniaux. Les tribunaux québécois mettent souvent les fiducies de côté, lorsqu'il s'agit de résidences familiales ou de régimes matrimoniaux, pour rechercher le réel lien économique entre l'élément d'actif et le conjoint et ramener la valeur de l'élément d'actif dans le patrimoine familial, soit en mettant de côté la fiducie sous divers raisonnements plus ou moins juridiques, soit en considérant que, lors de l'établissement d'une prestation compensatoire, l'enrichissement indu d'un conjoint par la présence d'une fiducie nécessite un réajustement "équitable".

Les biens qu'un particulier pourrait ainsi transférer à une fiducie seront-ils à l'abri des réclamations de ses créanciers actuels ou éventuels? Des textes

détaillés ont été écrits sur le sujet. Aux fins des présentes, soulignons brièvement les écueils que ces auteurs soulèvent.

5.2.2.2.1. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

Si l'auteur d'un transfert de biens à une fiducie cherche à soustraire ses biens de sa faillite prochaine, ce sera sans succès. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* permet au syndic du failli de faire annuler une disposition faite par le failli:

- jusqu'à un an avant la faillite (surtout lorsqu'il s'agit d'un transfert fait à titre gratuit);
- jusqu'à cinq ans avant la date de la faillite si le syndic peut prouver qu'en raison de la disposition, le disposant ne pouvait plus payer toutes ses dettes, ou encore que le disposant ne s'était pas défait de ses droits sur ses biens.

5.2.2.2.2. Action en inopposabilité

En vertu du *Code civil du Québec*, les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers.

Ainsi, si le débiteur agit en fraude des droits de ses créanciers en tentant de soustraire ses biens à l'exécution de ses obligations, ses créanciers peuvent exercer des recours, dont l'action en inopposabilité, sera réputé fait avec l'intention de frauder tout contrat à titre gratuit, même si le cocontractant ignorait ces faits, dès lors que le débiteur est insolvable ou le devient au moment où le contrat est conclu.

5.2.2.2.3. Législation pénale

Est un acte criminel, passible d'emprisonnement d'une durée plus ou moins longue (de 2 à 10 ans) selon l'importance de la valeur de l'objet de l'infraction, le fait de "frauder [...] toute personne [...] de quelques biens, argent ou valeur [...]". Est également coupable d'un acte criminel "quiconque, avec l'intention de frauder ses créanciers [...] fait don, transport, cession, vente, transfert [...] de ses biens".

Les conseillers en fiscalité ou tout consultant du contribuable ne doivent pas collaborer impunément avec ce dernier en vue de soustraire ses biens à ses créanciers, car est également une infraction criminelle le fait "d'encourager quelqu'un à commettre une infraction" et de "conseiller à une autre personne de participer à une infraction".

5.2.2.2.4. Législation fiscale

Lorsqu'un contribuable transfère des biens à une personne ayant un lien de dépendance avec lui, alors qu'il a des impôts à payer, le fisc peut réclamer du cessionnaire un montant égal au moins élevé du montant des impôts dus par le

contribuable au moment du transfert et de la JVM des biens ainsi transférés au cessionnaire (déduction faite cependant de toute contrepartie donnée par le cessionnaire pour les biens).

La personne qui effectue le transfert et la personne qui acquiert le bien sont solidairement responsables du paiement des sommes dont l'une et l'autre sont redevables en vertu des lois sur les impôts (la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur les impôts*) par suite de la disposition. Cette mesure de recouvrement entre les mains du cessionnaire est, comme le mentionne Michel Turcot, une arme particulièrement efficace et populaire chez les autorités fiscales en ce qui a trait au recouvrement des impôts. Les articles 160 L.I.R. et 1034 L.I. confèrent au fisc des pouvoirs importants compte tenu du fait que:

- il n'y a pas de délai de prescription quant à l'application de ces articles;
- la personne qui se voit imposer selon ces articles ne peut apporter une défense de diligence, ni remettre le bien qui a engendré son assujettissement;
- le fisc n'a pas à épuiser les autres recours avant de l'utiliser.

M^e Michel Turcot souligne que "les conditions habituelles de l'article 160 L.I.R. applicables à tous les particuliers, y compris les fiduciaires, doivent être présentes pour assujettir cette dernière, c'est-à-dire, se trouver en présence d'un transfert qui résulte en l'application des règles d'attribution ou qui a eu pour conséquence de diminuer le patrimoine du contribuable".

L'ARC considère que l'article 160 L.I.R. lui permettrait de réclamer à la fiducie les impôts liés à l'attribution qui résulterait du paragraphe 75(2) L.I.R., soit les règles de la fiducie avec droit de retour vues précédemment. Ce serait trop beau pour un contribuable de mettre à l'abri ses biens en les transférant dans une fiducie avec droit de retour, laquelle jouirait de tous les revenus générés par les biens transférés, alors que l'auteur du transfert resterait responsable de l'impôt sur ces revenus.

Également, l'article 160 L.I.R. donne à l'ARC le droit de réclamer auprès d'une fiducie qui serait cessionnaire d'un bien les impôts du cédant, si les éléments suivants sont présents:

- il y a eu transfert d'un bien à la fiducie pour une contrepartie moindre que la valeur marchande du bien;
- le cédant a un lien de dépendance avec la fiducie; et
- il y avait existence d'une dette fiscale du cédant pour l'année du transfert ou une année antérieure.

Si la fiducie a payé un montant au cédant pour l'acquisition du bien, elle ne pourrait être tenue responsable que pour la différence entre la valeur marchande

du bien acquis et le prix payé. Ainsi, si la fiducie acquiert un bien d'une valeur de 1 000 \$ pour une contrepartie de 500 \$, elle pourrait se voir réclamer 500 \$ en vertu de l'application de cette mesure.

M^e Michel Turcot rappelle que le recours de l'ARC contre la fiducie "n'emporterait pas une responsabilité personnelle pour le fiduciaire, mais seulement pour le patrimoine fiduciaire, puisqu'un fiduciaire n'assume pas la responsabilité personnelle envers les tiers lorsqu'il agit dans les limites de ses pouvoirs".

Étant donné que l'article 160 L.I.R. ne trouve application que lorsque le cédant a un lien de dépendance avec la fiducie, il devient important de déterminer si l'auteur du transfert d'un bien à une fiducie a un lien de dépendance avec cette dernière. Or, un contribuable et une fiducie sont réputés avoir entre eux un lien de dépendance dans le cas où le contribuable a un droit de bénéficiaire dans la fiducie. A un droit de bénéficiaire dans une fiducie toute personne qui a le droit – immédiat ou futur, conditionnel ou non ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne, etc. – à titre de bénéficiaire d'une fiducie de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie donné, soit directement de celle-ci, soit indirectement.

M^e Michel Turcot s'attarde longuement dans son texte sur le lien de dépendance entre une fiducie et divers intervenants.

5.2.2.3. Protection des bénéficiaires

C'est bien beau pour l'auteur d'un transfert de biens à une fiducie de chercher à protéger ses biens cédés à la fiducie contre les réclamations de ses créanciers, ou encore de protéger les biens détenus par une fiducie contre les créanciers des divers intervenants (constituant, fiduciaires et bénéficiaires) d'une fiducie pendant la période de détention des biens par la fiducie.

Mais qu'en est-il lorsque les biens de la fiducie sont remis à un bénéficiaire? Sont-ils alors insaisissables par les créanciers de ce dernier? Jusqu'à quel point cet objectif d'insaisissabilité est-il réalisable?

La saisissabilité des biens est la règle générale et l'insaisissabilité est l'exception.

Retenons qu'une clause d'insaisissabilité dans un acte de fiducie est sans effet, à moins que :

- l'acte en question ne soit fait à titre gratuit (ce qui est habituellement le cas de la fiducie familiale discrétionnaire qui est utilisée dans un contexte de gel de succession);
- la stipulation d'insaisissabilité ne soit temporaire ni justifiée par un intérêt sérieux et légitime.

Néanmoins, le bien demeure saisissable par un créancier postérieur à la donation, avec la permission d'un juge et pour la portion que ce dernier détermine.

En plus des biens expressément stipulés insaisissables, sont également insaisissables les provisions alimentaires adjugées en justice, de même que les sommes ou pensions données ou léguées à titre d'aliments, encore que le titre qui les a constituées ne les ait pas déclarées insaisissables; elles peuvent néanmoins être saisies pour dettes alimentaires.

Ainsi, un bien demeure saisissable par un créancier alimentaire, sans la permission du tribunal et sans égard même à la date de naissance de la créance alimentaire. Mais qu'entend-on par "dette alimentaire"?

Ce n'est pas parce qu'il est question d'aliments qu'il faut se limiter uniquement à des choses comestibles. Le mot "aliment" dans son sens juridique signifie les choses indispensables à la subsistance d'une personne. Ainsi, les dettes alimentaires sont "toutes celles qui ont été encourues pour assurer les besoins et la conservation de la vie : la nourriture; le logement; les vêtements; l'entretien; l'instruction; les frais de médecin, chirurgien, pharmacien, d'hôpital, de garde-malade; l'ameublement indispensable [p...]".

Chose primordiale, toute stipulation d'insaisissabilité n'est opposable aux tiers que si elle est publiée au registre approprié. Le registre approprié est :

- pour un bien meuble : le Registre des droits personnels et réels mobiliers (ci-après "RDPRM");
- pour un immeuble : le Registre foncier de la circonscription foncière où est situé l'immeuble en question.

Il est donc important, chaque fois qu'un acte de fiducie entre vifs est signé, de publier au RDPRM ou au Registre foncier l'existence de la clause d'insaisissabilité contenue à l'acte de fiducie.

L'inscription au RDPRM de la clause d'insaisissabilité se fait en faveur des bénéficiaires connus, en inscrivant leur nom et leur date de naissance. Si la fiducie prévoit, parmi la liste de ses bénéficiaires, les enfants et petits-enfants nés et à naître de l'auteur du gel, en plus d'une publication immédiate en faveur des bénéficiaires déjà nés, il ne faudra pas oublier de mettre à jour cette publication de temps à autre, chaque fois que naîtra un nouveau bénéficiaire.

5.2.3. Fractionnement des revenus

Une fiducie, qu'elle soit de type testamentaire ou de type entre vifs, est reconnue par les autorités fiscales comme étant un particulier qui fera sa propre déclaration de revenus en y déclarant annuellement ses propres revenus. En fonction de l'actif contenu dans la fiducie, il pourra y avoir du revenu de loyers, d'intérêts, d'entreprises, de dividendes, du gain en capital ou autres. Un élément fiscal très intéressant de la fiducie est la possibilité, sur décision des fiduciaires, que la fiducie attribue tout ou partie de ses revenus aux bénéficiaires du revenu, lesquels devront s'imposer sur les revenus attribués selon leur propre taux d'imposition.

Pour ce faire, le revenu doit être véritablement payé ou devenu payable aux bénéficiaires. Une résolution des fiduciaires devra faire état des revenus répartis aux bénéficiaires dans l'année d'imposition où ils ont été gagnés par la fiducie. Généralement, la répartition à l'un ou l'autre des bénéficiaires, en tout ou en partie, est une décision discrétionnaire des fiduciaires. Pour qu'il y ait attribution des revenus aux fins d'imposition entre les mains des bénéficiaires, les revenus doivent être réellement payés ou devenus payables. Les mots "payés" ou "payables" signifient :

- soit qu'un chèque ait été transmis aux bénéficiaires;
- soit qu'une dépense ait été engagée par les fiduciaires au profit des bénéficiaires;
- soit qu'un billet exigible à demande ait été émis en faveur des bénéficiaires, ce qui en résulte d'un droit acquis aux bénéficiaires.

Le tableau qui suit présente un exemple de fractionnement simple de dividendes déterminés ou ordinaires avec un seul enfant. L'économie d'impôt serait substantielle si plusieurs enfants étaient bénéficiaires.

[...]

5.2.4. Multiplication de la déduction pour gains en capital

Tel qu'il a été vu précédemment, une fiducie a la faculté d'attribuer tout ou partie de ses revenus aux bénéficiaires aux fins d'imposition. Ainsi, lorsque la fiducie réalise un gain de capital soit : à la vente de ses actions ou lors d'une disposition présumée en raison de la règle fiscale afférente au 21^e anniversaire de la fiducie, il est possible de fractionner le gain de capital sur plusieurs contribuables bénéficiaires.

Les fiduciaires exerceront leur discrétion quant à l'attribution du gain en capital imposable envers les bénéficiaires du revenu de la fiducie, et ce, qu'ils soient mineurs ou majeurs, grâce à la mise en place d'une fiducie familiale discrétionnaire. Pour ce faire, il faut d'abord que l'acte de fiducie y définisse au moins le gain de capital imposable comme étant un revenu pour la fiducie

puisque, du point de vue civil, tout gain de capital est considéré comme étant du capital pour la fiducie, selon l'article 909 C.c.Q. En lieu et place de cette définition, plusieurs actes de fiducie familiale contiennent une panoplie de pouvoirs qui permettent aux fiduciaires de déterminer du gain en capital imposable comme étant du revenu. Ainsi, l'imposition du gain de capital sera dirigée vers les bénéficiaires, lesquels déclareront ce même gain en capital imposable dans leurs déclarations de revenus et utiliseront leur propre exemption de 750 000 \$. Puisque le gain en capital imposable est attribué à titre de revenu, il devra, bien entendu, être payé ou rendu payable aux bénéficiaires au moyen d'un billet exigible à demande. Dans les faits, chacun des bénéficiaires aura droit de recevoir de la fiducie un bénéfice d'au moins 375 000 \$. Il existe une exception à cette obligation de rendre ce revenu payé ou payable, il s'agit de l'exercice par les fiduciaires du choix du bénéficiaire privilégié, ce choix n'est possible que pour les bénéficiaires handicapés. La seconde exception est relative à un type de fiducie appelée "fiducie au profit d'un mineur" dont les conditions strictes ont pour effet de permettre que les revenus, bien que non payés ni payables, soient imposés entre les mains du bénéficiaire qui serait mineur. »

ANNEXE B⁷¹

« 3. LES TROIS INCERTITUDES

[...]

3.1. INCERTITUDE QUANT AUX BÉNÉFICIAIRES

Lorsqu'un chef d'entreprise (ci-après "auteur de la transmission") envisage de passer le flambeau à d'autres personnes, il sera porté à d'abord favoriser les personnes les plus proches de lui, tels ses enfants ou encore ses employés-clés.

Le conjoint de l'auteur pourrait aussi être envisagé comme bénéficiaire de la transmission de son entreprise, mais à quoi cela servirait-il si le conjoint est à peu de chose près du même âge que l'auteur? En effet, lors d'une transmission d'entreprise, dans un contexte de planification successorale, l'auteur cherche à reporter des impôts, en permettant que, de son vivant, la croissance future de son entreprise s'accroisse sur la tête de ses enfants. Toute la plus-value ainsi accrue sur la tête des enfants n'aura plus à faire l'objet d'un legs testamentaire en leur faveur, tel que cela aurait été le cas s'il en avait gardé la propriété jusqu'à son décès, réduisant d'autant l'impôt à son décès sur cette valeur déjà transmise à l'autre génération avant son décès.

Lorsque l'auteur se sent prêt à procéder à la transmission de son entreprise, est-il déjà en mesure de bien identifier les bénéficiaires de cette transmission?

Si la transmission doit s'effectuer en faveur de ses enfants et/ou de certains employés-clés, l'auteur est-il certain que ceux en faveur de qui il envisage de transmettre son entreprise sont les seuls que cela pourrait intéresser?

L'auteur a-t-il des enfants plus jeunes qui n'ont pas encore terminé leurs études ou qui n'ont pas encore fait connaître leur intention de s'impliquer activement dans l'entreprise?

Si l'auteur envisage de permettre à un employé-clé d'être intégré à l'entreprise lors de la transmission, s'est-il assuré que cet employé-clé a les compétences et la personnalité requises pour mériter ce privilège? Avoir une personne à son emploi et avoir cette même personne comme partenaire d'affaires sont deux choses bien différentes. Y aurait-il d'autres employés, moins flamboyants, mais tout aussi talentueux, que l'entreprise gagnerait à intéresser?

Si les bénéficiaires de la transmission, qu'il s'agisse d'enfants ou d'employés-clés, ont été correctement identifiés et qu'on ne s'attend pas à ce qu'il y en ait d'autres à court ou moyen terme, il n'y a pas d'inconvénient à procéder à une

⁷¹ *Id.*, 5:4-10.

transmission permettant une participation directe de ces bénéficiaires dans l'entreprise.

Si, par contre, l'auteur a certaines hésitations quant au choix définitif du ou des bénéficiaires de la transmission, la fiducie entre vifs peut devenir l'outil idéal pour rassurer l'auteur. Il suffira de créer une fiducie pour détenir les nouvelles actions avec droit de participation de l'entreprise faisant l'objet de la transmission et de prévoir comme bénéficiaires de cette fiducie toutes les personnes susceptibles de pouvoir être intéressées à l'entreprise. L'auteur du gel se réservera habituellement, à titre de fiduciaire principal de la fiducie, la faculté d'élire le ou les bénéficiaires à qui les biens de la fiducie seront éventuellement remis. À défaut par l'auteur du gel d'exercer une telle faculté d'élire et si ce dernier veut éviter que cette discrétion ne soit exercée par le ou les autres fiduciaires de la fiducie, il sera bon que l'acte de fiducie établisse, par défaut, une formule quelconque de détermination du ou des bénéficiaires, choisis parmi la liste des bénéficiaires, qui auront droit de recevoir, lors de la liquidation de la fiducie, les biens détenus par celle-ci.

L'auteur de la transmission aura toute latitude pour déterminer, dans l'acte de fiducie, les critères que les fiduciaires devront retenir pour procéder à la distribution des biens en fiducie.

Veut-on prendre en considération la collaboration des bénéficiaires dans l'entreprise : Y sont-ils actifs à plein temps? À temps partiel? Montrent-ils un intérêt marqué pour l'entreprise? Lequel ou lesquels des bénéficiaires ont fait preuve d'un bon jugement dans les situations difficiles? Lequel ou lesquels possèdent les connaissances ou les aptitudes appropriées pour bien prendre en main la direction de l'entreprise?

Il est bien certain que si les critères de sélection sont trop subjectifs, les fiduciaires choisis par l'auteur devront être triés sur le volet et avoir toute la confiance de l'auteur pour leur discernement. Le travail des fiduciaires sera d'autant plus facilité qu'il sera possible d'intégrer des facteurs plus factuels de détermination des bénéficiaires dans l'acte de fiducie, tels l'âge des bénéficiaires, le fait qu'ils travaillent ou non pour l'entreprise, leur niveau de formation scolaire ou professionnelle, etc.

3.2. INCERTITUDE QUANT AU PARTAGE DES BIENS

Peut-être l'auteur de la transmission a-t-il réglé son problème de détermination des bénéficiaires de la transmission, mais il n'est pas dit qu'il est par ailleurs fixé quant au partage de la participation de ceux-ci dans l'entreprise.

L'auteur veut-il s'assurer qu'un bénéficiaire aura le contrôle de l'entreprise pour éviter tout conflit avec les autres bénéficiaires?

Inutile de s'encombrer d'une fiducie entre vifs, si les bénéficiaires sont bien identifiés, que sont également connus leurs capacités, connaissances, tempérament et autres qualités et défauts, et que l'auteur peut dès maintenant

fixer avec confiance le pourcentage de participation pour chacun des bénéficiaires identifiés. Il suffit alors de permettre à ces bénéficiaires de souscrire au nombre d'actions ou d'acquérir la participation nécessaire pour leur donner le pourcentage de participation établi par l'auteur.

Dans le cas contraire, s'il est trop tôt pour arrêter ce choix, la fiducie entre vifs sera de nouveau le véhicule de prédilection pour permettre d'amorcer dès maintenant la transmission de l'entreprise, tout en remettant à plus tard la détermination de la participation de chacun dans celle-ci.

Lorsque le *leader* naturel parmi les bénéficiaires se sera fait connaître et que son *leadership* aura été reconnu par les autres, il sera plus facile de procéder à un partage des actions détenues en fiducie, qui sera à la satisfaction de tous et ne créera pas de conflits entre les bénéficiaires parmi lesquels les actions seront réparties.

Ici encore, l'acte de fiducie devra tenter d'établir les critères sur lesquels les fiduciaires devront se baser pour effectuer le partage des actions détenues par la fiducie entre les bénéficiaires.

3.3. INCERTITUDE QUANT À LA FINALITÉ DE LA TRANSMISSION

L'auteur est-il bien certain qu'il est prêt à procéder à la transmission de son entreprise? Changerait-il d'idée s'il apprenait que le ou les bénéficiaires pressentis pour tirer avantage de cette transmission ne se montrent pas à la hauteur des attentes de l'auteur? L'attitude des bénéficiaires prive-t-elle l'auteur de tout plaisir de faire fructifier en leur faveur la plus-value de l'entreprise faisant l'objet de la transmission?

L'état de fortune de l'auteur s'est-il détérioré à un point tel qu'il veuille de nouveau participer à l'essor de l'entreprise? La situation matrimoniale de l'auteur a-t-elle changé? Un divorce et un partage de ses avoirs ou un remariage et de nouvelles obligations nécessitent-ils le besoin d'un renouvellement de son enrichissement?

De nouvelles dispositions législatives remettent-elles en question la transmission, qu'elle soit totale ou partielle, de l'entreprise aux bénéficiaires?

Quelles que soient la ou les raisons pouvant amener l'auteur à regretter ou à repenser à la finalité de la transmission de son entreprise, la fiducie entre vifs peut de nouveau être la solution à ce problème.

Il suffirait, dans la création de la fiducie, d'ajouter l'auteur parmi la liste des bénéficiaires de celle-ci. Et si la distribution des biens de la fiducie est discrétionnaire, c'est-à-dire qu'elle est laissée à l'entière discrétion des fiduciaires, si besoin est, ceux-ci pourront décider de remettre tout ou partie des biens en fiducie à l'auteur plutôt qu'aux autres bénéficiaires et ainsi renverser la transmission, en totalité ou en partie.

Une telle fiducie discrétionnaire, aussi appelée “fiducie réversible”, permet le dégel successoral dans le cas d’une transmission d’entreprise familiale. Elle permet même un dégel rétroactif, c’est-à-dire qu’elle remet entre les mains de l’auteur toute la plus-value de l’entreprise, même celle accumulée pendant la durée de la fiducie. En effet, sous réserve de ce qui suit, les biens qui seraient remis à l’auteur lors de la liquidation de la fiducie lui seraient remis à un coût fiscal équivalant à celui de la fiducie pour ces biens lors de leur acquisition initiale par celle-ci, plutôt qu’à la juste valeur marchande (ci-après “JVM”) de ceux-ci à la date de liquidation de la fiducie. Autrement dit, il y a “roulement” des biens qui sont en fiducie entre les mains du bénéficiaire à qui ils sont remis et l’impôt sur la plus-value de ces biens est retardé jusqu’au jour où le bénéficiaire dispose de ceux-ci.

Ce roulement n’est cependant pas possible dans le cas d’une “fiducie avec droit de retour”, c’est-à-dire une fiducie dont les biens peuvent :

- soit revenir à la personne de qui ces biens ont été reçus par la fiducie;
- soit être transportés à des personnes devant être désignées par la personne de qui les biens ont été reçus par la fiducie, après la création de celle-ci;
- soit que, du vivant de cette personne, il ne puisse être disposé des biens qu’avec son consentement ou suivant ses instructions.

Si le roulement n’est pas permis, lorsque la fiducie prendra fin et que les actions détenues par elle seront distribuées aux bénéficiaires, la fiducie sera réputée avoir disposé de ces actions et avoir reçu un produit de disposition égal à la JVM des actions à ce moment. L’impôt sur la plus-value accrue sur les actions sera dès lors exigible dans la fiducie.

Les fiscalistes laissent facilement miroiter à l’auteur du gel la possibilité de renverser un gel de succession comme il est mentionné précédemment. Mais, du point de vue juridique, la mise en application d’un tel dégel n’est pas aussi évidente, particulièrement dans le cas où l’auteur du gel, en plus d’être bénéficiaire de la fiducie, en est également l’un des fiduciaires. Le fait pour l’auteur du gel d’être à la fois bénéficiaire et fiduciaire de la fiducie n’est pas sans entraîner des conséquences légales auxquelles l’auteur du gel doit se soumettre, comme il est plus amplement décrit ci-après. »

COFFRE D'OUTILS EN PLANIFICATION SUCCESSORALE



Martin Lord
Avocat, M. Fisc., TEP
Robinson Sheppard
Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats



Caroline Marion
Notaire, LL. M.,
DESS fisc., Pl. Fin.



François Morin
Avocat, associé
Borden Ladner
Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (MARTIN LORD, CAROLINE MARION ET FRANÇOIS MORIN)

Tableau comparatif : usufruit, substitution, fiducie 23:5

PARTIE B (MARTIN LORD)

La substitution : une fiducie fiscale sans fiduciaire indépendant

INTRODUCTION.....	23:26
1. CAS : CONJOINTS DE MÊME SEXE SANS ENFANT.....	23:26
2. LE PROBLÈME DU FIDUCIAIRE « INDÉPENDANT » AU QUÉBEC.....	23:27
3. LA FIDUCIE DE LA COMMON LAW SANS FIDUCIAIRE « INDÉPENDANT ».....	23:28

4.	LA SUBSTITUTION OFFRE UNE SOLUTION MAIS QU'EST-CE QUE C'EST?	23:29
5.	POURQUOI CHOISIR LA SUBSTITUTION AU LIEU DE LA FIDUCIE?	23:31
5.1.	AUCUN GESTIONNAIRE AUTRE QUE LE GREVÉ (LE CONJOINT)	23:32
5.2.	FIDUCIE FISCALE : LE GREVÉ EST FIDUCIAIRE ET BÉNÉFICIAIRE.....	23:32
5.3.	FIDUCIE TESTAMENTAIRE RÉPUTÉE ET AVANTAGES FISCAUX.....	23:33
5.4.	FIDUCIE RÉPUTÉE MAIS PAS AUX FINS DU <i>CODE CIVIL</i> <i>DU QUÉBEC</i>	23:34
6.	LA SUBSTITUTION : PATRIMOINE STATIQUE OU DYNAMIQUE	23:34
6.1.	SUBSTITUTION ORDINAIRE OU SUBSTITUTION DU RÉSIDU	23:34
6.2.	LE DISPOSANT PEUT ACCROÎTRE OU DIMINUER LA FLEXIBILITÉ	23:35
6.3.	REMPLOI AVEC OU SANS MODALITÉ DANS LE NOUVEAU RÉGIME.....	23:37
7.	CONTAMINATION DE LA FIDUCIE TESTAMENTAIRE : POURFENDRE LES MYTHES DE LA SUBSTITUTION EN DROIT FISCAL	23:39
7.1.	SUCCESSION DE LOUIS GREENBERG	23:40
7.2.	POSITIONS DE L'ARC	23:41
7.3.	DISPENSE GÉNÉRALE DE REMPLOI.....	23:43
7.4.	REMPLOI À LA DISCRÉTION DU GREVÉ	23:43
7.5.	RENONCIATION AU REVENU	23:46
7.6.	REVENU CONSERVÉ PAR LA SUBSTITUTION	23:47
7.7.	IMPÔTS SUR GAIN EN CAPITAL ET DES DÉPENSES EN CAPITAL	23:49
7.8.	VENTE OU ACHAT ENTRE PERSONNES LIÉES	23:50
8.	AUTRES ÉLÉMENTS	23:50
	CONCLUSION	23:51

PARTIE C (CAROLINE MARION)**Le droit d'usage de la résidence familiale de la famille reconstituée**

INTRODUCTION	23:53
1. LES FAITS	23:54
2. PLANIFICATION TESTAMENTAIRE PROPOSÉE	23:56
3. ARGUMENTS JURIDIQUES, LÉGAUX ET FISCAUX EN FAVEUR DE LA SOLUTION PROPOSÉE	23:57
CONCLUSION	23:63

PARTIE D (FRANÇOIS MORIN)**La résidence secondaire et la planification fiscale pour la conserver**

1. LEGS À UN DESCENDANT ET CONSÉQUENCES FISCALES	23:65
2. VENTE OU DON À UN DESCENDANT ET CONSÉQUENCES FISCALES	23:66
3. LA DÉTENTION EN INDIVISION À LA SUITE D'UN LEGS, D'UNE VENTE OU D'UN DON	23:66
4. PROBLÈMES DES RECOURS DES CRÉANCIERS ET EX-CONJOINTS DANS LE CAS DES LEGS, VENTES ET DON	23:67
5. TRANSFERT DU BIEN DANS UNE FIDUCIE FAMILIALE	23:68
6. IMPOSITION DU GAIN EN CAPITAL LORS DU TRANSFERT À UNE FIDUCIE	23:68
7. EXEMPTION DE GAIN EN CAPITAL POUR LA RÉSIDENCE PRINCIPALE PEU IMPORTE LE TYPE DE TRANSFERT	23:69
8. DURÉE MAXIMALE DES FIDUCIES	23:71
9. DISPOSITION PRÉSUMÉE DES BIENS EN FIDUCIE AU BÉNÉFICIE DU CONJOINT À SON DÉCÈS OU APRÈS 21 ANS POUR LES AUTRES FIDUCIES	23:72
9.1. PAIEMENT DES IMPÔTS PAR LA CAPITALISATION DE LA FIDUCIE	23:72
9.2. PAIEMENT DES IMPÔTS PAR L'ASSURANCE VIE DANS LA FIDUCIE	23:73

10.	DROIT D'USAGE OU D'HABITATION	23:73
11.	VENTE OU DON DE LA NUE-PROPRIÉTÉ AVEC UN DROIT D'USUFRUIT	23:74
12.	STIPULATION D'INALIÉNABILITÉ.....	23:75
13.	LE TRANSFERT DU BIEN À UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS	23:75
14.	LE TRANSFERT DU BIEN À UNE SOCIÉTÉ OU UN ORGANISME SANS BUT LUCRATIF	23:77
15.	SERVITUDES.....	23:78
	CONCLUSION	23:78

PARTIE A

Tableau comparatif : usufruit, substitution, fiducie*

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
	<p>X Donateur ou testateur</p> <p>A Usufruitier [usus] [fructus]</p> <p>B Nu-proprétaire [abusus]</p> <p>Libéralités immédiates et concurrentes</p>	<p>X Donateur ou testateur</p> <p>A Grevé</p> <p>B Appelé</p> <p>C Appelé</p> <p>Libéralités successives</p>	<p>Constituant</p> <p>Fiduciaire(s)</p> <p>Bénéficiaire(s)</p> <p>Libéralités successives</p>
1. CRÉATION	Contrat, testament, effet de la loi, jugement (<i>Code civil du Québec</i> ¹ , art. 1121)	Acte à titre gratuit (art. 1218 C.c.Q.) – Donation, testament	Contrat, testament, effet de la loi, jugement (art. 1262 C.c.Q.)
2. TYPES OU VARIÉTÉS	Simple ou successif (art. 1122 C.c.Q.) <ul style="list-style-type: none"> • Entre vifs (<i>inter vivos</i>) • À cause de mort ou testamentaire (<i>mortis causa</i>) 	Entre vifs (<i>inter vivos</i>) : la substitution entre vifs comporte très peu d'avantages.	À cause de mort ou testamentaire (<i>mortis causa</i>) Entre vifs (<i>inter vivos</i>) : la fiducie entre vifs comporte certains avantages, par exemple :

¹ L.Q., 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

* Idée originale et conception de M^e Marilyn Piccini Roy, associée, Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l.; traduction libre de l'anglais avec ajouts et modifications par M^e Caroline Marion, notaire, LL. M., DESS fisc., Pl. Fin.

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
		<p>À cause de mort ou testamentaire (<i>mortis causa</i>)</p> <p>1) Simple ou conventionnelle (art. 1218 C.c.Q.) « Je lègue l'ensemble de mes biens meubles et immeubles à mon épouse, à charge pour elle de les remettre à nos enfants à son décès. »</p> <p>2) Successive (art. 1219 C.c.Q.) « Je lègue l'ensemble de mes biens meubles et immeubles à mon épouse, à charge pour elle de les remettre, à son décès, à mon fils et à charge pour ce dernier de les remettre, à son décès, à mon petit-fils. »</p> <p>3) À charge « Je lègue l'ensemble de mes biens meubles et immeubles à mon épouse, à charge pour elle de payer</p>	<ul style="list-style-type: none"> • protection d'actifs; • gel successoral; • paiements d'une obligation alimentaire.

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
		<p>annuellement 10 % du revenu net provenant de mes dits biens à chacun de nos enfants au premier degré. Au décès de mon épouse, mes biens meubles et immeubles seront dévolus en parts égales entre mes enfants au premier degré, avec accroissement entre eux. »</p> <p>4) Conditionnelle ou de résiduo « Je lègue l'ensemble de mes biens meubles et immeubles à mon épouse, à charge pour elle de remettre à son décès, à nos enfants au premier degré tout ce qu'elle n'aura pas consommé, épuisé ou vendu sa vie durant. » (voir aussi les articles 1232 et 1246 C.c.Q.)</p>	

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
3. QUALITÉS REQUISES POUR RECEVOIR	En raison du caractère concurrent des libéralités, l'usufruitaire doit avoir les qualités requises pour recevoir par donation ou succession (art. 617 C.c.Q.) au moment de la création du droit.	En raison du caractère successif des libéralités, le grevé et les appelés doivent avoir les qualités requises pour recevoir par donation ou succession au moment de l'ouverture de leur droit et non nécessairement au moment de la création de la substitution (art. 1242, 1279 et 617 C.c.Q.). L'ouverture différée par un accroissement entre cogrevés ne peut préjudicier aux droits de l'appelé qui aurait reçu les biens au décès d'un grevé, ces droits lui sont alors acquis même s'il ne peut les exercer avant l'ouverture (art. 1241 C.c.Q.).	Les bénéficiaires doivent avoir les qualités requises pour recevoir par donation ou succession au moment de l'ouverture de leur droit au revenu ou au capital et non au moment de la création de la fiducie (art. 1264 et 617 C.c.Q.).
4. DURÉE	Maximum 100 ans Si sans terme en faveur d'une personne physique : droit viager	Maximum de deux ordres de bénéficiaires successifs outre le grevé initial (art. 1221 C.c.Q.)	Fiducie personnelle : Maximum de deux ordres de bénéficiaires du revenu outre celui du capital (art. 1271 C.c.Q.)

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
	<p>Si sans terme en faveur d'une personne morale : 30 ans (art. 1123 C.c.Q.)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Arrivée du terme • Décès ou dissolution de l'usufruitier • Réunion des qualités d'usufruitier et de propriétaire dans une même personne • Abandon • Renonciation • Conversion en rente • Non-usage pendant 10 ans (art. 1162 C.c.Q.) • Perte totale du bien sujet à l'usufruit (art. 1163 C.c.Q.) 	<p>Si substitution en faveur d'une personne morale, l'ouverture de la substitution ne peut avoir lieu plus de 30 ans après la donation ou l'ouverture de la succession, ou du jour de l'ouverture de son droit (art. 1240 C.c.Q.)</p>	<p>Durée maximale : 200 ans (art. 1272 C.c.Q.)</p> <p>Avec ou sans terme en faveur d'une personne morale : maximum 100 ans (art. 1272 C.c.Q.)</p> <p>Peut être perpétuelle (art. 1273 C.c.Q.)</p> <p>Fiducie d'utilité privée ou sociale</p>
<p>5. EXTINCTION</p> <p>5.1. MODES D'EXTINCTION DU DROIT</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Arrivée du terme • Décès ou dissolution de l'usufruitier • Réunion des qualités d'usufruitier et de propriétaire dans une même personne • Abandon • Renonciation • Conversion en rente • Non-usage pendant 10 ans (art. 1162 C.c.Q.) • Perte totale du bien sujet à l'usufruit (art. 1163 C.c.Q.) 	<ul style="list-style-type: none"> • Caducité du droit causée par le décès, la renonciation, l'indignité ou la non-réalisation des conditions (art. 1222 C.c.Q. qui fait référence aux règles des successions à titre supplétif) • Le donateur peut révoquer la substitution jusqu'à l'ouverture, tant qu'il n'y a pas eu acceptation (art. 1253 et 1254 C.c.Q.) • Renonciation à ses droits par le grevé avant l'ouverture (art. 1234 C.c.Q.) 	<ul style="list-style-type: none"> • Renonciation ou caducité des droits de tous les bénéficiaires, tant du revenu que du capital • Arrivée du terme • Avènement de la condition • Constatation que le but de la fiducie a été atteint • Impossibilité, constatée par le tribunal, d'atteindre le but de la fiducie (art. 1296 C.c.Q.) • Le tribunal constate que la fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie (art. 1294 C.c.Q.)

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
5.2. QUI BÉNÉFICIE DE L'EXTINCTION DU DROIT?	<p>Nu-propriétaire (art. 1167 C.c.Q.).</p> <p>En présence de cocusufruitiers, l'extinction de l'usufruit à l'égard de l'un des usufruitiers profite au nu-propriétaire (art. 1166 C.c.Q.).</p>	<p>Aucune représentation.</p> <p>En cas de caducité à l'égard du grevé, il y a accroissement en faveur de ses cogrevés ou, à défaut, de l'appelé.</p> <p>En cas de caducité à l'égard d'un appelé, il y a accroissement en faveur de ses coappelés ou, à défaut, du grevé (art. 1252 C.c.Q.).</p>	<p>En cas de renonciation ou de caducité du droit d'un bénéficiaire du revenu, son droit passe, en proportion de leurs parts, à ses cobénéficiaires du revenu du même ordre aux bénéficiaires des fruits et revenus du second ordre ou, à défaut, aux bénéficiaires du capital (art. 1286 C.c.Q.).</p> <p>En cas de renonciation ou de caducité du droit d'un bénéficiaire du capital, son droit passe, en proportion de leurs parts, à ses cobénéficiaires du capital (art. 1286 C.c.Q.).</p> <p>À la fin de la fiducie, le fiduciaire remet les biens à ceux qui y ont droit. À défaut de bénéficiaires, les biens qui restent sont remis au constituant ou à ses héritiers (art. 1297 C.c.Q.).</p>

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
6. POUVOIRS D'ALIENATION	<p>L'usufruitier n'a pas les pouvoirs d'aliénation (pas d'<i>abusus</i>), il n'a que l'usage et la jouissance des biens (art. 1124 C.c.Q.).</p> <p>L'usufruitier a cependant le droit de disposer des biens consommables ou qui se détériorent rapidement, mais à charge d'en rendre des semblables de même quantité et qualité ou d'en rendre la valeur à la fin de l'usufruit (art. 1127 et 1128 C.c.Q.) (notion de « quasi-usufruit »).</p> <p>Le nu-propriétaire a le pouvoir d'aliéner son droit, mais ceci ne porte pas atteinte aux droits de l'usufruitier (art. 1125 C.c.Q.).</p> <p>L'usufruitier peut céder son droit ou louer un bien compris dans l'usufruit (art. 1135 C.c.Q.).</p>	<p>Avant l'ouverture, le grevé est propriétaire des biens substitués (art. 1223 C.c.Q.).</p> <p>Le grevé a pleins pouvoirs pour aliéner à titre onéreux les biens substitués ou les louer (art. 1229 C.c.Q.).</p> <p>Le grevé doit faire remploi du produit de toute aliénation des biens substitués (art. 1230 C.c.Q.), à moins qu'il ne s'agisse d'une substitution <i>de residuo</i>.</p> <p>Le grevé peut, si l'acte constitutif de la substitution le prévoit, disposer gratuitement des biens substitués ou ne pas faire remploi du prix de leur aliénation; il ne peut en tester sans que l'acte le permette expressément (art. 1232 C.c.Q.).</p>	<p>Les fiduciaires ont la pleine administration du bien d'autrui (art. 1278 C.c.Q.).</p> <p>Ils ont ainsi le pouvoir d'aliéner les biens à titre onéreux, de les grever d'un droit réel et d'en changer la destination (art. 1307 C.c.Q.).</p> <p>Ils ne peuvent cependant aliéner les biens à titre gratuit (art. 1315 C.c.Q.).</p>

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
7. EXIGENCES DE FORME	<p>Le mode de constitution dictera les exigences de forme.</p> <p>Le droit d'usage ou d'habitation d'un immeuble doit être publié au registre foncier (art. 2938 C.c.Q.).</p>	<p>Le mode de constitution dictera les exigences de forme.</p> <p>La substitution portant sur un immeuble doit être publiée au registre foncier (art. 2938 C.c.Q.).</p> <p>Les droits des appelés non conçus sont représentés par un curateur à la substitution (art. 1239 C.c.Q.).</p>	<p>Le mode de constitution dictera les exigences de forme (ex. donation).</p> <p>À moins qu'il ne s'agisse d'un « don manuel », la donation doit être constatée par un acte notarié en minutes et publiée (art. 1824 C.c.Q.).</p> <p>La fiducie établie par contrat à titre onéreux pour garantir l'exécution d'une obligation doit être publiée, pour être opposable aux tiers (art. 1263 C.c.Q.).</p> <p>Les droits des bénéficiaires non conçus sont représentés par un curateur nommé par le constituant ou par le tribunal (art. 1289 C.c.Q.).</p>
8. INVENTAIRE	<p>L'usufruitier est tenu de faire inventaire sauf s'il en a été expressément dispensé par le constituant (art. 1142 et 1326 C.c.Q.).</p> <p>Conséquences de ne pas faire inventaire : usufruitier privé des fruits et revenus (art. 1146 C.c.Q.).</p>	<p>Le grevé est tenu de faire, à ses frais, l'inventaire dans les deux mois qui suivent la donation ou l'acceptation du legs et il doit y inviter l'appelé (art. 1224 et 1326 C.c.Q.).</p>	<p>Le fiduciaire n'est pas tenu de faire inventaire à moins d'y être obligé par l'acte, ou encore par le tribunal, à la demande du bénéficiaire ou de tout intéressé (art. 1324 C.c.Q.).</p>

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
9. ASSURANCE OU SÛRETÉ	<p>L'usufruitier doit, dans les 60 jours de l'ouverture de l'usufruit, souscrire une assurance ou fournir une autre sûreté garantissant l'exécution de ses obligations (art. 1144 C.c.Q.).</p> <p>L'usufruitier doit fournir une sûreté additionnelle si ses obligations viennent à augmenter pendant la durée de l'usufruit.</p> <p>L'usufruitier est dispensé de ces obligations s'il ne peut les exécuter ou si le constituant l'en dispense.</p> <p>Le vendeur ou le donateur avec réserve d'usufruit est dispensé de cette obligation.</p> <p>Conséquences de ne pas fournir de sûreté :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nu-propriétaire peut faire mettre les biens sous séquestre (art. 1145 C.c.Q.); • Usufruitier privé des fruits et revenus (art. 1146 C.c.Q.). 	<p>Le grevé doit assurer les biens contre les risques usuels, tels le vol et l'incendie. Il est, néanmoins, dispensé de cette obligation si la prime d'assurance est trop élevée par rapport aux risques (art. 1227 C.c.Q.).</p>	<p>Le fiduciaire n'est pas tenu de souscrire une assurance ou de fournir une autre sûreté pour garantir l'exécution de ses obligations à moins d'y être obligé par l'acte, ou encore par le tribunal, à la demande du bénéficiaire ou de tout intéressé (art. 1324 C.c.Q.).</p>

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
10. OBLIGATION DE RENDRE COMPTE	<p>Théoriquement : aucune.</p> <p>À la fin de l'usufruit, l'usufruitier doit :</p> <ul style="list-style-type: none"> • rendre la valeur des biens qui se détériorent rapidement et dont il a disposé (art. 1128 C.c.Q.); • rendre des biens semblables et de même qualité et quantité que les biens qu'il a consommés ou en rendre la valeur (art. 1127 C.c.Q.); • rendre compte des gains exceptionnels qui découlent de la propriété sujette à l'usufruit (art. 1131 C.c.Q.); des créances échues pendant l'usufruit (art. 1132 C.c.Q.); du produit de l'aliénation d'une augmentation au capital (art. 1133 C.c.Q.); 	<p>Le grevé doit, à chaque anniversaire de la date de l'inventaire des biens, informer l'appelé de toute modification à la masse des biens du remploi qu'il a fait du prix des biens aliénés (art. 1231 C.c.Q.).</p> <p>Le grevé (ou ses héritiers) doit (doivent), à l'ouverture de la substitution, rendre compte à l'appelé (art. 1244 et 1251 C.c.Q.).</p>	<p>Le fiduciaire doit rendre compte de son administration annuellement (art. 1351 C.c.Q.).</p> <p>Le fiduciaire doit, à la fin de son administration, rendre un compte définitif au bénéficiaire et, le cas échéant, à l'administrateur qui le remplace ou à ses coadministrateurs. (art. 1363 C.c.Q.).</p>

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
	<ul style="list-style-type: none"> se faire rembourser les impenses nécessaires (art. 1137 C.c.Q.) et le coût des réparations majeures (art. 1153, al. 2 C.c.Q.). 		
<p>11. TIERS ADMINISTRATEUR</p>	<p>Si l'usufruitier ou le nu-propriétaire est :</p> <ul style="list-style-type: none"> mineur : administration par son tuteur, à moins qu'un tiers n'ait été nommé par le constituant (art. 210 C.c.Q.) ; inapte : administration par son mandataire, son tuteur ou son curateur. 	<p>Si le grevé ou l'appelé est :</p> <ul style="list-style-type: none"> mineur : administration par son tuteur, à moins qu'un tiers n'ait été nommé par le constituant (art. 210 C.c.Q.); inapte : administration par son mandataire, son tuteur ou son curateur. 	<p>Le fiduciaire assume le rôle d'administrateur des biens des bénéficiaires mineurs ou incaptes.</p> <p>Il doit y avoir au moins un fiduciaire qui n'est ni constituant, ni bénéficiaire (art. 1275 C.c.Q.).</p>
<p>12. POUVOIR D'EMPIETER SUR LE CAPITAL.</p>	<p>Incompatible avec le concept d'usufruit; l'usufruitier ne bénéficie que du droit d'user et de jouir des biens (art. 1124 C.c.Q.) et de s'approprier les fruits et revenus (art. 1126 C.c.Q.).</p>	<p>Incompatible avec l'obligation du grevé d'entretenir et de conserver les biens (art. 1226 C.c.Q.) et de faire remploi du produit de leur aliénation (art. 1230 C.c.Q.), à moins qu'il ne s'agisse d'une substitution <i>de residuo</i>.</p>	<p>Le fiduciaire peut être investi du pouvoir de faire des emprètements de capital en faveur des bénéficiaires du revenu ou du capital aux termes de l'acte de fiducie.</p>

Sujets	Usufruit Articles 1120-1171 C.c.Q.	Substitution Articles 1218-1255 C.c.Q.	Fiducie Articles 1260-1298; 1299-1370 C.c.Q.
13. FACULTÉ D'ÉLIRE	Aucune	<p>Le disposant peut se réserver la faculté de déterminer la part des appelés ou conférer cette faculté au grevé (art. 1255 C.c.Q.).</p> <p>À noter que cette faculté ne comprend pas celle d'élire les bénéficiaires mais seulement leurs parts.</p>	<p>Le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part (art. 1282 C.c.Q.).</p> <p>En cas de fiducie personnelle ou d'utilité privée, la faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire ou le tiers que si la catégorie de personnes parmi lesquelles ils doivent choisir le bénéficiaire est clairement déterminée dans l'acte constitutif (art. 1282, al. 2 C.c.Q.).</p>

<p>14. RESPONSABILITÉ QUANT AUX IMPENSES OU DÉBOURSÉS</p>	<p>Impenses nécessaires (pour conserver les biens) ou réparations majeures ou déboursés de nature capital (art. 1137, 1151, 1152, 1153 C.c.Q.); nu-propriétaire responsable; usufruitier qui les assume aura droit d'être remboursé.</p> <p>Impenses utiles (qui augmentent de façon objective la valeur des biens) : si l'usufruitier y procède, il n'a pas le droit d'être remboursé mais ne peut être contraint de les enlever (art. 1138 C.c.Q.).</p> <p>Impenses d'agrément (qui augmentent de façon subjective la valeur des biens) : si l'usufruitier y procède, il n'a pas le droit d'être remboursé et peut être contraint de les enlever et de remettre le bien en état (art. 962 C.c.Q.).</p> <p>Responsabilités de l'usufruitier : entretien ou « réparations de locataire », charges « ordinaires »; charges extraordinaires payables par versements périodiques et autres charges normalement payées avec les revenus (art. 1151 et 1154 C.c.Q.).</p>	<p>Le grevé agit comme un administrateur (il doit faire les actes nécessaires à l'entretien et à la conservation des biens) : il paie les charges et les dettes qui deviennent exigibles avant l'ouverture, quelle que soit leur nature; il perçoit les créances, en donne quittance et exerce en justice les actions qui se rapportent aux biens substitués (art. 1226 C.c.Q.).</p> <p>Dettes en capital : le grevé a le droit d'être remboursé, avec les intérêts courus depuis l'ouverture, des dettes en capital qu'il a payées sans en avoir été chargé et des dépenses généralement débitees au capital qu'il a faites en raison de la substitution (art. 1247, al. 1 C.c.Q.).</p> <p>Dépenses généralement débitees au revenu : le grevé a le droit d'être remboursé, en proportion de la durée de son droit, des dépenses généralement débitees au revenu et dont l'objet excède cette durée (art. 1247, al. 2 C.c.Q.).</p>	<p>Les complexes revenu et capital sont débitees respectivement des dépenses qui leur reviennent en vertu de l'acte constitutif ou à défaut, conformément aux dispositions des articles 1345 C.c.Q. et suivants.</p> <p>Le compte du revenu est généralement débitee des dépenses suivantes et autres de même nature :</p> <p>1° Les primes d'assurance, le coût des réparations mineures et les autres dépenses ordinaires de l'administration;</p> <p>2° La moitié de la rémunération de l'administrateur et des dépenses raisonnables qu'il a faites dans l'administration conjointe du capital et des fruits et revenus;</p> <p>3° Les impôts payables sur les biens administrés;</p> <p>4° A moins que le tribunal n'en ordonne autrement, les frais acquittés pour protéger les droits du bénéficiaire des fruits et revenus et la moitié des frais de la reddition de compte en justice;</p> <p>5° L'amortissement des biens, sauf ceux utilisés à des fins personnelles par le bénéficiaire (art. 1346 C.c.Q.).</p>
--	---	---	--

	<p>Responsabilités du nu-propriétaire : réparations majeures ou « réparations du propriétaire d'un logement » (art. 1152 C.c.Q.).</p>	<p>Impenses utiles (qui augmentent de façon objective la valeur des biens) : le grevé a droit d'en être remboursé comme un possesseur de bonne foi (art. 1248 et 959 C.c.Q.).</p>	<p>Le compte du capital est généralement débité des dépenses qui ne sont pas débitées au revenu, y compris celles qui sont afférentes au placement du capital, à l'aliénation des biens, à la protection des droits du bénéficiaire du capital ou du droit de propriété des biens administrés. Sont aussi généralement débités au compte du capital les impôts sur les gains ou les autres montants attribuables au capital, lors même que la loi qui régit ces impôts les considère comme impôts sur le revenu. L'administrateur peut, pour régulariser le revenu, répartir les dépenses considérables sur une période de temps raisonnable (art. 1347 C.c.Q.).</p>
--	--	--	---

15. PLACEMENTS	<p>Aucune restriction</p> <p>En ce qui concerne les valeurs mobilières : l'usufruitier et le nu-propriétaire doivent agir conjointement pour vendre ou modifier les placements.</p> <p>Le Code civil prévoit une répartition des droits de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire sur les actions ou autres valeurs mobilières (art. 1134 C.c.Q.).</p>	<p>Le grevé peut aliéner à titre onéreux les biens substitués (art. 1229 C.c.Q.).</p> <p>Le grevé est tenu de faire remploi conformément aux dispositions relatives aux placements présumés sûrs (art. 1230 C.c.Q.).</p>	<p>Le fiduciaire peut, pour exécuter ses obligations, aliéner le bien à titre onéreux, le grever d'un droit réel ou en changer la destination et faire tout autre acte nécessaire ou utile, y compris toutes espèces de placements. Il n'est pas restreint aux placements présumés sûrs (art. 1307 C.c.Q.)</p>
16. INSAISSABILITÉ	<p>Possible si usufruit créé dans un acte à titre gratuit, dans la mesure où les conditions de l'article 2649 C.c.Q. sont remplies (temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime; publicité légale).</p>	<p>Possible si substitution créée dans un acte à titre gratuit, dans la mesure où les conditions de l'article 2649 C.c.Q. sont remplies (temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime; publicité légale).</p>	<p>Possible si fiducie créée dans un acte à titre gratuit, dans la mesure où les conditions de l'article 2649 C.c.Q. sont remplies (temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime; publicité légale).</p> <p>La fiducie est un patrimoine distinct de celui du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire sur lequel ceux-ci n'ont aucun droit réel (art. 1261 C.c.Q.).</p>

<p>17. TRAITEMENT FISCAL (FAITS SAILLANTS) EN VERTU DE LA LOI DE L'IMPÔT, SUR LE REVENU²</p>	<p>Réputé une fiducie fiscale depuis 1991 (par. 248(3) L.I.R.)</p> <p>Ne constitue pas le véhicule idéal à des fins de planification successorale en raison de « zones grises » dans le traitement fiscal, notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> • l'acquisition de biens de remplacement par le nu-propriétaire à la suite de certaines dispositions peut teinter la fiducie testamentaire fiscale réputée; • ce qui constitue un revenu aux fins civiles ne correspond pas toujours à un revenu aux fins fiscales et vice versa; • le nu-propriétaire a nécessairement des droits dans le capital de la « fiducie fiscale ». <p>Usufruit testamentaire (créé aux termes d'un testament)</p>	<p>Réputé une fiducie fiscale depuis 1991 (par. 248(3) L.I.R.)</p> <p>Substitution testamentaire (créée aux termes d'un testament)</p> <p>Avantages :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Taux progressifs (par. 104(2) et 117(2) L.I.R.); • Choix de l'année d'imposition peut être différent de l'année civile (al. 104(23)a) L.I.R.); • Possibilité de déduire les revenus payés ou payables au bénéficiaire du revenu durant l'année d'imposition (par. 104(6) L.I.R.); • Possibilité de choisir d'imposer la fiducie fiscale sur les revenus ou les gains en capital payés ou payables au grevé durant l'année d'imposition (par. 104(13.1), 104(13.2) L.I.R.); • Possibilité de fractionnement de revenus pour les bénéficiaires du revenu et du capital. 	<p>Fiducie testamentaire (créée aux termes d'un testament)</p> <p>Avantages :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Taux progressifs (par. 104(2) et 117(2) L.I.R.); • Choix de l'année d'imposition peut être différent de l'année civile (al. 104(23)a) L.I.R.); • Possibilité de déduire les revenus payés ou payables au bénéficiaire du revenu durant l'année d'imposition (par. 104(6) L.I.R.); • Possibilité de choisir d'imposer la fiducie fiscale sur les revenus ou les gains en capital payés ou payables au bénéficiaires du revenu ou du capital durant l'année d'imposition (par. 104(13.1), 104(13.2) L.I.R.); • Possibilité de fractionnement de revenus pour les bénéficiaires du revenu et du capital.
--	---	--	---

² L.R.C. (1985), 5^e suppl., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

	<p>Avantages :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Taux progressifs (par. 104(2) et 117(2) L.I.R.); • Choix de l'année d'imposition peut être différent de l'année civile (al. 104(23)a) L.I.R.); • Possibilité de déduire les revenus payés ou payables à l'usufruitier durant l'année d'imposition (par. 104(6) L.I.R.); • Possibilité de choisir d'imposer la fiducie fiscale sur les revenus ou les gains en capital payés ou payables à l'usufruitier ou au nu-propriétaire durant l'année d'imposition (par. 104(13.1), 104(13.2) L.I.R.); • Possibilité de fractionnement de revenus pour l'usufruitier. <p>Contraintes :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Obligation de produire des déclarations de revenus distinctes sur les Formulaires T3 et TP-646 dans les 90 jours de la fin d'année d'imposition (al. 150(1)e) L.I.R.); • Règle de disposition réputée à tous les 21 ans (par. 104(4) L.I.R.); 	<p>Contraintes :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Obligation de produire des déclarations de revenus distinctes sur les Formulaires T3 et TP-646 dans les 90 jours de la fin d'année d'imposition (al. 150(1)e) L.I.R.); • Règle de disposition réputée à tous les 21 ans (par. 104(4) L.I.R.); • Le grevé ou sa succession doivent obtenir un certificat de décharge (par. 159(2) L.I.R.) et un certificat autorisant la distribution des biens (<i>Loi sur le ministère du Revenu</i>³, art. 14) avant de pouvoir transmettre les biens à l'appelé à l'ouverture de la substitution. 	<p>Contraintes :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Obligation de produire des déclarations de revenus distinctes sur les Formulaires T3 et TP-646 dans les 90 jours de la fin d'année d'imposition (al. 150(1)e) L.I.R.); • Règle de disposition réputée à tous les 21 ans (par. 104(4) L.I.R.); • Le grevé ou sa succession doivent obtenir un certificat de décharge (par. 159(2) L.I.R.) et un certificat autorisant la distribution des biens (art. 14 L.M.R.) avant de pouvoir transmettre les biens aux bénéficiaires à la fin de la fiducie.
--	---	---	--

³ L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

	<ul style="list-style-type: none"> L'usufruitier ou sa succession doivent obtenir un certificat de décharge (par. 159(2) L.I.R.) et un certificat autorisant la distribution des biens (art. 14 L.M.R.) avant de pouvoir transmettre les biens au nu-propriétaire au terme de l'usufruit. <p>Usufruit exclusif au profit du conjoint (par. 70(6) L.I.R.)</p> <ul style="list-style-type: none"> Il est difficile de qualifier l'usufruit « d'exclusif en faveur du conjoint » puisque d'autres personnes ont des droits dans le capital du vivant du conjoint : les nus-propriétaires, ... 	<p>Substitution exclusive au profit du conjoint (par. 70(6) L.I.R.)</p> <p>• Roulement si :</p> <ul style="list-style-type: none"> Conjoint a droit à tout le revenu produit par les biens substitués sa vie durant; Personne d'autre que le conjoint n'a de droit dans le revenu ou le capital des biens substitués tant que le conjoint est en vie; Les biens doivent être dévolus irrévocablement au conjoint dans les 36 mois qui suivent la date du décès, 	<p>Fiducie exclusive au profit du conjoint (par. 70(6) L.I.R.)</p> <p>• Roulement si :</p> <ul style="list-style-type: none"> Conjoint a droit à tout le revenu de la fiducie sa vie durant; Personne d'autre que le conjoint n'a de droit dans le revenu ou le capital de la fiducie tant que le conjoint est en vie; Les biens doivent être dévolus irrévocablement à la fiducie dans les 36 mois qui suivent la date du décès, 		<p>Régimes enregistrés (régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REER »), fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR »), etc.)</p> <ul style="list-style-type: none"> Le « roulement » en faveur du conjoint n'est pas admis si le régime est légué en usufruit puisque l'usufruit constitue une fiducie présumée et que l'usufruitier ne peut jamais 	<p>Régimes enregistrés (REÉR, FERR, etc.)</p> <ul style="list-style-type: none"> Le « roulement » en faveur du conjoint n'est pas admis si le régime est légué en substitution puisque la fiducie présumée et que le grevé ne peut jamais être considéré comme étant le seul à détenir un droit de bénéficiaire sa vie durant. 	<p>Régimes enregistrés (REÉR, FERR, etc.)</p> <ul style="list-style-type: none"> Le « roulement » en faveur du conjoint n'est pas admis si le régime est légué en fiducie, sauf trois exceptions : <ul style="list-style-type: none"> la fiducie créée au bénéfice du conjoint handicapé mentalement qui est le seul à détenir un droit de bénéficiaire dans la fiducie
--	---	---	---	--	--	--	---

	<p>être considéré comme étant le seul à détenir un droit de bénéficiaire sa vie durant.</p> <p>Distinctions</p> <p>Le revenu ne peut être accumulé et capitalisé; tout le revenu gagné doit être payé à l'usufruitier; la fiducie fiscale pourrait autrement perdre son statut de « fiducie testamentaire » puisqu'un contribuable aurait remis un bien à la fiducie autrement que par décès ou en raison du décès (par. 108(1) L.I.R.).</p> <p>La même difficulté pourrait être soulevée lors de la vente d'un bien détenu en usufruit.</p> <p>Le bien de remplacement pourrait être considéré comme ayant été remis à la fiducie fiscale autrement que par décès ou en raison du décès (par. 108(1) L.I.R.).</p> <p>Les tiers ne peuvent léguer des biens en faveur de l'usufruit créé par une autre personne car l'usufruit n'est pas un patrimoine autonome et distinct en droit civil.</p>	<p>Distinctions</p> <p>Le revenu ne peut être accumulé et capitalisé; tout le revenu gagné doit être payé au grevé; la fiducie fiscale pourrait autrement perdre son statut de « fiducie testamentaire » puisqu'un contribuable aurait remis un bien à la fiducie autrement que par décès ou en raison du décès (par. 108(1) L.I.R.).</p> <p>La même difficulté pourrait être soulevée lors de la vente d'un bien détenu en substitution. Le bien de remplacement pourrait être considéré comme ayant été remis à la fiducie fiscale autrement que par décès ou en raison du décès (par. 108(1) L.I.R.) si le grevé n'est pas tenu de faire emploi.</p> <p>Les tiers ne peuvent léguer des biens en faveur de la substitution créée par une autre personne car la substitution n'est pas un patrimoine autonome et distinct en droit civil.</p>	<p>sa vie durant;</p> <ul style="list-style-type: none"> - la fiducie créée au bénéfice d'un enfant majeur handicapé mentalement qui est le seul à détenir un droit de bénéficiaire dans la fiducie sa vie durant; - la fiducie créée au bénéfice d'un enfant mineur qui est le seul à détenir un droit de bénéficiaire dans la fiducie sa vie durant et qui devra acheter une rente payable sur une durée maximale de 18 ans moins l'âge de l'enfant. <p>Distinctions</p> <p>Le revenu peut être accumulé et capitalisé dans la fiducie si l'acte constitutif le prévoit.</p> <p>Des tiers peuvent léguer par testament des biens à une fiducie déjà créée par une autre personne.</p> <p>En conséquence, le patrimoine fiduciaire peut être augmenté dans le temps au moyen de ces outils de planification.</p>
--	--	--	--

	<p>Ces planifications ne peuvent donc pas être envisagées pour augmenter les biens détenus en usufruit.</p> <p>Clause gicteur(pour fractionnement de revenu)</p> <p>Utilisation limitée puisque l'usufruitier a droit à la totalité des revenus sa vie durant.</p> <p>On peut cependant avoir des cousufruitiers.</p>	<p>Ces planifications ne peuvent donc pas être envisagées pour augmenter les biens détenus en substitution.</p> <p>Clause gicteur (pour fractionnement de revenu)</p> <p>Utilisation limitée puisque le grevé a droit à la totalité des revenus sa vie durant, à moins qu'il ne s'agisse d'une substitution à charge (voir ci-dessus la section « Types ou variétés »).</p> <p>On peut également avoir des cogrevés.</p>	<p>Clause gicteur (pour fractionnement de revenu), ex. fiduciaire au profit d'un fils</p> <ul style="list-style-type: none"> • une clause de l'acte de fiducie peut permettre aux fiduciaires d'utiliser tout ou partie des revenus au bénéfice d'un enfant mineur du fils; • le revenu ainsi utilisé peut alors être imposé entre les mains de l'enfant mineur à un taux d'imposition réduit.
--	--	---	---

18. DROITS SUR LES MUTATIONS IMMOBILIÈRES (« TAXE DE BIENVENUE »)	<p>Transfert en faveur de l'usufruitier</p> <ul style="list-style-type: none"> • Non assujetti, car la loi taxe les transferts du « droit de propriété » et non des démembrements. <p>Transfert en faveur du nu-propriétaire</p> <ul style="list-style-type: none"> • Assujetti à la loi au moment de la création du droit; exonération possible selon le lien existant entre le cédant et le nu-propriétaire cessionnaire; • Possibilité de droit supplétif; droit supplétif peut ne pas être imposé si le transfert résulte du décès du cédant; • À la fin de l'usufruit, il n'y a pas de nouveau droit de mutation lorsque l'on publie la « quittance » du droit d'usufruit. 	<p>Transfert initial en faveur du grevé</p> <ul style="list-style-type: none"> • Assujetti à la loi; exonération possible selon le lien existant entre le cédant et le grevé; • Possibilité de droit supplétif; droit supplétif peut ne pas être imposé si le transfert résulte du décès du cédant. <p>Transfert subséquent en faveur de l'appelé</p> <ul style="list-style-type: none"> • Assujetti à la loi; exonération possible selon le lien existant entre le cédant initial et l'appelé (et non entre le grevé et l'appelé) (art. 1243 C.c.Q.); • Possibilité de droit supplétif; droit supplétif peut ne pas être imposé si le transfert résulte du décès du cédant; • Certaines municipalités n'imposent pas ce deuxième transfert lors de la publication de la déclaration d'ouverture de la substitution. 	<p>Transfert initial en faveur de la fiducie</p> <ul style="list-style-type: none"> • Assujetti à la loi; exonération possible selon le lien existant entre la personne qui a cédé le bien à la fiducie et le bénéficiaire « actuel » de la fiducie; • Possibilité de droit supplétif; droit supplétif peut ne pas être imposé si le transfert résulte du décès du cédant. <p>Transfert d'un bien de la fiducie à un bénéficiaire du capital</p> <ul style="list-style-type: none"> • Assujetti à la loi; exonération possible selon le lien existant entre la personne qui a cédé le bien à la fiducie et le bénéficiaire à qui le bien est remis; • Possibilité de droit supplétif; droit supplétif peut ne pas être imposé si le transfert résulte du décès du cédant; • Si un bien est acquis par les fiduciaires pendant la durée de la fiducie, il n'y aura pas d'exonération s'il n'y a pas de lien entre la personne qui a cédé le bien à la fiducie et le bénéficiaire à qui le bien est remis.
--	---	---	---

PARTIE B**La substitution : une fiducie fiscale sans fiduciaire indépendant**

Martin Lord, avocat, M. Fisc., TEP
Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l. Avocats

INTRODUCTION

Nous nous permettons d'aborder à nouveau la substitution dans la cadre de la planification testamentaire. Même si cette institution existe depuis le temps des Romains, et bien avant la fiducie, cette dernière demeure sans contredit le premier choix des fiscalistes. Cependant, la substitution a un rôle à jouer en planification testamentaire et nous tenterons de l'illustrer ci-après avec le cas de conjoints de même sexe.

Également, il nous est apparu nécessaire d'aborder certaines règles du nouveau régime de la substitution créé depuis la réforme du *Code civil du Québec*¹ en 1994. Le nouveau pouvoir d'aliénation ou de vendre est un changement majeur à l'institution rendant la substitution dynamique. Les biens qui seront remis aux bénéficiaires de deuxième rang ne seront pas forcément les biens reçus du testateur par le bénéficiaire de premier rang, et ce, même s'il s'agit d'une substitution où seul le résidu est à remettre. Nous examinerons comment certaines règles du droit fiscal s'appliquent à ce nouveau régime.

1. CAS : CONJOINTS DE MÊME SEXE SANS ENFANT

Jean et Bernard vous rencontrent pour discuter de leur planification testamentaire et vous font part de leur situation personnelle comme suit :

- Jean est comptable agréé et Bernard est avocat.
- Ils habitent ensemble depuis 20 ans mais ne sont pas mariés.
- Ils n'ont pas d'enfant de cette union ou d'une union précédente. Par contre, chacun a des neveux et nièces qu'ils affectionnent.
- Ils ont constitué une société pour gagner leur revenu professionnel.

¹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

- Ils sont actionnaires en parts égales de la société. En fait, Jean détient 50 actions catégorie « A » et Bernard détient 50 actions catégorie « B ».
- La société peut déclarer des dividendes sur les actions catégorie « A » sans en déclarer sur les actions catégorie « B » et vice versa. Ce sont des actions à dividendes discrétionnaires.
- La société sert de réservoir pour accumuler les revenus en vue de la retraite, au-delà des contributions maximales faites aux régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »). Elle a accumulé 800 000 \$.

Jean et Bernard vous font part de leurs objectifs :

- Le conjoint survivant doit être en mesure de faire du fractionnement de revenu. Ils savent que la fiducie testamentaire permet d'atteindre ce but.
- Par contre, ils souhaitent que le conjoint survivant soit le seul fiduciaire et le seul bénéficiaire de son vivant de tout le patrimoine fiduciaire. Il doit pouvoir contrôler sa destinée sans l'intervention d'autres membres de leur famille respective. Un couple d'amis qui vit à Ottawa leur a dit qu'il avait fait une fiducie testamentaire au bénéfice exclusif du conjoint de cette façon, selon les lois de l'Ontario.
- Le conjoint aura droit au revenu annuel et pourra prélever autant de capital qu'il lui est nécessaire. Le résidu ira aux neveux et nièces des deux conjoints ainsi qu'à une fondation communautaire. Le conjoint survivant aura la faculté de choisir les bénéficiaires nommés au testament et aussi la part qui leur revient. Il pourra exclure l'un ou l'autre des bénéficiaires nommés.

2. LE PROBLÈME DU FIDUCIAIRE « INDÉPENDANT » AU QUÉBEC

Vous expliquez à vos clients que la fiducie du Code civil oblige le conjoint survivant à partager l'administration du patrimoine fiduciaire avec un fiduciaire qui n'est pas bénéficiaire de la fiducie en raison de la règle de l'article 1275 C.c.Q. Vos clients n'ont confiance en personne et sont prêts à renoncer à l'idée du fractionnement de revenu plutôt que de nommer un second fiduciaire. Dans ce cas, chaque conjoint léguera au premier survivant l'universalité de ses biens en pleine propriété, point final.

3. LA FIDUCIE DE LA COMMON LAW SANS FIDUCIAIRE « INDÉPENDANT »

Jean et Bernard sont choqués de cette situation. Ils ne comprennent pas que les couples des autres provinces puissent constituer une fiducie testamentaire bénéficiant du roulement où le conjoint survivant est en droit de recevoir la totalité du revenu de la fiducie testamentaire et qu'il peut à son gré choisir de se payer les gains en capital réalisés par la fiducie ou encore de les accumuler au capital de la fiducie. Ont-ils raison d'être choqués?

La *Loi de l'impôt sur le revenu*² ne définit pas ce qu'est une fiducie³. Il faut donc se référer au droit civil applicable à l'endroit où la fiducie est constituée. Il existe une incertitude au Canada à savoir si une fiducie de common law peut être constituée en faveur d'une personne qui en est le seul fiduciaire et bénéficiaire de son vivant et qui détient tous les droits de la propriété effective et de la propriété légale (c'est-à-dire les titres de propriété) du bien faisant l'objet de la fiducie⁴. Cela pourrait être le cas lorsque le fiduciaire a le pouvoir de révoquer la fiducie, peut prélever du capital à son gré et a une faculté générale d'élire les bénéficiaires de la fiducie.

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») est au fait de cette question et elle la soulevait dans une lettre d'interprétation visant la constitution d'une fiducie testamentaire en faveur du conjoint⁵. Par contre, cette question légale n'est pas de son ressort et l'auteur est d'avis que l'ARC ne peut, de son propre chef, ignorer une telle fiducie ainsi constituée tant que la question n'est pas clairement tranchée en droit canadien. L'ARC n'a pas l'intérêt suffisant pour mettre en doute la validité de la constitution d'une telle fiducie au même titre qu'un bénéficiaire ou qu'un créancier du

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Le régime fiscal québécois comporte certaines particularités mais plusieurs règles sont analogues à celles du régime fédéral. De façon générale, nous n'avons pas fait référence aux articles de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod.

³ Les définitions de ce terme aux paragraphes 248(1) et 104(1) et à l'article 108 L.I.R. nous obligent à nous référer au droit commun.

⁴ Margaret R. O'SULLIVAN, « Using Alter Ego and Joint Partner Trusts as Will and Power of Attorney Substitutes for the Elder Client », dans *2000 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 8:1-27, à la page 8:26.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, document 2007-0256521E5, « Existence of a trust », 7 novembre 2007.

bénéficiaire pourrait le faire. De plus, il n'existe pas une condition à l'alinéa 70(6)b) L.I.R. exigeant que la fiducie en faveur du conjoint soit administrée par un fiduciaire qui n'est pas uniquement le conjoint survivant. L'ARC a aussi reconnu qu'une telle fiducie pouvait exister dans le passé⁶. Dans le cas où une telle fiducie n'existait pas, les règles de roulement devraient tout de même s'appliquer en raison de l'alinéa 70(6)a) L.I.R. Par contre, il y aurait perte du bénéfice du fractionnement de revenu avec une fiducie testamentaire imposée au taux graduel⁷ si les biens sont acquis personnellement.

4. LA SUBSTITUTION OFFRE UNE SOLUTION MAIS QU'EST-CE QUE C'EST?

Vous dites à Jean et Bernard que la substitution par testament conviendrait à leur besoin : le conjoint survivant aura la pleine maîtrise des biens reçus du défunt et la substitution sera perçue aux yeux du fisc comme une fiducie testamentaire⁸ permettant ainsi le fractionnement de revenu. Ils veulent en savoir davantage.

Vous leur expliquez que la substitution était une institution reconnue dans notre droit civil au Québec bien avant le régime des fiducies⁹. Lors de la réforme du Code civil en 1994, le régime des substitutions a été modernisé. Dans l'ancien droit, le grevé avait une obligation de conserver le bien et, par la suite, de le rendre à l'appelé pratiquement de façon intacte. Le grevé était dans l'impossibilité de vendre un immeuble, car la vente n'était pas opposable à l'appelé¹⁰. Le nouveau régime permet au grevé de vendre les biens à titre onéreux sans la nécessité d'obtenir une autorisation et la vente est opposable à l'appelé¹¹. Comme l'indique le professeur Brierley : « [I]es biens de la substitution constituent donc plutôt qu'une masse durable de

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0012915, « Testamentary trust », 23 mai 2000.

⁷ Par. 117(2) ainsi que 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R.

⁸ La substitution est réputée être une fiducie testamentaire ou entre vifs aux fins de la division 248(3)a)(i)(B) L.I.R.

⁹ La substitution existait dans le droit romain. Le Code Napoléon a limité le régime des substitutions d'une façon plus importante que le régime des substitutions au Québec. Voir P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théoret, 1901, p. 7.

¹⁰ Art. 949 et 959 du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après « C.c.B.-C. »).

¹¹ John E.C. BRIERLEY, « Substitutions, stipulations d'inaliénabilité, fiducies et fondations », (1988), n^o 3 *Cours de perfectionnement du Notariat*, p. 243.

biens existant en nature, un fonds économique ou un fonds de valeur, à contenu variable, mais toujours affecté au profit éventuel de l'appelé ». (Notre soulignement)

Il faut mentionner quelques règles pour comprendre la substitution¹² :

- La substitution est une modalité d'une donation entre vifs ou d'un legs par testament¹³. Il s'agit de deux donations ou deux legs successifs séparés par un trait de temps comportant l'obligation de rendre. Voici un exemple : « Je lègue mes biens à mon épouse, à charge par elle de les rendre à son décès à nos enfants au premier degré ».
- L'auteur de la disposition est nommé le « disposant » ou le « substituant »¹⁴. Le premier donataire ou légataire est le premier propriétaire des biens donnés ou légués initialement (« biens substitués ») et il est nommé le « grevé »; la personne qui a le droit de recueillir postérieurement se nomme l'« appelé »¹⁵.
- Les biens substitués forment un patrimoine distinct destiné à l'appelé (ci-après « patrimoine de substitution »)¹⁶. Outre les biens substitués initialement reçus du disposant, le patrimoine de substitution sera composé des biens acquis au nom de la substitution en remploi avec le produit d'aliénation des biens substitués, des placements faits au nom de

¹² Pour une revue détaillée des règles de la substitution tant sur le plan civil que sur le plan fiscal, voir P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 9; R.J. POTHIER, *Œuvres de Pothier, Traité des substitutions*, t. 8, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, p. 455; Caroline MARION, « Démystifier la substitution : une option à la fiducie testamentaire », (2005), vol. 26, n^o 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 775-813; Odile ST-HILAIRE, « La substitution, une alternative intéressante à la fiducie testamentaire? », (2002), n^o 1 *Cours de perfectionnement du Notariat* 89-121; Marc JOLIN, « Planification successorale et testamentaire – Utilisation de la substitution en planification testamentaire », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 23:1-56; Josée LACHAPPELLE, « La substitution en planification successorale », (1994), vol. 16, n^o 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 211-278; Marc JOLIN, « Faculté d'élire et planification testamentaire », (1991), vol. 1, n^o 10 *La lettre fiscale québécoise* 73-75, p. 73.

¹³ Art. 1218, al. 2 C.c.Q.

¹⁴ P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 9, p. 5.

¹⁵ Art. 1219, al. 1 C.c.Q.

¹⁶ Art. 1223 C.c.Q.

la substitution ou la valeur des biens substitués au moment de leur vente¹⁷.

- Le grevé est propriétaire du patrimoine de substitution qui est distinct de son patrimoine personnel. Notamment, les créanciers du grevé doivent d'abord se payer à même les biens composant le patrimoine personnel du grevé avant de se payer avec les biens composant le patrimoine de substitution¹⁸.
- Le droit de propriété des biens composant le patrimoine de substitution inclut le droit de les vendre, de les louer ou de les hypothéquer mais pas de les donner ou de les léguer, à moins que le disposant ne le permette dans l'acte de donation ou le testament¹⁹.
- Le grevé est chargé de remettre, après un certain temps, le patrimoine de substitution à l'appelé, ou ce qu'il en reste dans le cas d'une substitution portant sur le résidu²⁰. Généralement, l'ouverture de la substitution a lieu au décès du grevé²¹.

5. POURQUOI CHOISIR LA SUBSTITUTION AU LIEU DE LA FIDUCIE?

La substitution testamentaire n'est pas un choix naturel. La fiducie est utilisée depuis longtemps et les règles de droit civil et de droit fiscal sont plutôt claires²². Le régime de la substitution fait peur parce qu'il est méconnu

¹⁷ Art. 1244 et par renvoi art. 1229 et 1230 C.c.Q. L'obligation de rendre est moins grande dans le cas d'une substitution du résidu. Voir art. 1246 C.c.Q.

¹⁸ Art. 1223, al. 2 C.c.Q.

¹⁹ Art. 1232, al. 1 C.c.Q. L'appelé n'a pas de droit réel dans les biens du patrimoine de la substitution avant l'ouverture de celle-ci (généralement le décès du grevé). L'appelé n'a qu'un droit personnel à l'égard du grevé.

²⁰ Art. 1246 C.c.Q.

²¹ Art. 1240, al. 1 C.c.Q.

²² La fiducie au bénéfice exclusif du conjoint peut quand même être victime des interprétations de l'ARC. Le fait qu'une fiducie soit habilitée à prêter de l'argent à des conditions autres que celles du marché peut faire en sorte qu'elle ne constitue pas une fiducie au profit du conjoint : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0019235, 2 juin 2003. Une clause prévoyant l'obligation, pour la fiducie, de payer les primes d'assurance sur la vie du conjoint survivant dont le bénéficiaire est la fiducie aura pour effet de contaminer la fiducie : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2006-0174041C6, 2 novembre 2006 et 2006-0185551C6, 11 septembre 2006.

et que les auteurs en droit fiscal ont soulevé des questions sans nécessairement apporter des réponses dissipant les doutes, notamment en ce qui concerne la règle de remploi dans le cas d'une substitution du résidu²³.

5.1. AUCUN GESTIONNAIRE AUTRE QUE LE GREVÉ (LE CONJOINT)

Comme en droit québécois il n'est pas possible de constituer une fiducie à fiduciaire unique qui a aussi la qualité de bénéficiaire, le régime de la substitution testamentaire est un outil de remplacement à la fiducie testamentaire en faveur du conjoint. Le grevé est propriétaire des biens et il est le seul à gérer le patrimoine de substitution. Il peut aliéner les biens sans autorisation mais il ne peut en disposer par donation ou testament sauf lorsque l'acte constitutif l'autorise. Étant donné l'obligation de rendre les biens à l'appelé, le pouvoir d'aliénation à titre onéreux obligera le grevé à informer l'appelé des changements au patrimoine de substitution. Au départ, le grevé est tenu de faire un inventaire et, par la suite, il doit faire un rapport annuel à l'appelé quant aux changements apportés au patrimoine de substitution.

5.2. FIDUCIE FISCALE : LE GREVÉ EST FIDUCIAIRE ET BÉNÉFICIAIRE

Pour l'essentiel, les alinéas 248(3)a) et 248(3)d) L.I.R. prévoient que la substitution est réputée être une fiducie entre vifs ou testamentaire, que les biens de la substitution sont réputés être détenus par cette fiducie réputée et que le grevé et l'appelé sont réputés être des bénéficiaires de la fiducie réputée. D'autres règles d'interprétation s'appliquent concernant le moment du transfert réputé selon qu'il s'agit d'une substitution testamentaire ou entre vifs.

Pour marier les règles de la substitution et les règles fiscales concernant les fiducies, il est donc nécessaire de faire une certaine gymnastique intellectuelle. Étant donné que la substitution est réputée être une fiducie et qu'elle a des bénéficiaires réputés (c'est-à-dire le grevé et l'appelé), il faut nécessairement que la fiducie ait aussi un fiduciaire réputé pour que les règles fiscales puissent s'appliquer adéquatement. Dès lors, il ne peut s'agir que du grevé. Celui-ci est le seul propriétaire des biens assujettis à la substitution et il peut exercer le pouvoir de les vendre, sans demander la permission aux appelés, et de les donner ou léguer lorsque l'acte constitutif l'autorise. L'ARC a reconnu que le grevé était à la fois le fiduciaire réputé et

²³ *Supra*, note 12.

un bénéficiaire réputé d'une substitution²⁴. De ce fait, il y a lieu aux fins fiscales de fictivement distinguer lorsque le grevé agit en tant que fiduciaire ou en tant que bénéficiaire.

5.3. FIDUCIE TESTAMENTAIRE RÉPUTÉE ET AVANTAGES FISCAUX

Donc la substitution constituée par testament sera réputée être une fiducie testamentaire et il sera possible d'en tirer les mêmes avantages fiscaux, soit :

- le roulement au décès du disposant dans la mesure où une substitution testamentaire est constituée au bénéfice exclusif du conjoint et qu'elle répond aux conditions de l'alinéa 70(6)b) L.I.R.;
- les taux d'impôt progressifs (par. 117(2) L.I.R.);
- le choix d'une fin d'année (al. 104(23)a) L.I.R.);
- la déduction des sommes payées ou payables (par. 104(6) L.I.R.);
- le fractionnement de revenu entre la fiducie et le grevé (par. 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R.);
- la déclaration de revenus distincte (T3 et TP-646) dans les 90 jours suivant la fin de l'année (al. 150(1)c) L.I.R.);
- l'application de la règle de 21 ans (par. 104(4) L.I.R.). La disposition des biens réputés détenus en fiducie sera retardée au décès du conjoint survivant s'il s'agit d'une substitution au bénéfice exclusif du conjoint.

Aux fins de fractionnement, il n'y a pas d'avantage à constituer une substitution entre vifs car le revenu retenu et imposé dans les mains de la fiducie fiscale sera assujéti au taux d'impôt marginal le plus élevé²⁵. Il pourrait exister des motifs autres que fiscaux pour utiliser la substitution entre vifs. Par exemple, le disposant pourrait vouloir donner, avec stipulation

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9709555F, « Legs en substitution de *residuo* après 1990 », 13 mai 1997.

²⁵ Art. 122 L.I.R.

d'inaliénabilité, un domaine familial à ses enfants, puis à ses petits-enfants et enfin à ses petits-petits-enfants²⁶.

5.4. FIDUCIE RÉPUTÉE MAIS PAS AUX FINS DU CODE CIVIL DU QUÉBEC

La substitution est réputée une fiducie sur le plan fiscal, mais il ne faut pas perdre de vue que ce n'est pas une fiducie du point de vue de notre droit civil. Il est nécessaire de respecter les limites de cette institution qui n'offre pas une aussi grande flexibilité que la fiducie dans l'attribution du revenu et du capital. Par exemple, il n'est pas possible de créer une substitution discrétionnaire au même titre qu'une véritable fiducie discrétionnaire de façon à répartir le revenu du patrimoine de substitution entre plusieurs bénéficiaires de la substitution. Elle ne permet pas que le revenu de la fiducie réputée soit réparti de façon discrétionnaire entre les cogrevés qui sont faiblement imposés.

Certes, le régime de la substitution permet qu'il y ait plusieurs personnes qui soient bénéficiaires de la substitution; ils sont alors cogrevés ou coappelés, le cas échéant. La part de chacun des cogrevés dans le revenu de la substitution est fixée par l'acte constitutif de la substitution. Tout au plus, le disposant peut se réserver la faculté de déterminer la part des appelés ou conférer cette faculté au grevé²⁷. Une fois exercée, cette faculté ne semble pas pouvoir être modifiée ou révoquée comme c'est le cas dans le régime des fiducies²⁸.

6. LA SUBSTITUTION : PATRIMOINE STATIQUE OU DYNAMIQUE

6.1. SUBSTITUTION ORDINAIRE OU SUBSTITUTION DU RÉSIDU

Nous avons mentionné précédemment que le nouveau régime de la substitution permet au grevé de vendre les biens faisant partie du patrimoine de substitution. Une autre règle en corollaire prévoit que le grevé doit alors faire remploi du prix de vente (ci-après « règle du remploi »). Dans ce cas, le grevé est tenu de faire un placement présumé sûr au nom de la substitution²⁹

²⁶ Aucune substitution ne peut s'étendre à plus de deux ordres successifs de personnes, outre celui du grevé initial; autrement, elle est sans effet pour les ordres subséquents; art. 1221, al. 1 C.c.Q.

²⁷ Art. 1255 C.c.Q.

²⁸ Art. 1283, al. 1 C.c.Q.

²⁹ Art. 1230 C.c.Q.

et, au moins une fois l'an, d'informer l'appelé du changement de la composition du patrimoine de substitution³⁰.

La règle du remploi découle nécessairement de l'obligation de rendre imposée au grevé dans le régime de la substitution. Elle n'est pas absolue et le régime de la substitution permet au disposant de donner ou léguer des biens au grevé à charge par lui de ne remettre que le résidu du patrimoine de substitution constitué par le disposant³¹. En droit, c'est ce qu'on qualifie de substitution *de residuo, de eo quod supererit*³² (dans le présent texte, nous faisons référence à la « substitution du résidu »). Le grevé est alors tenu de remettre du patrimoine de substitution les biens qui restent et le solde du prix de ceux qui ont été vendus. Il n'a pas l'obligation de remettre la valeur du bien au moment de la vente comme dans le cas d'une substitution ordinaire.

Comme nous venons de le voir, le régime de la substitution prévoit deux grands types de substitutions : i) la substitution ordinaire avec la pleine obligation du grevé de remettre un patrimoine de substitution, sans droit par lui d'utiliser le capital³³ et ii) la substitution du résidu avec l'obligation du grevé de remettre un patrimoine résiduel de substitution, avec droit par lui d'utiliser le capital³⁴.

6.2. LE DISPOSANT PEUT ACCROÎTRE OU DIMINUER LA FLEXIBILITÉ

En principe, le nouveau régime met toutes les substitutions sur le même pied d'égalité en permettant au grevé d'aliéner les biens à titre onéreux³⁵. Mais le disposant peut constituer une substitution avec des règles plus sévères. Par exemple, le disposant peut assortir la substitution d'une stipulation d'inaliénabilité³⁶. Dans ce cas, le grevé sera pratiquement incapable d'exercer son droit de vendre les biens.

³⁰ Art. 1231 C.c.Q.

³¹ Art. 1246 C.c.Q.

³² Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 98 : « De ce qui en restera. »

³³ Art. 1244 C.c.Q.

³⁴ Art. 1246 C.c.Q.

³⁵ Art. 1229 C.c.Q.

³⁶ Art. 1212 à 1217 C.c.Q.

Le disposant peut aussi assouplir la substitution en modifiant les règles du Code civil qui ne sont pas d'ordre public en manifestant sa volonté dans l'acte constitutif de la substitution. Comme le précise l'article 9 C.c.Q. : « [d]ans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public ». L'article 1232 C.c.Q. reconnaît que l'acte constitutif de la substitution peut être écrit de façon à permettre au grevé de ne pas faire emploi ou de disposer à titre gratuit, par donation ou par testament. Si le grevé lègue dans son testament tous les biens reçus du disposant à une personne autre que l'appelé, celui-ci ne recevra aucun bien du disposant au moment de l'ouverture de la substitution³⁷. Il n'y aura alors tout simplement pas de substitution.

À quoi sert de constituer une substitution dans le cas où le grevé peut remettre à son choix le résidu du patrimoine de substitution ou encore donner tous les biens de son vivant ou les léguer à son décès? En guise d'explication, le disposant désire donner la pleine liberté au grevé quant aux biens substitués, mais si ce dernier ne les consomme ou ne s'en sert pas à des fins personnelles, ne les donne pas de son vivant ou ne les lègue pas par testament, alors le testament du disposant prévoira qui héritera des biens substitués sans qu'il s'agisse nécessairement des héritiers *ab intestat* du grevé. La substitution du résidu est simplement une obligation de rendre à la condition que le grevé n'ait rien fait avec les biens reçus du disposant. Même si en pratique le grevé se retrouve dans la même situation que s'il avait hérité des biens du disposant en pleine propriété, une substitution est alors constituée et il s'agit d'une fiducie fiscale.

Ce qu'il faut retenir de ce qui précède est que si le régime de la substitution était un axe horizontal, il y aurait plusieurs sortes de substitutions. À un bout de l'axe, il y aurait les substitutions qui limitent considérablement le droit de propriété du grevé et à l'autre bout de l'axe, les substitutions qui accordent au grevé tous les pouvoirs sur les biens à l'exception de celui de transmettre les biens par la loi à défaut de testament. Entre les deux extrémités, il y a toutes sortes de substitutions et il est nécessaire de se référer à l'acte constitutif de la substitution afin de connaître la volonté du disposant. C'est d'ailleurs ce que la jurisprudence nous enseigne³⁸. La rédaction d'un acte constitutif d'une fiducie est flexible et permet au constituant de constituer une fiducie qui répond à ses besoins. De

³⁷ Art. 1243 et 1232, al. 2 C.c.Q.

³⁸ *Jacqueline Brisebois c. Eddy Tanguay*, [1978] R.J.Q. 308 (C.A.) (ci-après « *Brisebois* »).

la même façon, il est nécessaire de prendre grand soin de la rédaction de l'acte constitutif de la substitution pour qu'elle réponde aussi aux besoins du disposant.

6.3. EMPLOI AVEC OU SANS MODALITÉ DANS LE NOUVEAU RÉGIME

Le grevé est assujéti à la règle du emploi sur tous les biens substitués composant le patrimoine de substitution, à moins que l'acte constitutif de la substitution n'altère cette obligation. Dans le cas d'une pure substitution du résidu, le grevé peut ne pas faire emploi du prix d'aliénation. Le disposant libère le grevé de son obligation de faire emploi aux conditions établies dans l'acte constitutif³⁹. C'est pourquoi les auteurs se réfèrent à la dispense de emploi. Le disposant peut stipuler que les biens aliénés seront automatiquement dispensés de emploi, totalement ou partiellement, ou que le emploi est au gré du grevé. Ou il peut assujétir la règle du emploi à d'autres règles qu'il indique dans l'acte constitutif, dans la mesure où toutes ces stipulations ou règles ne sont pas contraires à l'ordre public. La règle du emploi doit être examinée à la lumière du nouveau régime de la substitution qui reconnaît le grevé comme véritable propriétaire des biens substitués avec pleine capacité d'aliéner.

D'abord, dans l'ancien régime de la substitution, le disposant pouvait indéfiniment permettre l'aliénation des biens substitués et alors la substitution n'avait d'effet en ce cas que si l'aliénation du bien n'avait pas eu lieu⁴⁰. C'est ce que l'on qualifiait alors de substitution du résidu⁴¹. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a eu à considérer la substitution du résidu dans une affaire fiscale concernant l'imposition de droits successoraux :

³⁹ Art. 1232 C.c.Q.

⁴⁰ Art. 952 C.c.B.-C.

⁴¹ Selon Mignault, la substitution *de residuo* se distingue de la substitution avec pouvoir d'aliéner indéfiniment. Dans le premier cas, le grevé a l'obligation de rendre et ne peut pas aliéner en fraude des droits de l'appelé, car il n'a pas un pouvoir indéfini d'aliéner les biens substitués selon l'ancien droit qui prend racine dans le droit romain. Le disposant a préféré le grevé à l'appelé et il peut se servir des biens pour ses besoins. Mais il a aussi préféré l'appelé à toute autre personne de sorte que le grevé ne peut pas transférer à un autre le bénéfice de la substitution. Dans le deuxième cas, le disposant donne au grevé le pouvoir d'aliéner indéfiniment et le constitue le maître des biens, s'en rapportant à lui pour la portion des biens qui doit être restituée à l'appelé (P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 9, pp. 88-91); voir également R.J. POTHIER, *op. cit.*, note 12, pp. 502-504 quant aux diverses conditions affectant les substitutions. Voir aussi *Brisebois*, précité, note 38.

« 26 Il est clair que si les biens sont tous aliénés par le grevé, qui a le droit de le faire, il n'y a plus de substitution, car il ne reste plus alors d'objet dont pourrait être saisi l'appelé. Mais lorsqu'il reste des biens, à la mort du grevé, la substitution a lieu pour les biens qui demeurent. C'est précisément ce que veut l'article 952 du Code. C'est ce qu'on est convenu d'appeler une substitution *de residuo*; que le résidu comprenne la totalité des biens substitués ou la partie seulement qui n'a pas été aliénée, et dont le grevé, dûment autorisé par le substituant, n'a pas disposé durant la période de temps pendant laquelle il était propriétaire des biens⁴². »

Le nouveau régime de la substitution prévoit le droit d'aliéner qu'il s'agisse d'une substitution ordinaire ou d'une substitution du résidu ce qui est conforme à la nouvelle philosophie selon laquelle le grevé est pleinement propriétaire⁴³. L'aliénation de tous les biens ne met pas fin à la substitution, mais les résultats seront différents selon que l'on est en présence d'une substitution ordinaire ou d'une substitution du résidu. Dans le cas d'une substitution ordinaire, le grevé doit remettre à l'appelé les biens acquis en remploi ou, encore, la valeur des biens au moment de leur aliénation⁴⁴. Dans le cas d'une pure substitution du résidu, le grevé doit remettre le solde du prix d'aliénation⁴⁵.

Donc dans ce dernier cas, le prix d'aliénation demeure assujéti à la substitution, c'est-à-dire à l'obligation de rendre, et le grevé ne doit plus soustraire le prix d'aliénation du patrimoine de substitution dans le nouveau régime de la substitution du résidu, comme c'était le cas autrefois dans l'ancien régime. L'aliénation de tous les biens ne met pas automatiquement fin à la substitution du résidu. Elle est maintenue quant au prix d'aliénation tant que le grevé n'emploie pas ce prix pour acquérir d'autres biens ou encore qu'il ne s'en sert pas pour ses propres besoins. Ainsi, le grevé n'est pas tenu de faire un placement au nom de la substitution avec le produit

⁴² *MRN c. Edmund Howard Smith*, 60 D.T.C. 1102 (C.S.C.). Dans cette affaire, le grevé (épouse du testateur) avait renoncé, avant son décès, à la substitution de sorte que les appelés (ses enfants) ont reçu les biens substitués avant le décès de leur mère. De ce fait, les biens de la substitution ne faisaient pas partie de la masse successorale du grevé aux fins de l'impôt successoral fédéral.

⁴³ Art. 1229 C.c.Q.

⁴⁴ Art. 1244 C.c.Q.

⁴⁵ Art. 1246 C.c.Q.

d'aliénation et, s'il acquiert un bien avec celui-ci, l'appelé n'a pas droit à ces biens⁴⁶.

Par contre, il n'y aura plus de substitution lorsque le grevé dispose gratuitement de tous les biens substitués de son vivant ou par testament, dans le cas où l'acte constitutif lui accorde ce droit, conformément au deuxième alinéa de l'article 1232 C.c.Q. Ainsi, cet article n'a pas la même portée que l'ancien article 952 C.c.B.-C. sur lequel repose l'arrêt de la Cour suprême du Canada vu ci-dessus, et où le simple fait de vendre un bien sujet à une substitution du résidu faisait en sorte que le produit du bien vendu n'avait pas à être remis à l'appelé⁴⁷. D'ailleurs, les commentaires du ministre de la Justice sur l'article 1246 C.c.Q. sont les suivants :

« L'appelé ne peut réclamer les biens dont le grevé pouvait disposer gratuitement. De même, il ne peut réclamer ce que le grevé a pu acquérir avec le produit de l'aliénation, alors qu'il pouvait aliéner les biens tout en étant dispensé d'en faire emploi. »

Nous venons de décrire ce qu'il advient lorsque le disposant accorde au grevé une dispense de emploi sans préciser les modalités. Par contre, le disposant pourrait préciser de quelle manière le grevé est en droit d'utiliser le capital de la substitution et même accorder au grevé la discrétion de faire emploi ou de ne pas faire emploi du prix d'aliénation. Rien dans le nouveau régime de la substitution n'interdit d'accorder au grevé cette discrétion.

7. CONTAMINATION DE LA FIDUCIE TESTAMENTAIRE : POURFENDRE LES MYTHES DE LA SUBSTITUTION EN DROIT FISCAL

Une fiducie testamentaire peut perdre ce statut et devenir une fiducie non testamentaire⁴⁸ lorsque des biens sont remis à la fiducie autrement que par le particulier après son décès⁴⁹. De plus, une règle antiévitements a été

⁴⁶ John E.C. BRIERLEY, « Des restrictions à la libre disposition de certains biens – Les articles 1212-1255 », dans *La Réforme du Code civil – Personnes, successions, biens*, t. 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 723-725, par. 14.

⁴⁷ Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 228, par. 336.

⁴⁸ Au paragraphe 108(1) L.I.R., la définition de « fiducie non testamentaire » prévoit qu'il s'agit d'une fiducie autre qu'une fiducie testamentaire.

⁴⁹ Par. 108(1) « fiducie testamentaire », al. b) L.I.R. pour une fiducie créée après le 12 novembre 1981.

proposée par l'ajout de l'alinéa d) à la définition de « fiducie testamentaire » après le 20 décembre 2002. Sauf certaines exceptions⁵⁰, la fiducie ne sera pas considérée comme une fiducie testamentaire au cours d'une année d'imposition si elle contracte une dette ou autre obligation dont est créancier ou garant un bénéficiaire ou toute autre personne ou société de personnes (appelés une « partie déterminée ») avec laquelle un bénéficiaire de la fiducie a un lien de dépendance.

7.1. SUCCESSION DE LOUIS GREENBERG

À notre connaissance, l'affaire *Estate of Louis Greenberg c. La Reine*⁵¹ est le seul cas de jurisprudence qui traite de la question de la perte du statut de fiducie testamentaire. La succession détenait une participation dans une société de personnes possédant des immeubles locatifs. La succession comptait deux bénéficiaires, les deux fils du défunt, en parts égales. Un premier fils a reçu des montants plus élevés que le second fils. Ces retraits supplémentaires ont fait en sorte que le capital de la succession dans la société de personnes est devenu déficitaire d'un montant de 230 000 \$. Le premier fils a emprunté la somme de 230 000 \$ et l'a versée à la succession qui l'a elle-même versée à la société. La Cour canadienne de l'impôt n'a pas cru le témoignage du premier fils alléguant que son versement à la succession constituait un prêt car il n'y avait pas de preuve documentaire corroborant ce fait. De plus, le second fils n'a pas témoigné sur la nature du paiement reçu par la succession. Le juge Bowie a donc conclu qu'il s'agissait d'un paiement fait à titre gratuit pour augmenter le capital de la succession comme suit :

« 10 I turn now to the meaning of the expression "...property has been contributed to the trust..." which is found in subparagraph 108(1)(i)(iii) of the Act. The word "contributed" in its plain meaning signifies a voluntary payment made to increase the capital of the estate.¹¹ The purpose of the provision is clearly to ensure that while certain beneficial treatment in relation to income tax

⁵⁰ Parmi les exceptions, on compte i) l'obligation par la fiducie de payer un montant à un bénéficiaire du revenu ou du capital; ii) l'obligation de payer les fiduciaires pour les services rendus à la fiducie ou iii) l'obligation de rembourser un paiement fait pour le compte de la fiducie dans la mesure où le remboursement est fait dans les 12 mois suivant le paiement ou un délai plus long accordé par l'ARC et qu'il est raisonnable de conclure que la partie déterminée aurait été disposée à faire le paiement si elle n'avait pas eu de lien de dépendance avec la fiducie. Cette dernière exigence est toutefois suspendue dans le cas où la fiducie est la succession d'un particulier et où le paiement donnant lieu à la dette ou à l'obligation a été effectué dans les 12 mois suivant le décès du particulier ou le délai étendu par l'ARC.

⁵¹ 97 D.T.C. 1380 (C.C.I.).

is accorded to trust funds established on the death of a testator, the same benefit is not made available to *inter vivos* additions to those funds. In my view the repayment of an accidental overpayment to a beneficiary of a testamentary trust would not fall within the meaning of the expression "property ... contributed to the trust". It is a good deal less certain that the same could be said of an interest-free loan made to a trust, but in view of my conclusion as to the nature of the payment in this case I need not decide that question. I find the payment in question to be a voluntary payment into the estate, made for no consideration, and for the purpose of increasing the capital of the estate so that it could, in turn, increase its capital investment in the partnership. It is exactly that kind of payment into a testamentary trust that this legislative provision is aimed at, and I conclude accordingly that the estate ceased to be a testamentary trust on February 22, 1983. »^[1] Oxford English Dictionary, 2nd Ed., Vol. 3 pp. 848-9. (Notre soulagement)

Dans son analyse de la version anglaise de la définition de fiducie testamentaire, le juge Bowie indique que le remboursement par un bénéficiaire d'un paiement excédentaire accidentel ne serait pas un bien remis à la fiducie. Il posait alors la question sans y répondre, à savoir si un prêt sans intérêt aurait pu entraîner la perte de la qualité de fiducie testamentaire. La question est maintenant tranchée, car un prêt *bona fide*, avec ou sans intérêt, n'est plus permis selon la nouvelle règle antiévitement mentionnée ci-dessus.

7.2. POSITIONS DE L'ARC

Outre ce cas de jurisprudence, il faut se référer aux diverses positions administratives adoptées par l'ARC. Voici quelques principes que l'on peut dégager :

- Le remboursement par un bénéficiaire d'un honnête revenu perçu en trop n'est pas une remise de bien à une fiducie⁵².
- Les dépenses courantes prises en charge par le conjoint survivant pour l'utilisation d'une maison détenue par une fiducie au conjoint ne sont pas considérées comme une remise de biens à la fiducie. Par contre, la prise en charge de dépenses de nature capital serait considérée comme une remise de biens⁵³.

⁵² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9725495, « Reimbursement of rent to testamentary trust », 30 octobre 1997; 9721035, « Meaning of contribution », 19 novembre 1997.

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique (externe) 2002-0154435, « Payment of trust expenses by beneficiary », 17 avril 2003.

- Le paiement des impôts sur le revenu par un bénéficiaire de la fiducie effectué, selon l'une ou l'autre des trois méthodes prévues dans le *Bulletin d'interprétation* IT-381R3⁵⁴, en raison du choix fait par la fiducie selon le paragraphe 104(13.1) ou 104(13.2) L.I.R. n'entraîne pas l'application de la règle antiévitement proposée⁵⁵.
- Le bénéficiaire du revenu d'une fiducie au conjoint peut renoncer à son droit de recevoir le revenu avant que le revenu ne devienne payable sans que cela soit considéré comme une remise de biens à la fiducie. Par contre, la renonciation après que le revenu eut été payable constitue une remise de biens⁵⁶.
- Une fiducie au conjoint peut faire un gel successoral sans cesser d'être une fiducie testamentaire⁵⁷.
- Une fiducie ne sera pas considérée comme une fiducie testamentaire si elle reçoit des biens d'une fiducie en faveur de soi-même⁵⁸.
- Une fiducie testamentaire ne peut pas être bénéficiaire d'une fiducie familiale discrétionnaire entre vifs sans perdre son statut de fiducie testamentaire⁵⁹.

⁵⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-381R3, « Fiducies – Gains et pertes en capital et transfert de gains en capital imposables à des bénéficiaires », 14 février 1997, par. 19.

⁵⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, sources externes 2003-000552A, « Debt owed by a testamentary trust », 24 juin 2003 et interprétation externe 2003-0046171E5, « Contribution to Testamentary Trust », 1^{er} décembre 2004, *in fine*.

⁵⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations externes 2003-0046171E5, *op. cit.*, note 55; 2004-0093821E5, « Fiducie créée par testament », 18 avril 2005; « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:1-72, question 1.2., aux pages 59:6-7.

⁵⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision en impôt 2004-0089251R3, « Freezing an estate », 2006 et interprétation externe 2005-0159431E5, « Renonciation aux revenus d'une fiducie », 26 février 2007.

⁵⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0075375, « Trust receives property from an alter ego trust », 23 mars 2001.

⁵⁹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale financière, 2009, pp. 48:1-98, question 9., aux pages 48:28-31.

Nous savons maintenant qu'une fiducie peut perdre son statut de fiducie testamentaire. La substitution testamentaire qui est une fiducie testamentaire réputée peut donc elle aussi perdre ce statut. Comme la substitution n'est pas une fiducie en droit civil, il faut voir si certaines règles de son régime pourraient jouer de façon à favoriser la perte du statut de fiducie testamentaire. Notamment, nous devons regarder l'effet de la règle du remploi.

7.3. DISPENSE GÉNÉRALE DE REMPLOI

Les auteurs en fiscalité se sont montrés préoccupés par le fait que la dispense générale de remploi puisse faire en sorte que la substitution testamentaire perde son statut de fiducie testamentaire réputée. D'abord, la dispense générale de remploi est considérée par analogie par les auteurs comme un prélèvement de capital sur le patrimoine de la substitution en faveur du patrimoine personnel du grevé⁶⁰. Selon eux, le grevé doit alors soustraire le prix d'aliénation du patrimoine de la substitution pour éviter qu'il ne soit considéré avoir fait une remise de bien à la fiducie réputée lui faisant alors perdre son statut de fiducie testamentaire.

Nous pensons que la position de ces auteurs aurait été juste dans l'ancien régime des substitutions, car le seul fait d'aliéner les biens à titre onéreux faisait en sorte que le produit d'aliénation était soustrait de la substitution. Leur position n'est toutefois pas justifiée dans le cadre du nouveau régime de la substitution prévoyant que le grevé a l'obligation de rendre le prix d'aliénation que le grevé n'emploie pas pour acquérir d'autres biens ou pour satisfaire ses propres besoins. Le prix d'aliénation demeure donc dans la substitution tant que le grevé ne fait pas quelque chose avec ce prix. Dès lors, il n'y aura pas contamination de la fiducie testamentaire réputée du fait d'une aliénation puisque le prix n'est pas soustrait du patrimoine de substitution.

7.4. REMPLOI À LA DISCRÉTION DU GREVÉ

De la même manière, les auteurs se sentent mal à l'aise au sujet du fait que le disposant puisse accorder au grevé la discrétion de faire ou ne pas faire remploi, sans que le statut de fiducie testamentaire soit perdu. Nous pensons que cette crainte n'est pas justifiée. Nous sommes d'avis que la substitution doit être traitée sur le même pied d'égalité que la fiducie de

⁶⁰ M. JOLIN, « Planification successorale et testamentaire – Utilisation de la substitution en planification testamentaire », *loc. cit.*, note 12, 23:31.

common law constituée par le testateur en faveur de son conjoint survivant et administrée uniquement par lui sa vie durant. Les modalités d'une telle fiducie peuvent prévoir que le revenu soit payable au conjoint et que celui-ci a droit au capital à son entière discrétion. À la suite d'une vente d'un bien détenu par la fiducie, le non-prélèvement sur le capital de la fiducie ne sera pas considéré comme une remise de bien à la fiducie. Le conjoint survivant agit dans son rôle de fiduciaire dans le cadre de la vente du bien, et aussi dans la prise de décision de réinvestir le produit de vente au nom de la fiducie, ou de se payer un montant prélevé du capital de la fiducie à titre de bénéficiaire discrétionnaire du capital de la fiducie.

Le grevé est réputé être un fiduciaire et un bénéficiaire de la fiducie réputée résultant de la constitution d'une substitution testamentaire au bénéfice exclusif du conjoint. Le grevé a droit à tout le revenu du patrimoine de substitution en tant que propriétaire. Son droit au capital est déterminé par le disposant qui peut lui accorder des pouvoirs très étendus ou prévoir des règles ou modalités d'accès à ce capital qui ne sont pas contraires à l'ordre public. Par exemple, le disposant peut accorder au grevé le droit de disposer gratuitement par donation entre vifs ou par testament. Dans ce cas, la substitution va exister jusqu'au décès du grevé mais à la condition qu'il subsiste des biens à ce moment. La substitution, et la fiducie réputée, peuvent donc cesser d'exister si tous les biens sont donnés avant le décès. Le grevé peut choisir à sa discrétion d'exercer son droit de disposer et ce droit discrétionnaire n'invalidera pas la constitution de la substitution en droit civil. Du point de vue fiscal, le droit de disposer à titre gratuit ne viendra pas contaminer la fiducie réputée au bénéfice exclusif du conjoint⁶¹. Le grevé qui donne un bien à un tiers est réputé avoir reçu ce bien du fiduciaire réputé et avoir donné le bien en tant que bénéficiaire. De cette façon, il n'y a pas de distribution par la fiducie réputée en faveur d'une personne autre que le conjoint survivant aux fins du sous-alinéa 70(6)b(ii) L.I.R.⁶² Aussi, il va de soi qu'on ne peut prétendre qu'il y aura une remise de biens faite par le grevé au capital de la fiducie. S'il y a une distribution faite au grevé aux fins du sous-alinéa 70(6)b(ii), il y a nécessairement une distribution aux fins de la définition de fiducie testamentaire à l'article 108 L.I.R.

⁶¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 24.

⁶² Le grevé se retrouve dans la même position que s'il avait acquis les biens de plein droit sans que le testateur ait constitué une substitution. Dans un tel cas, le conjoint survivant peut toujours donner de son vivant ou à son décès les biens reçus du testateur. Aussi, on peut comparer cela au cas de la fiducie de common law où le conjoint survivant peut faire un prélèvement discrétionnaire de capital et remettre volontairement les biens à d'autres personnes.

Dans la même veine, nous pensons que la dispense de emploi discrétionnaire doit être vue comme une modalité que le disposant veut accorder au grevé quant à l'utilisation du capital de la substitution. Le disposant souhaite que le grevé soit le bénéficiaire discrétionnaire du capital donné en substitution. La dispense de emploi discrétionnaire complète le droit que le grevé peut avoir de disposer à titre gratuit de son vivant ou à son décès. Le disposant peut accorder le droit de donner à titre gratuit sans donner une dispense de emploi ou l'assujettir à des modalités qui ne sont pas contraires à l'ordre public, comme la dispense de emploi discrétionnaire. On sera alors en présence d'une substitution hybride, un croisement entre la substitution ordinaire et la substitution du résidu. Si un bien est vendu dans un tel cas, le grevé en tant que fiduciaire devra alors décider si le prix de vente doit être employé au nom de la substitution ou lui être distribué comme du capital de la fiducie réputée à titre de bénéficiaire discrétionnaire du capital de la fiducie réputée. Au moment de cette prise de décision, le produit d'aliénation est toujours assujéti à l'obligation de rendre à l'appelé et fait nécessairement partie du patrimoine de la substitution. Tant que le grevé n'a qu'un droit discrétionnaire au capital de la substitution, le prix d'aliénation demeure toujours dans la substitution et dans la fiducie réputée. Il n'y aura donc pas de remise de bien volontaire du fait d'accorder au grevé la discrétion de recevoir une partie du capital de la substitution. Au moment de l'exercice de cette discrétion, le grevé devra choisir en tant que fiduciaire réputé de recevoir un montant du capital de la substitution ou de continuer à faire des placements au nom de celle-ci. Il serait prudent de prévoir que la règle du emploi s'applique à défaut par le grevé d'exercer son droit discrétionnaire de recevoir un montant de capital. Dans ce cas, les biens ne seront jamais reçus dans le patrimoine personnel du grevé avant qu'il n'exerce la discrétion de se servir des biens du patrimoine de substitution pour ses besoins personnels. Le statut de fiducie testamentaire ne sera pas perdu.

D'un point de vue rédactionnel, l'acte constitutif pourrait prévoir quelque chose comme suit en cas de vente d'un bien du patrimoine de la substitution :

« En cas de vente ou autre aliénation d'un Bien Substitué, le prix de vente ou le produit d'aliénation (ci-après désigné le "Prix d'Aliénation") continuera de faire partie du Patrimoine de Substitution pour être lui-même un Bien Substitué et tout bien acquis au nom du Patrimoine de substitution avec le Prix d'Aliénation ou tout autre Bien Substitué sera également un Bien Substitué, et ce, jusqu'à ce qu'un tel Bien Substitué soit :

Consummé ou utilisé par MON CONJOINT;

Soustrait par MON CONJOINT du Patrimoine de Substitution pour être transférés ou virés à son Patrimoine Personnel; ou

Disposé par MON CONJOINT, à titre gratuit, par donation entre vifs ou par testament. »

Également, la clause de dispense de emploi pourrait être coordonnée et prévoir qu'il y a dispense de emploi dans les mêmes cas que ceux indiqués précédemment.

7.5. RENONCIATION AU REVENU

Le revenu de la substitution appartient au grevé en tant que propriétaire des biens du patrimoine de la substitution⁶³ et il n'a pas d'obligation de le rendre à l'appelé. Aux fins de la fiducie fiscale, on peut donc dire que le revenu civil est payable au grevé en tant que bénéficiaire. En d'autres termes, le grevé a le droit absolu de recevoir le revenu de la substitution.

Le grevé peut-il renoncer au revenu avant qu'il ne soit payable et ainsi augmenter le capital de la substitution?

Répondons à cette question en regardant le cas de la renonciation d'un bénéficiaire d'une fiducie. Il peut renoncer aux droits qui lui sont accordés par l'acte constitutif de la fiducie⁶⁴. S'il est seul bénéficiaire des revenus, son droit passe aux bénéficiaires des revenus du second ordre ou, à défaut, aux bénéficiaires du capital⁶⁵. La nature du droit d'un bénéficiaire d'une fiducie diffère du droit de propriété du grevé. Le bénéficiaire d'une fiducie peut être titulaire d'un droit au revenu ou d'un droit au capital de la fiducie, mais il n'est pas propriétaire des biens détenus en fiducie⁶⁶. C'est ce qui permet au bénéficiaire de renoncer au revenu éventuel non réalisé par la fiducie.

Compte tenu du droit de propriété du grevé sur le revenu et de la nature de l'institution qu'est la substitution, il est douteux que le grevé puisse renoncer à l'avance au revenu avant qu'il ne devienne payable de la même

⁶³ Art. 1223 C.c.Q. Le grevé peut toutefois en être privé par le tribunal s'il ne respecte pas ses obligations ou s'il menace les droits de l'appelé comme le prévoit l'article 1238 C.c.Q.

⁶⁴ Art. 1285, al. 2 C.c.Q.

⁶⁵ Art. 1286, al. 2 C.c.Q.

⁶⁶ Art. 1261 C.c.Q.

façon qu'un bénéficiaire d'une véritable fiducie puisse renoncer à son droit au revenu. Selon l'article 1234 C.c.Q., le grevé peut renoncer à ses droits, mais il doit alors le faire en faveur de l'appelé et lui rendre par anticipation les biens substitués. À notre avis, le grevé ne peut renoncer qu'à son droit de propriété qui comprend les trois droits fondamentaux : le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien. Il peut probablement le démembler par un acte visant à constituer un usufruit, un usage, une servitude ou une emphytéose, mais le grevé ne peut pas individuellement renoncer à son droit de jouissance, à son droit au revenu, réalisé ou non. La renonciation n'étant pas admise, il n'y aura donc pas un risque de contamination de la fiducie fiscale par un acte de renonciation au revenu dans le cas d'une substitution testamentaire.

7.6. REVENU CONSERVÉ PAR LA SUBSTITUTION

Comme le revenu de la substitution appartient au grevé, on peut se demander s'il peut accidentellement, ou même volontairement, faire perdre le statut de fiducie testamentaire réputée à la substitution par son inaction à « percevoir » le revenu de la substitution. Forts de cette crainte, les auteurs en fiscalité ont suggéré que le revenu annuel soit remis au grevé⁶⁷, sorti du patrimoine distinct et payé au grevé⁶⁸ ou transféré dans son propre patrimoine⁶⁹. Les mots perception, remise, transfert ou paiement se comprennent aisément quand une personne est créancière et une deuxième débitrice, ou qu'à tout le moins il existe deux patrimoines autonomes et distincts faisant l'objet d'une administration distincte. C'est d'ailleurs le cas avec une véritable fiducie constituée au Québec puisque le patrimoine du bénéficiaire et le patrimoine fiduciaire sont clairement distincts⁷⁰. Ce n'est pas le cas du grevé.

D'un point de vue juridique, le grevé a un seul patrimoine mais par la substitution, celui-ci fait l'objet d'une division⁷¹ entre les biens ne faisant pas l'obligation d'une remise et les biens devant être remis à l'appelé au moment de l'ouverture de la substitution. Ce patrimoine distinct n'est pas un patrimoine d'affectation, autonome, sans propriétaire et administré par un

⁶⁷ M. JOLIN, « Planification successorale et testamentaire – Utilisation de la substitution en planification testamentaire », *loc. cit.*, note 12, 23:28.

⁶⁸ O. ST-HILAIRE, *loc. cit.*, note 12, 112, partie 3.5.1.

⁶⁹ C. MARION, *loc. cit.*, note 12, 804.

⁷⁰ Art. 1261 C.c.Q.

⁷¹ Art. 2, al. 2 et 1223 C.c.Q.; voir également J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 46.

tiers. Le grevé n'est d'ailleurs pas tenu aux règles de l'administration de bien d'autrui⁷². Compte tenu du fait que le patrimoine de substitution est compris dans le patrimoine personnel du grevé, ce dernier est-il juridiquement en mesure de faire un transfert de biens du patrimoine de substitution au patrimoine personnel et vice versa, au même titre qu'un constituant d'une fiducie transfère des biens de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue pour une affectation? Est-il donc légalement en mesure de faire une remise volontaire de biens qui pourrait contaminer la fiducie testamentaire réputée?

Prenons un exemple. Le grevé ouvre un compte de placements au nom de la substitution et un autre compte de placements à son nom. Le grevé peut faire le nécessaire pour que les intérêts, dividendes et autres revenus du compte de la substitution soient annuellement virés du compte de la substitution à son compte personnel. Mais disons que la fiducie réputée déclare le revenu et l'attribue au grevé mais qu'il n'y a pas de virements entre les deux comptes pendant quelques années. Est-ce qu'il y a une remise de biens à la fiducie réputée en l'absence de virement? Nous ne le pensons pas. Le grevé est toujours en droit de recevoir le paiement et en plus il ne peut pas y avoir de prescription extinctive de son droit, car il est à la fois débiteur et créancier tant que la substitution n'est pas ouverte⁷³.

C'est un peu la même situation que la fiducie testamentaire au bénéficiaire exclusif du conjoint qui ne paie pas par ailleurs le revenu payable. Le conjoint peut exiger le revenu, mais il n'exige pas le paiement de cette créance de sorte qu'elle pourrait devenir prescrite après trois ans selon la règle normale du Code civil. Peut-on voir là une remise de bien volontaire? Nous en doutons. Il s'agit plutôt de la perte d'un droit n'exigeant aucun acte volontaire de la part du créancier. Dans ce cas, la créance éteinte augmentera le capital de la fiducie.

Il convient de noter que la règle antiévènement prévoit une exception. Elle ne tiendra pas compte d'une dette contractée par une fiducie en règlement du droit d'un bénéficiaire de la fiducie, que ce droit soit celui

⁷² J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 46, 721. Le grevé est soumis à quelques règles semblables dont la préparation d'un inventaire (art. 1224 C.c.Q.); agir avec prudence et diligence par rapport aux droits de l'appelé (art. 1225 C.c.Q.); voir à l'entretien et à la conservation des biens (art. 1226 C.c.Q.); assurer les biens (art. 1227 C.c.Q.) et informer l'appelé de la modification à la masse de biens et du emploi (art. 1231 C.c.Q.).

⁷³ Art. 1249 C.c.Q.

d'exiger le versement d'une somme payable par la fiducie ou que ce droit soit celui de recevoir un montant de capital de la fiducie. Une dette ainsi contractée ne fera pas perdre à la fiducie son statut de fiducie testamentaire. Cela pourrait possiblement viser les situations des revenus payables qui demeurent impayés dont nous venons de parler. Si la règle antiévitement ne s'applique pas, n'est-ce pas une reconnaissance que la créance n'est pas une remise de biens?

Une auteure a aussi suggéré que le grevé ne devait pas confondre (c'est-à-dire fondre, fusionner, mélanger ou regrouper) ses biens personnels avec les biens substitués car cela constituerait une remise qui ferait perdre à la fiducie réputée son statut de fiducie testamentaire. Un administrateur du bien d'autrui doit éviter de confondre les biens administrés avec ses propres biens⁷⁴. Rien par contre n'oblige le grevé à agir de la sorte; il n'a l'obligation que de faire rapport à l'appelé sur les modifications de la masse des biens sujets à l'obligation de rendre. Par exemple, le grevé pourrait très bien payer le prix d'achat d'un immeuble locatif pour une moitié avec ses biens personnels et l'autre moitié avec les biens de la substitution. Au décès du grevé, une seule moitié de l'immeuble serait alors sujette à la substitution. Dans la mesure où un bien est en partie acquis au nom personnel du grevé et en partie acquis au nom de la substitution⁷⁵ et qu'il en est fait état dans la masse des biens⁷⁶, il n'y aura pas de remise de biens à la fiducie réputée.

7.7. IMPÔTS SUR GAIN EN CAPITAL ET DES DÉPENSES EN CAPITAL

Il est nécessaire de prévoir que le grevé puisse payer les impôts sur les gains en capital de la fiducie réputée ou les dépenses de nature capital avec les biens d'une substitution ordinaire et de le dispenser de remploi quant à ces montants d'impôt. Sinon, le grevé doit payer les dépenses généralement débitées au compte capital avec ses biens personnels (c'est-à-dire ceux qui ne font pas l'objet d'une obligation de remise) et il n'a droit d'être remboursé qu'à l'ouverture de la substitution⁷⁷. Cela pourrait possiblement faire perdre le statut testamentaire de la fiducie réputée selon les positions administratives de l'ARC. Ce problème n'existe toutefois pas en présence d'une substitution du résidu.

⁷⁴ Art. 1313 C.c.Q.

⁷⁵ Art. 1229 C.c.Q.

⁷⁶ Art. 1231 C.c.Q.

⁷⁷ Art. 1247 C.c.Q.

7.8. VENTE OU ACHAT ENTRE PERSONNES LIÉES

Le grevé pourrait acheter avec le produit d'aliénation d'un bien substitué un bien en remploi d'une personne liée à un montant moindre que la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du bien. De même, le grevé pourrait vendre à cette personne liée un bien du patrimoine de la substitution à un montant plus élevé que sa JVM. Il n'est pas impossible que l'ARC puisse considérer qu'il s'agisse d'une remise de biens ou que la nouvelle règle antiévitement s'applique, entraînant la perte du statut de fiducie testamentaire. Ces mêmes situations pourraient survenir dans le cas où nous serions en présence d'une véritable fiducie testamentaire. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de prévoir un langage particulier dans l'acte constitutif d'une substitution au même titre qu'il n'est pas nécessaire de le prévoir dans l'acte de fiducie.

8. AUTRES ÉLÉMENTS

L'objectif de l'auteur n'était pas de survoler toutes les règles du nouveau régime de la substitution mais bien de relever le fait que la règle permettant l'aliénation des biens à titre onéreux a modifié profondément le droit antérieur. Ce faisant, les biens du patrimoine de substitution peuvent changer pendant la durée de la substitution. Il n'y a pas que les immeubles à revenus, moins susceptibles d'être vendus pendant la vie du grevé, qui devraient être légués en substitution.

Un portefeuille de valeurs mobilières pourrait très bien être légué en substitution même si les nombreuses transactions feront en sorte que les placements seront complètement modifiés dans ce portefeuille entre le moment où ils sont reçus du disposant par le grevé et le décès de ce dernier. Cela nous amène à parler brièvement de l'obligation de faire des placements présumés sûrs⁷⁸. L'ancien article 981q C.c.B.-C. permettait expressément au disposant de dispenser le grevé d'être astreint à faire des placements présumés sûrs. À notre avis, la dispense ne serait pas contraire à l'ordre public. D'autant plus que le disposant peut de toute façon dispenser le grevé de faire remploi tout court. Sans faire une analyse, le professeur Brierley a exprimé un doute selon lequel la dispense était possible dans le cas de substitution autre que du résidu sans pour autant étayer sa position juridique⁷⁹. Il serait étonnant que le législateur ait voulu rendre le nouveau

⁷⁸ Art. 1230 C.c.Q.

⁷⁹ J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 46, 723, par. 13(7).

régime de la substitution plus contraignant que l'ancien. À notre avis, il n'était tout simplement pas utile de répéter les dispositions de l'ancien article 981q C.c.B.-C. dans le nouveau Code civil, car le disposant est libre d'établir les règles de la substitution sans offenser l'ordre public.

Chose certaine, il y a des biens qui ne devraient pas être légués en substitution, par exemple un REÉR⁸⁰, un régime de pension agréé (RPA) et un régime de participation différé aux bénéficiaires (RPDB). À la question de savoir si les actions d'une société privée qui sera liquidée après le décès du grevé ne devraient pas être léguées en substitution au conjoint – car il existe un risque de double imposition du fait que la fiducie réputée sera imposée sur un gain en capital réputé alors que l'appelé pourrait être assujéti à un impôt sur un dividende réputé de liquidation et ne pas pouvoir utiliser la perte en capital qui découle de la disposition des actions –, il faut répondre que la planification *post mortem* pourra inclure l'utilisation de la technique du pipeline ou du conduit afin d'éliminer ce problème.

Le lecteur se référera au tableau préparé par M^e Caroline Marion à la Partie A du présent texte concernant les droits et devoirs du grevé et de l'appelé comme la publication de la substitution⁸¹, le devoir d'agir avec prudence et diligence⁸², l'entretien des biens⁸³, la déchéance des droits du grevé⁸⁴, la caducité du legs au grevé ou à l'appelé, etc.

CONCLUSION

Jean et Bernard devraient choisir de faire une substitution testamentaire. Le testament prévoira que le grevé devra faire emploi tant qu'il ne se servira pas des biens du patrimoine de la substitution pour ses propres besoins, **à son gré**, qu'il pourra disposer des biens par donation ou testament ou qu'il pourra exercer la faculté d'élire les appelés parmi une liste de bénéficiaires nommés au testament.

⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, lettre d'interprétation 9623645F, « Décès et substitution avec un REER », 10 septembre 1996.

⁸¹ Art. 1218 C.c.Q.

⁸² Art. 1225 C.c.Q.

⁸³ Art. 1226 C.c.Q.

⁸⁴ Art. 1238 C.c.Q.

Cette substitution testamentaire reconnue en droit civil sera nécessairement reconnue comme fiducie fiscale testamentaire au bénéfice exclusif du conjoint. Car s'il existe le moindre doute sur le caractère testamentaire de la fiducie réputée résultant des pouvoirs accordés par le disposant au grevé, il doit être tranché en faveur du contribuable. À cet égard, nous nous permettons de citer la conclusion de M^e Marc Cuerrier qui s'exprimait sur la réforme de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard des usufruits et substitutions lors d'un colloque de l'Association de planification fiscale et financière en 1990 :

« Le traitement des usufruits et substitutions comporte depuis longtemps bon nombre d'irritants. En assimilant ces institutions à des fiducies, il sera dorénavant possible de connaître avec certitude les conséquences de leur utilisation. Le recours au modèle de la fiducie élimine la nécessité de considérer qu'il y a démembrement de la propriété et création de deux biens avec tous les problèmes d'évaluation, de répartition des coûts et de transfert de la plus-value inhérents au concept de démembrement. Le modèle fiduciaire offre outre un traitement plus harmonieux qui favorise l'uniformité tout en reconnaissant et en respectant le caractère civil distinct de ces institutions. La technique de la fiducie réputée est certes une fiction juridique qui permet d'éviter la nécessité d'établir un code long et indûment complexe des règles spécifiques. Il se peut que l'application de cette fiction ne soit pas toujours évidente ou parfaitement compatible avec toutes les nuances et les particularités des usufruits ou substitutions. Dans ces circonstances, on ne devrait pas conclure trop vite à l'inapplication de la règle; plutôt une interprétation libérale devrait être recherchée en conformité avec les objectifs avoués de conciliation et d'harmonisation du traitement fiscal des donations et successions⁸⁵. » (Notre soulignement)

⁸⁵ Marc CUERRIER, « Impacts et conséquences du bill technique du 13 juillet 1990 sur les fiducies et l'usufruit – Les fiducies réputées : usufruit, substitutions et arrangements contractuels », dans *Colloque – Fiducies*, 42, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1990, pp. 8:1-19, à la page 8:19.

PARTIE C

Droit d'usage de la résidence familiale de la famille reconstituée

Caroline Marion, notaire, LL. M., DESS fisc., Pl. Fin.

INTRODUCTION

Depuis 1981, le *Code civil du Québec*¹ accorde un statut particulier à la résidence familiale qu'il définit comme étant le lieu choisi de concert par les époux ou les conjoints unis civilement ou encore, « [e]n l'absence de choix exprès², [le lieu] où les membres de la famille habitent lorsqu'ils exercent leurs principales activités »³. La résidence familiale et les meubles qui la garnissent et l'ornent jouissent d'une protection exhaustive contre les gestes unilatéraux d'un époux propriétaire⁴ et peuvent faire l'objet d'une attribution préférentielle en cas de rupture du lien matrimonial en faveur de l'époux ou du conjoint uni civilement qui obtient la garde d'au moins un enfant⁵.

Dans un arrêt rendu en 1999, dans l'affaire *S. (M.) c. Banque de Nouvelle-Écosse*⁶, le juge Jean-Louis Baudouin mentionne ce qui suit au sujet de la notion de résidence familiale :

« C'est en 1980 (L.Q. 1980, c. 39) que le législateur québécois a modifié le Code civil (art. 449 et s. C.c.Q.) et ajouté au droit de la famille les dispositions que l'on retrouve maintenant au nouveau Code sous les numéros 401 et s. Ces textes visent, et la chose est claire, à protéger l'endroit où réside la famille, qui représente, dans bien des cas, son seul véritable actif. Ils empêchent, entre autres, l'un des époux de le grever et d'en disposer librement au détriment de l'autre. Cette protection, comme le montre le présent dossier, devient particulièrement importante en cas d'éclatement de la famille. » (Notre soulignement)

¹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

² Le choix exprès serait celui par lequel les époux font inscrire une déclaration de résidence familiale au registre foncier : art. 407 et 2938, al. 3 C.c.Q.

³ Art. 395 C.c.Q.

⁴ Art. 401 à 408 C.c.Q.

⁵ Art. 409 à 413 C.c.Q.

⁶ C.A. Montréal, n° 500-09-006487-987 (500-22-001469-975), 2 février 1999, par. 12-13.

Il n'est donc pas étonnant que nos clients aient toujours accordé une importance toute particulière à cet actif dans leurs planifications successorales et testamentaires.

De surcroît, avec la hausse vertigineuse de la valeur des immeubles résidentiels au cours de la dernière décennie, l'importance de la valeur patrimoniale de cet actif par rapport aux autres biens détenus par nos clients a considérablement augmenté. Les volontés testamentaires de nos clients ont donc sensiblement évolué et la valeur parfois considérable de cet actif permet désormais à leurs conseillers d'imaginer des planifications plus élaborées afin de respecter davantage leurs exigences.

De façon plus particulière, on remarque une préoccupation grandissante chez nos clients vivant en famille reconstituée à protéger le milieu de vie du conjoint, tout en ne dépossédant pas d'autres héritiers de la valeur patrimoniale accumulée au titre de la résidence familiale. Si la mise en place d'une fiducie testamentaire nous apparaît immédiatement comme la solution tout indiquée dans un tel contexte, nous avons voulu examiner d'autres solutions, moins courantes, mais parfois tout aussi efficaces, que sont le droit d'usage⁷ et l'usufruit⁸.

Nous n'avons évidemment pas la prétention d'avoir trouvé une solution à toutes les situations où la planification testamentaire du transfert de la résidence familiale dans un contexte de famille reconstituée se présentera. En effet, chaque situation étant unique, différentes options méritent d'être envisagées au cas par cas. Nous avons donc restreint notre analyse à une situation particulière que nous présenterons sous forme de mise en situation et qui nous apparaît représentative de volontés susceptibles de se présenter régulièrement.

1. LES FAITS

Robert est un jeune veuf au début de la soixantaine. Il a été marié pendant 25 ans avec Josée, décédée il y a trois ans. Les époux ont eu deux enfants, respectivement âgés de 30 et 32 ans. Ces derniers sont autonomes financièrement et chacun a commencé sa petite famille. Ils ont acquis des résidences, lourdement hypothéquées, en copropriété avec leurs conjoints respectifs.

⁷ Art. 1172 à 1176 C.c.Q.

⁸ Art. 1120 à 1171 C.c.Q.

Au décès de son épouse Josée, Robert a hérité de tous les biens qui appartenaient à celle-ci, incluant sa demie indivise des meubles meublants et de la résidence familiale, désormais libre de toute hypothèque, et dont la valeur se chiffre à environ 500 000 \$. Il s'agit de la résidence qui a vu grandir les enfants. Le patrimoine de Robert se compose en outre du généreux fonds de pension de son employeur, de placements détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») dont la majorité provient de l'héritage de Josée, d'un portefeuille non enregistré et de quelques véhicules récréatifs (bateau, motocyclette, habitation motorisée). La résidence correspond à plus du tiers de la valeur du patrimoine total de Robert.

Depuis quelques mois, Robert et sa nouvelle amie Claudine, avec qui il entend refaire sa vie, ont décidé de s'installer dans la résidence de Robert. Âgée dans la mi-cinquantaine, Claudine habitait jusqu'alors un condominium qu'elle a vendu meublé. Elle a utilisé le produit de la vente, une fois l'hypothèque remboursée, pour combler une partie de ses droits inutilisés de cotisation à son REÉR, investir dans un compte d'épargne libre d'impôt (« CÉLI ») et rembourser le solde de son prêt automobile. Également veuve depuis peu, Claudine n'a eu qu'un enfant, aujourd'hui âgé de 25 ans. Elle travaille depuis trois ans pour le même employeur que Robert et pour lequel travaillait aussi son ex-époux. Elle bénéficiera donc d'un maigre fonds de pension personnel d'ici cinq ans, lequel s'ajoutera à celui, beaucoup plus généreux, dont elle a hérité de son ex-époux.

La décision de s'installer chez Robert rend Claudine craintive car elle sait pertinemment qu'elle ne possède aucun droit sur la résidence qui appartient entièrement à Robert. Elle n'a pas insisté pour l'achat d'une résidence commune à court terme parce qu'elle connaît l'importance que revêt cette propriété pour les enfants de Robert et qu'elle apprécie la proximité de leur lieu de travail. Elle trouve cependant la maison beaucoup trop spacieuse pour envisager d'y résider en permanence advenant l'inaptitude ou le décès de son conjoint. Elle irait probablement se loger près de chez son fils, qui ne s'entend pas très bien avec Robert et qui habite présentement avec des colocataires dans une autre ville.

Robert ne considérerait pas prudent de lui vendre la moitié de la résidence qu'il avait habitée avec Josée avant d'être absolument certain de la solidité de leur relation. Robert est cependant conscient de la précarité des droits de Claudine advenant son inaptitude ou son décès et il entend rédiger un mandat en prévision de son inaptitude et un testament afin d'y pallier. Il hésite cependant à léguer la résidence et les meubles en totalité à Claudine, d'autant plus que la moitié indivise de ceux-ci constituent un héritage de Josée. En

outre, son conseiller financier lui a fait part du fait qu'après trois ans de vie commune, Claudine pourrait bénéficier des droits accumulés dans son fonds de pension⁹ à moins qu'elle n'y renonce¹⁰. Il sait également qu'après un an de vie commune, Claudine pourrait se qualifier à titre de « conjointe de fait » aux fins des lois fiscales¹¹ et bénéficier du transfert libre d'impôt de ses fonds accumulés dans un REÉR¹². En considérant que Claudine sera amplement autonome financièrement en héritant de son fonds de pension et de ses REÉR, Robert envisage pour l'instant de léguer ses autres actifs directement à ses enfants majeurs. Il imagine que ces derniers utiliseraient ses placements non enregistrés et le produit de la vente de ses autres actifs pour rembourser le solde de leurs hypothèques respectives.

2. PLANIFICATION TESTAMENTAIRE PROPOSÉE

Plutôt que d'envisager le legs de la résidence familiale dans une fiducie exclusive au bénéfice de Claudine, le testament de Robert pourrait être simplifié par le recours au legs d'un droit d'usage ou d'habitation de l'immeuble. Le testament de Robert pourrait d'abord contenir une désignation de bénéficiaire, doublée d'un legs à titre particulier en faveur de Claudine de ses droits dans son fonds de pension et dans les sommes qu'il aura accumulées au titre d'un REÉR. Le legs pourrait être consenti à charge pour cette dernière d'acquiescer à même ces sommes une rente viagère garantie et d'y désigner les enfants de Robert comme bénéficiaires irrévocables¹³ et à

⁹ Nous supposons ici que le fonds de pension de Robert est assujéti à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1 (ci-après « L.R.C.R. »).

¹⁰ Art. 85 et 88.1 L.R.C.R.

¹¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 248(1) et *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 2.2.1. Dans le cadre du présent texte, toute référence à une disposition de la loi fédérale vaut aussi référence aux articles correspondants de la loi québécoise, qui sont généralement harmonisés, à moins d'indication contraire.

¹² Par. 146(8.8), 146(8.9) et 146(1) L.I.R. pour l'inclusion/déduction entre les mains du rentier décédé ainsi que par. 146(8), al. 56(1)a) et 60j) L.I.R. pour l'inclusion/déduction entre les mains du conjoint survivant.

¹³ L'Agence du revenu du Canada s'est prononcée en faveur du transfert en franchise d'impôt d'un REÉR assujéti à un legs à charge dans au moins deux interprétations techniques rendues en 1998 et en 2003 : *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 2002-0163425, 28 février 2003 et 9732055, 2 septembre 1998. Nous avons discuté en détail de cette planification dans Denise COURTEMANCHE et Caroline MARION, « Transfert du régime enregistré d'épargne-retraite au deuxième décès : mission (à suivre...) »

charge également pour Claudine d'assumer les impôts qui en découlent par suite du décès ou en raison de l'usage futur qu'elle en fera. Le résidu des biens meubles et immeubles de Robert pourrait ensuite être légué en parts égales entre ses enfants ou dans une fiducie familiale de fractionnement à leur bénéficiaire.

Quant à la résidence principale, objet de notre principale préoccupation, compte tenu de la brièveté actuelle de son union et du fait que Claudine n'envisage pas de résider longtemps dans la propriété au décès de son conjoint, il nous apparaît que Robert pourrait considérer l'opportunité d'accorder à Claudine un droit d'usage temporaire de la résidence à son décès. Il pourrait léguer de façon concomitante la nue-propriété de l'immeuble directement à ses enfants ou à la fiducie familiale de fractionnement constituée à leur bénéficiaire.

3. ARGUMENTS JURIDIQUES, LÉGAUX ET FISCAUX EN FAVEUR DE LA SOLUTION PROPOSÉE

Sans mettre en doute les avantages du legs en fiducie exclusive au bénéficiaire du conjoint, nous sommes d'avis que le legs d'un droit d'usage ou d'usufruit de la résidence familiale peut constituer une solution tout aussi efficace dans la situation à l'étude.

L'usufruit et l'usage constituent des démembrements du droit de propriété¹⁴. Le droit de propriété¹⁵ comporte trois attributs¹⁶ ou caractéristiques que l'on désigne généralement par leurs « équivalents » latins :

(...suite)

impossible? », dans *Colloque – Planification successorale*, 156, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006.

¹⁴ Art. 1119 C.c.Q. : « L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels. »

¹⁵ Art. 947 C.c.Q.

¹⁶ Le droit de propriété comporte en outre un quatrième attribut, le droit d'accession (art. 954 à 975 C.c.Q.), qui permet au propriétaire de profiter de tout ce qui s'unit de façon naturelle ou artificielle à son bien. Voir François FRENETTE, « La propriété superficielle », dans *Chambre des notaires du Québec, Répertoire de droit/Nouvelle série*, Biens – Doctrine, Document 5, n^{os} 19 et 20, 2005, p. 9-10 et Pierre-Claude LAFOND, *Précis du droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n^o 1569, p. 702 : « L'accession peut être comprise parmi les attributs du droit de propriété au même titre que l'usus, le fructus et l'abusus. »

- 1) l'*usus*, soit le droit d'utiliser du bien, de s'en servir, de l'utiliser et, dans le cas d'un immeuble, de l'habiter;
- 2) le *fructus*, soit le droit de jouissance du bien, le droit de l'exploiter et d'en tirer les fruits et revenus; dans le cas d'un immeuble, cela inclut le droit de louer le bien et de percevoir les loyers, et
- 3) l'*abusus*, soit le droit de disposer du bien, c'est-à-dire de le vendre, le donner, l'hypothéquer ou le grever d'un autre droit réel (comme consentir une servitude¹⁷) et même le droit de le détruire.

Les démembrements du droit de propriété opèrent une scission du droit de propriété par le transfert d'un ou de plusieurs de ces attributs en faveur d'une personne et par la conservation ou le transfert des attributs résiduels par ou à une autre personne que l'on qualifiera à juste titre de « nu-propriétaire », puisque ce nu-propriétaire profite d'un droit démembré, auquel on a retiré temporairement des attributs.

L'article 1120 C.c.Q. définit ainsi l'usufruit : « L'usufruit est le droit d'utiliser et de jouir, pendant un certain temps, d'un bien dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance. » (Notre soulignement) Quant au droit d'usage, l'article 1172 C.c.Q. prévoit ceci : « L'usage est le droit de se servir temporairement du bien d'autrui et d'en percevoir les fruits et revenus, jusqu'à concurrence des besoins de l'usager et des personnes qui habitent avec lui ou sont à sa charge. » (Notre soulignement) On peut donc affirmer que l'usufruit consiste à remettre entre les mains de l'usufruitier l'*usus* et le *fructus* du bien alors que le nu-propriétaire conserve l'*abusus* et le droit résiduel de profiter de tous les attributs à l'extinction du droit de l'usufruitier. Quant à l'usager, bénéficiaire du droit d'usage, il ne profite pas seulement de l'*usus*, contrairement à ce que son nom laisse présager, mais aussi d'un *fructus* limité à ses besoins et à celui des personnes qui habitent avec lui ou sont à sa charge. Le nu-propriétaire en usage possède le résidu du *fructus*, l'*abusus* et le droit résiduel de profiter de tous les attributs à l'extinction du droit de l'usager.

¹⁷ Art. 1119 C.c.Q.

Une analyse détaillée des articles du *Code civil du Québec* révèle le caractère essentiellement *intuitu personae* (intimement relié à la personne) du droit d'usage. En effet, contrairement à l'usufruit, le droit d'usage est d'office incessible et insaisissable, à moins que la convention qui le crée ne prévoit le contraire¹⁸. Le droit d'usage ne peut non plus être converti en rente, à moins qu'il n'ait été stipulé cessible et saisissable¹⁹.

On peut donc aisément affirmer que la volonté sous-jacente à la création d'un droit d'usage sur un immeuble résidentiel n'est pas la même que celle qui conduit à la création d'un usufruit sur le même bien.

Dans le premier cas, le droit est consenti en raison de la personne de l'usager : on souhaite offrir l'avantage d'habiter l'immeuble à cette personne seulement et, s'il y a lieu, aux personnes dont l'usager a la charge. On ne souhaite pas que l'usager puisse transmettre ce droit à d'autres ou qu'il puisse transformer son droit en un loyer ou une rente. Ce n'est pas la valeur du droit d'habitation que l'on souhaite conférer mais le droit d'habitation lui-même. En d'autres termes, on offre à l'usager la possibilité de conserver le milieu de vie qu'il avait, tant que cela lui sera nécessaire ou possible, mais dès que l'usager est prêt à quitter l'immeuble ou doit le faire en raison de l'état de ses finances ou de son état de santé, son droit s'éteint et accroît au nu-propriétaire.

À l'opposé, le legs d'un immeuble en usufruit présume que le cédant offre à l'usufruitier le droit d'habiter l'immeuble, mais aussi le droit de se choisir un autre milieu de vie qui pourra être financé, en tout ou en partie, par la valeur monétaire du droit d'usufruit. L'usufruitier peut en effet louer tout ou partie du bien sujet à son droit²⁰ et en percevoir la totalité des fruits et revenus²¹, il peut céder son droit à un tiers²² (même si une telle cession demeure soumise à la durée initiale prévue de l'usufruit) et il peut également exiger du nu-propriétaire la conversion de son droit en une rente payable pour la durée restante de l'usufruit²³.

¹⁸ Art. 1173, al. 1 C.c.Q.

¹⁹ Art. 1176, al. 2 C.c.Q.

²⁰ Art. 1135 C.c.Q.

²¹ Art. 1126 C.c.Q.

²² Art. 1135 C.c.Q.

²³ Art. 1171 C.c.Q.

À notre avis, la volonté nécessaire à la création d'un droit d'usufruit est tellement permissive en faveur de l'usufruitier et restrictive à l'égard du nu-propiétaire qu'il nous apparaît alors plus sage d'opter pour la fiducie testamentaire. En effet, les latitudes accordées à l'usufruitier font en sorte que le droit du nu-propiétaire est essentiellement suspendu. Certes, il conserve le droit de disposer de l'immeuble, mais l'aliénation que le nu-propiétaire fait de son droit ne porte pas atteinte au droit de l'usufruitier²⁴. Or, que vaut un droit sur un immeuble que l'on ne peut habiter ou louer pendant la durée du droit de l'usufruitier? En outre, le nu-propiétaire est responsable des réparations majeures que nécessite le bien²⁵, il sera appelé à acquitter les droits qui peuvent résulter du transfert du bien en sa faveur²⁶ et il peut même être obligé d'assurer le bien, si cela s'avère trop onéreux pour l'usufruitier, eu égard à la valeur de son droit²⁷. Tout cela alors même qu'il ne peut encore en profiter. À l'opposé, le fait de confier la gestion du bien à un fiduciaire, administrateur du bien d'autrui impartial²⁸ qui a l'obligation tenir compte des points de vue, besoins et droits concurrents des bénéficiaires du revenu et du capital²⁹, permettra souvent d'éviter ou d'atténuer les frictions qu'occasionnerait assurément cette propriété partagée.

Le legs d'un droit d'usage constitue cependant une solution intéressante dans la situation à l'étude et comporte des avantages indéniables par rapport au legs en fiducie testamentaire. Le droit d'usage exige d'abord un exercice de rédaction testamentaire beaucoup moins ambitieux puisqu'il suffira essentiellement de prévoir le legs concomitant et à titre particulier du droit d'usage ou d'habitation en faveur d'une personne, puis de la nue-propriété en faveur d'une autre. Le rédacteur devra aussi prendre soin d'indiquer la période pour laquelle le droit d'usage est consenti. Nous soutenons alors que la durée devrait être inférieure à cinq ans. S'il peut s'avérer utile de répéter les droits et obligations de l'usager et du nu-propiétaire prévus au *Code civil*

²⁴ Art. 1125, al. 2 C.c.Q.

²⁵ Art. 1152 et 1153 C.c.Q.

²⁶ Nous pensons notamment aux droits sur les mutations immobilières : *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I. »). Voir à cet égard Marie-Pier CAJOLET, « Les droits sur les mutations immobilières », dans *Chambre des notaires du Québec, Répertoire de droit/Nouvelle série, Fiscalité – Doctrine*, Document 2, 2001.

²⁷ Art. 1148 à 1150 C.c.Q.

²⁸ Art. 1278, 1309 et 1317 C.c.Q.

²⁹ Art. 1317 C.c.Q.

du Québec³⁰, cela n'est pas aussi nécessaire que l'est l'énumération des pouvoirs du fiduciaire puisque le droit aura une durée limitée et il pourrait même s'éteindre avant ou peu de temps après que les formalités relatives à la liquidation de la succession eurent été accomplies³¹. Cette solution permettrait en outre de limiter l'accès du légataire à titre particulier au libellé du testament qui crée la fiducie testamentaire et qui ne le concerne pas³², assurant ainsi une certaine confidentialité des dispositions prises à l'égard des bénéficiaires. Elle permet enfin d'éviter que des dispositions mises en œuvre afin de qualifier la fiducie exclusive au bénéfice du conjoint³³ ne limitent indûment les droits des bénéficiaires du capital ou même des autres fiducies créées dans le même acte alors que les droits du conjoint seront limités dans le temps.

Par ailleurs, le legs d'un droit d'usage ne pose souvent aucune difficulté d'un point de vue fiscal, puisque depuis 1991, le législateur a introduit des amendements importants au paragraphe 248(3) L.I.R. afin d'accorder à certaines institutions civilistes, dont l'usufruit, le droit d'usage ou le droit d'habitation, le statut fiscal de fiducie testamentaire³⁴. S'il est vrai que l'arrimage n'est pas parfait et qu'il existe des doutes quant à la possibilité de qualifier un droit d'usage de « fiducie exclusive au bénéfice du conjoint »³⁵

³⁰ Art. 1121 à 1171 C.c.Q., par l'effet de l'article 1176 C.c.Q. qui y renvoie, avec les adaptations nécessaires.

³¹ Si l'on pense aux délais nécessaires à l'obtention du certificat de décharge prévu par le paragraphe 159(2) L.I.R. ou du certificat final autorisant la distribution des biens d'une succession prévu par l'article 14 de la *Loi sur le ministère du Revenu* (L.R.Q., c. M-31 et mod.), on peut souvent imaginer une période minimale de 18 à 24 mois suivant le décès, dans le meilleur des scénarios. Sur les certificats de décharge ou de distribution, on consultera Nancy CHAREST, « Certificat avant répartition et responsabilité des liquidateurs et fiduciaires », dans *Colloque – La planification successorale*, 95, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 5:1-43.

³² Le légataire à titre particulier n'étant pas un héritier (art. 739 C.c.Q.), beaucoup considèrent qu'il n'a pas droit à une copie de la totalité du testament notarié, mais seulement à la partie qui le concerne : voir *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 866.

³³ Par. 70(6) L.I.R.

³⁴ L.C. 1991, c. 49, par. 192(15), modifié par L.C. 1994, c. 7, ann. II, par. 192(15). En 1993, le Québec s'est harmonisé avec le fédéral par l'adoption des articles 7.9 et 7.11 L.I. : *Loi modifiant de nouveau la Loi sur les impôts et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q. 1993, c. 16, art. 6.

³⁵ Par. 70(6) L.I.R. Nous estimons que la qualification est difficile en raison notamment du fait que le nu-proprétaire possède indéniablement un droit dans le capital de la (à suivre...)

ou même de fiducie testamentaire³⁶, il demeure que lorsque le bien sujet à l'usage constitue la résidence principale du défunt et qu'elle bénéficie à ce titre de l'exonération pour gains en capital³⁷, la question devient essentiellement théorique!

Les seuls inconvénients du legs d'un droit d'usage de la résidence par rapport au legs en fiducie nous apparaissent donc être purement administratifs. D'abord, on devra prévoir expressément l'insaisissabilité³⁸ des biens sujets au droit d'habitation, puisqu'il n'y aura pas création d'un patrimoine autonome et distinct des bénéficiaires³⁹. Certes les droits de l'usager sont incessibles et insaisissables⁴⁰, mais en l'absence d'une clause expresse les droits du nu-propiétaire demeurent saisissables⁴¹. Ensuite, le nu-propiétaire devra prévoir le paiement immédiat d'un droit de mutation immobilière⁴² ou d'un droit supplétif⁴³, à moins qu'il ne bénéficie d'une exonération⁴⁴ et que la municipalité n'ait adopté un règlement à l'effet de ne pas imposer de droit supplétif en cas de décès⁴⁵. Enfin, à la fin du droit

(...suite)

« fiducie fiscale » du vivant du conjoint et, dans le cas de l'usufruit seulement, en raison du fait que le droit de l'usufruitier est convertible en rente : art. 1171 C.c.Q. Cependant, voir *a contrario* Marc CUERRIER, « Impacts et conséquences du bill technique du 13 juillet 1990 sur les fiducies et l'usufruit – Les fiducies réputées : usufruits, substitutions et arrangements contractuels », dans *Colloque – Fiducies*, 42, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1990, pp. 8:1-19.

³⁶ Par. 108(1) L.I.R. Nous sommes d'avis qu'à moins que le droit du nu-propiétaire d'augmenter le capital du bien sujet à l'usufruit ou à l'usage (art. 1133 et 1176 C.c.Q.) ne soit restreint conventionnellement, il y a risque de contamination de la fiducie testamentaire fictive. Cependant, voir *a contrario* M. CUERRIER, *loc. cit.*, note 35.

³⁷ Al. 40(2)b) L.I.R.

³⁸ Art. 2649 C.c.Q.

³⁹ Art. 1261 C.c.Q.

⁴⁰ Art. 1173 C.c.Q.

⁴¹ Art. 1136 C.c.Q.

⁴² Art. 2 L.D.M.I.

⁴³ Art. 20.1 L.D.M.I.

⁴⁴ Par. d) de l'article 20 (1^{er} al.) L.D.M.I. : peuvent bénéficier de l'exonération le conjoint du cédant, les personnes qui lui sont liées par le sang ou l'adoption en ligne directe ascendante ou descendante (art. 657 et 658 C.c.Q.), ainsi que le conjoint du père, de la mère, du fils ou de la fille du cédant.

⁴⁵ Art. 20.1 L.D.M.I. *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal*, L.Q. 2004, c. 20, art. 134, adoptée le 28 octobre 2004, (à suivre...)

d'usage, il faudra procéder à la radiation du droit réel publié contre le titre de propriété⁴⁶.

Notons finalement que le legs du droit d'usage comporte aussi des avantages par rapport au simple bail qui pourrait être présumé⁴⁷ du fait de l'occupation de l'immeuble avec la tolérance du propriétaire par le conjoint au jour du décès ou encore négocié librement entre le liquidateur et le conjoint survivant. En effet, le droit d'usage, d'une durée limitée, permettra d'assurer au conjoint survivant qu'il pourra conserver le même milieu de vie jusqu'à ce qu'il soit prêt à se reloger, sans pour autant avoir à payer un loyer à la succession⁴⁸ et sans pouvoir être « évincé » pour l'une des raisons admises au chapitre du bail d'un logement⁴⁹. Le droit d'usage crée en effet des droits réels⁵⁰ que le conjoint survivant pourra exercer à l'encontre du bien lui-même et non de simples droits personnels comme ceux qui résultent du bail.

CONCLUSION

La fiducie testamentaire constitue à notre avis un véhicule de planification successorale complet et nous commençons à peine à cerner toutes ses possibilités. Il existe cependant des situations où la mise sur pied d'une fiducie pourrait s'avérer une solution un peu trop ambitieuse pour les besoins du testateur. Il ne faut alors pas perdre de vue qu'en 1994, le législateur québécois n'a pas mis de côté les autres institutions civilistes que sont la substitution, l'usufruit et le droit d'usage au profit de cette nouvelle fiducie révolutionnaire! L'usufruit et l'usage constituent d'ailleurs, encore

(...suite)

sanctionnée et entrée en vigueur (pour cet article notamment) le 1^{er} novembre 2004 pour les exonérations en vertu du paragraphe d) de l'article 20 (1^{er} al.) L.D.M.I.; *Loi modifiant de nouveau diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal*, L.Q. 2006, c. 60, art. 66, adoptée, sanctionnée et entrée en vigueur le 14 décembre 2006 pour les exonérations en vertu des paragraphes e) et e.1) de l'article 20 (1^{er} al.) L.D.M.I.

⁴⁶ Art. 2938, al. 1 C.c.Q. : « Sont soumises à la publicité, l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l'extinction d'un droit réel immobilier. » (Notre soulignement)

⁴⁷ Art. 1853 C.c.Q.

⁴⁸ Art. 1853 C.c.Q.

⁴⁹ Art. 1937, 1938, 1941, 1957, 1959, 1960 et 1967 C.c.Q.

⁵⁰ Art. 1119 C.c.Q.

aujourd'hui, des véhicules de transmission du patrimoine très prisés dans d'autres pays du monde, dont la France. Il ne faut donc pas se laisser complètement aveugler par notre nouveau « jouet » fiduciaire et fermer la porte aux possibilités de planification qui peuvent découler de l'analyse détaillée de règles qui existent dans notre droit depuis des temps immémoriaux!

PARTIE D

La résidence secondaire et la planification fiscale pour la conserver

François Morin, avocat, associé

Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l.

Résidence secondaire, chalet, maison de campagne ou domaine familial, peu importe le nom qu'on lui donne, le bien immobilier qui a vu grandir une famille devient vite un trésor de souvenirs à conserver pour toujours.

Plusieurs familles qui veulent léguer ce genre de biens à perpétuité vont souvent consulter des professionnels pour trouver une façon de réaliser cet objectif.

Cependant, la fiscalité canadienne et son impôt sur le gain en capital réalisé sur la vente présumée des biens au décès posent souvent de sérieux problèmes à la réalisation de ce rêve. Il existe plusieurs façons de mitiger ces conséquences fiscales négatives et il se trouve aussi plusieurs mécanismes pour s'assurer que l'utilisation de cette résidence secondaire puisse être faite de façon équitable entre les différents membres et les différentes générations d'une même famille.

Cependant, il faut comprendre que chaque fois qu'une stratégie est mise en place pour réduire le fardeau fiscal, il s'ensuivra, la plupart du temps, un appauvrissement de cette famille. En effet, il est difficile d'exercer des contraintes qui réduisent la valeur marchande d'un bien et donc l'impôt sur le gain en capital tout en conservant la pleine valeur du bien lors d'une vente subséquente.

Il existe aussi des problèmes reliés à la durée de vie de certaines structures. En effet, le droit civil québécois a quelques règles qui empêchent la détention perpétuelle d'un bien comme celles qui limitent la durée des baux emphytéotiques ou des fiducies.

1. LEGS À UN DESCENDANT ET CONSÉQUENCES FISCALES

Lorsque l'on veut transmettre une propriété avec l'espoir qu'elle soit détenue pour une très longue période, on peut songer à la léguer par voie de testament à une prochaine génération comme ses enfants ou encore mieux à ses petits-enfants en sautant, à tout le moins, par-dessus le conjoint. Bien sûr, lors du décès du propriétaire, cette propriété sera assujettie à un impôt sur le gain en capital résultant d'une disposition présumée au décès car le

roulement fiscal pour les transferts en faveur du conjoint ne pourra évidemment pas s'appliquer. Le gain sera calculé entre la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») au décès et le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») qui pourra comprendre toutes les réparations (autres que les coûts d'entretien normaux) pour lesquelles des pièces justificatives auront été conservées. La seule façon de pallier cet impôt sur le gain en capital serait d'avoir souscrit une police d'assurance vie qui pourrait entièrement payer cet impôt. Une fois cet impôt payé, il n'y aura pas d'impôt au décès du conjoint puisqu'il ne sera pas propriétaire du bien, et il ne devrait pas y avoir d'impôt au décès avant une longue période, si la vie suit son cours normal et que les enfants meurent bien après leurs deux parents.

2. VENTE OU DON À UN DESCENDANT ET CONSÉQUENCES FISCALES

Une autre possibilité, surtout dans le contexte d'une récession comme celle que nous vivons actuellement, est de vendre ou donner la propriété alors que sa valeur est très basse. En effet, il se peut que la valeur marchande de la résidence soit à un niveau assez bas comme cela ne s'est pas vu depuis plusieurs années. Il pourrait donc être avantageux à ce moment de vendre ou donner le chalet aux enfants et aux petits-enfants en espérant que ceux-ci vivront longtemps et n'auront pas à payer un impôt sur le gain en capital lors de leur décès. Évidemment, cette vente entraînera des conséquences fiscales immédiates comme le don, car ce don est une disposition qui est réputée être faite à la JVM.

Évidemment, cette JVM pourrait être réduite si le donateur affère à son don un droit d'habitation pour lui, son conjoint et, dans l'éventualité où le don est fait en faveur de ses petits-enfants, confère un droit d'usage aussi à ses enfants.

Du côté positif, une vente ou un don à un membre de la famille est exonéré des droits sur les mutations immobilières en vertu du paragraphe 20d) de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*¹.

3. LA DÉTENTION EN INDIVISION À LA SUITE D'UN LEGS, D'UNE VENTE OU D'UN DON

Lorsque la propriété est léguée, vendue ou donnée à plusieurs personnes en même temps, ils deviendront propriétaires indivis de l'immeuble. Il sera souhaitable d'établir une convention en indivision qui pourra prévoir les

¹ L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I. »).

questions de partage des frais d'entretien, des réparations, de paiement des taxes, des primes d'assurance, etc. La convention d'indivision pourra aussi prévoir l'usage du bien entre les différents copropriétaires et des mécanismes pour le rachat entre les copropriétaires ou la transmission aux tiers de la part indivise de celui qui désire se retirer ou qui est décédé.

4. PROBLÈMES DES RECOURS DES CRÉANCIERS ET EX-CONJOINTS DANS LE CAS DES LEGS, VENTES ET DONS

Évidemment, un bien légué, vendu ou donné aux enfants ou aux petits-enfants va bien sûr faire partie de leur patrimoine et pourra donc potentiellement faire l'objet de recours par leurs créanciers ou encore par leurs ex-conjoints. Dans le cas des donations et legs uniquement, une façon de contourner ce problème est de donner le bien immobilier à titre de bien propre afin qu'il ne fasse pas partie des biens du régime matrimonial et de le donner à titre de bien insaisissable en vertu de l'article 2649 du *Code civil du Québec*².

Il est évidemment difficile de faire objection au droit des ex-conjoints de recevoir leur part du patrimoine familial dont pourraient faire partie les résidences secondaires et de recevoir des prestations compensatoires. De même, il sera difficile de faire valoir en justice les clauses d'insaisissabilité surtout à la lumière des jugements récents dans l'affaire *Deschênes c. Gagné*³, une décision rendue par le juge André Forget le 5 février 2007 ainsi que dans l'affaire *Cardone c. Iannattheo*⁴, une décision prononcée le 13 décembre 2001 par le juge William Freiberg.

Une autre façon de contourner cette difficulté est de vendre la propriété avec une hypothèque comme le suggère M^e Douglas Buchmayer⁵. Il recommande que cette vente soit assujettie d'une hypothèque pour la pleine valeur marchande, ce qui assure que les créanciers et les ex-conjoints ne pourraient avoir de droit sur le bien jusqu'à concurrence de la valeur de cette hypothèque. Pour ce qui est de la plus-value future, évidemment, elle ne pourra pas être mise hors de portée des créanciers ou des ex-conjoints. Un autre aspect intéressant de la proposition de M^e Buchmayer est sans doute la

² L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

³ [2007] J.Q. n° 582 (C.A.).

⁴ [2001] Q.J. n° 7358 (C.S.).

⁵ Douglas BUCHMAYER, « Cottage Succession Planning », 31 mai 2006 (en ligne : <http://www.drache.com>).

possibilité de différer l'impôt sur le gain en capital sur cinq ans lorsque la vente est faite avec un solde de prix de vente.

Finalement, M^e Buchmayer propose que les parents puissent renoncer, par testament, au paiement du solde de prix de vente qui serait toujours dû.

5. TRANSFERT DU BIEN DANS UNE FIDUCIE FAMILIALE

Pour pallier les problèmes des recours aux créanciers et ex-conjoints, on peut transférer le bien dans une fiducie.

Ce transfert est aussi exonéré des droits de mutation immobilière en vertu du paragraphe 20e) L.D.M.I.

L'avantage d'un transfert à une fiducie est que le bien n'appartient pas à ses bénéficiaires ni au constituant et donc il ne peut faire partie des biens qui sont le gage commun des créanciers de ces bénéficiaires. Il fait partie d'un patrimoine distinct auquel on donne le nom de patrimoine d'affectation ce qui le rend normalement insaisissable. Cette fiducie peut être créée de son vivant, elle sera alors une « fiducie entre vifs » ou, au décès, par testament, elle sera appelée « fiducie testamentaire ». Il existe certains avantages fiscaux pour les fiducies testamentaires comme un taux d'imposition plus bas que celui applicable aux fiducies entre vifs.

6. IMPOSITION DU GAIN EN CAPITAL LORS DU TRANSFERT À UNE FIDUCIE

La règle générale est que la disposition d'un bien en faveur d'une fiducie entraîne l'imposition d'un gain en capital. Cependant, il existe certaines exceptions à cette règle pour les transferts de biens à certaines fiducies qui se font sur la base d'un roulement sans incidence fiscale immédiate. Il s'agit des transferts aux fiducies au bénéfice exclusif du conjoint créées par testament (voir le paragraphe 70(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶). Il y a aussi les fiducies désignées aux paragraphes 73(1), 73(1.01) et 73(1.02) L.I.R. On appelle celles-ci « fiducies en faveur de soi-même » (en anglais *alter ego trusts*), « fiducies mixtes au profit de l'époux ou du conjoint de fait » (en anglais *joint spousal or common law partner trusts*) et « fiducies pour soi » (en anglais *self-benefit trust*). Ces trois dernières sont des fiducies au bénéfice d'un individu créées après 1999 dont l'individu qui transfère le bien a atteint l'âge de 65 ans ou, s'il n'a pas encore

⁶ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

atteint l'âge de 65 ans, le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien, ce qui veut dire qu'immédiatement après le transfert, aucune personne, autre que le particulier, n'a de droit éventuel ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie. Les seules personnes qui peuvent avoir des droits dans ces fiducies sont donc le constituant de la fiducie, son conjoint ou conjoint de fait ou une combinaison de ceux-ci. En bref, le problème posé par l'article 73 L.I.R. est qu'une fiducie constituée du vivant du constituant qui n'a pas encore 65 ans ne peut avoir plusieurs générations de bénéficiaires à moins de payer l'impôt sur le gain en capital lors du transfert, car il est impossible d'avoir un roulement fiscal si la fiducie prévoit des bénéficiaires éventuels comme les enfants. En effet, l'ajout d'enfants à titre de bénéficiaires éventuels crée un changement de la propriété effective du bien. Par conséquent, il sera difficile d'utiliser le véhicule d'une fiducie si le constituant n'a pas encore 65 ans et qu'il veut que la fiducie dure pour plusieurs générations. De toute façon, la plupart des transferts de résidences secondaires faits par le biais d'une fiducie se font dans le cadre d'une fiducie testamentaire au bénéfice exclusif du conjoint et, une fois ce conjoint décédé, au bénéfice des enfants et petits-enfants et l'on voit rarement les fiducies mentionnées à l'article 73 L.I.R. dans ce contexte.

7. EXEMPTION DE GAIN EN CAPITAL POUR LA RÉSIDENCE PRINCIPALE PEU IMPORTE LE TYPE DE TRANSFERT

Lors de toute disposition d'une résidence par vente à un membre de la famille ou par testament ou par donation directement à une personne ou à une fiducie, l'exemption du gain en capital pour résidence principale peut s'appliquer, même pour un chalet. En effet, il se peut qu'il soit avantageux au fil du temps de considérer un chalet comme résidence principale aux fins fiscales et qu'ainsi une partie du gain en capital soit exonérée de l'impôt en vertu de l'exemption du gain en capital pour résidence principale trouvée à l'alinéa 40(2)b) L.I.R. La loi prévoit une formule mathématique exprimée d'une façon un peu complexe pour établir la proportion du gain qui sera exonérée par cette exemption pour la résidence principale, mais qui peut se résumer de la façon suivante, soit la proportion des années où la résidence a été utilisée comme résidence **principale** sur le nombre total d'années où la résidence a été détenue. La formule mathématique permet, en ajoutant à la fraction le chiffre 1, qu'un contribuable puisse détenir dans une même année deux résidences principales, ce qui est utile pour tout contribuable qui vend une première résidence principale en cours d'année financière pour en acheter une autre avant que cette année financière ne soit terminée, même si pendant un certain temps durant l'année, le contribuable est propriétaire des deux résidences en même temps. Ainsi, le contribuable qui détient une première résidence principale pour les six premiers mois de l'année et une

deuxième pour sept mois durant la même année pourra utiliser l'exemption de gain en capital pour les deux résidences. La notion de résidence principale est définie à l'article 54 L.I.R. Cet article exige que la résidence soit détenue par le contribuable avec ou sans un autre copropriétaire, que la résidence soit utilisée par le contribuable, son conjoint ou conjoint de fait ou son ancien conjoint ou conjoint de fait ou par un enfant du contribuable qui l'habite normalement au cours de l'année. Il faut ici faire une distinction entre une résidence principale aux fins des lois électorales où il faut prouver qu'il s'agisse bien de notre principal lieu d'attachement par opposition au concept de résidence principale aux fins fiscales où il n'y a qu'une obligation de l'habiter ordinairement et non pas qu'il s'agisse du principal endroit où l'on demeure.

Pour cette raison, on peut choisir comme résidence principale aux fins fiscales une résidence secondaire même si cette résidence secondaire est louée pour quelques semaines durant l'année. On peut aussi décider de désigner son chalet comme résidence principale si le gain couru sur ce chalet est plus important que la maison en ville, soit à cause d'un marché local en ébullition ou simplement parce que l'augmentation de valeur sur la maison de ville est principalement causée par des rénovations importantes, mais que ses rénovations ont augmenté le PBR de façon assez appréciable pour éliminer la presque totalité du gain.

Pour qu'une résidence principale détenue par une fiducie conserve son statut de résidence principale aux fins fiscales, il faut alors qu'elle soit normalement habitée par un « bénéficiaire déterminé » de la fiducie ou son conjoint ou son conjoint de fait ou son ancien conjoint ou conjoint de fait ou encore par un enfant de ce bénéficiaire déterminé. Ce concept de bénéficiaire déterminé fait tout simplement référence à la définition de « résidence principale » de l'alinéa 54c.1) L.I.R., qui exige que la fiducie désigne dans sa déclaration de revenus lors de la disposition de la résidence principale les individus qui ont des droits de bénéficiaires dans la fiducie et qui habitaient normalement le logement, ou qui a un conjoint ou conjoint de fait ou ex-conjoint ou ex-conjoint de fait ou enfant qui l'habitait normalement. De plus, il faut qu'aucune société de personnes ou société par actions sauf un organisme de bienfaisance enregistré ne puisse détenir de droit de bénéficiaire dans la fiducie et que le bénéficiaire déterminé ne se soit pas prévalu du droit de désigner une autre résidence comme étant sa résidence principale et que cette désignation n'ait pas non plus été faite par le conjoint ou le conjoint de fait du bénéficiaire à moins que ce conjoint n'ait vécu séparément du bénéficiaire en vertu d'une séparation judiciaire ou d'un accord écrit de séparation ni par un enfant du bénéficiaire sauf si cet enfant est marié ou vit avec un conjoint de fait ou est âgé de plus de 18 ans. Si le

bénéficiaire déterminé est un enfant qui n'est pas âgé de 18 ans ou plus ou n'est pas marié ou s'il vit avec un conjoint de fait, alors ses parents, et dans le cas de ses frères et sœurs, ceux qui étaient âgés de moins de 18 ans ou qui n'étaient pas mariés ne peuvent pas non plus désigner une autre résidence principale. Toutes ces règles ont été introduites pour s'assurer qu'une seule résidence principale soit disponible pour chaque famille traditionnelle. Ainsi, une fiducie pour un enfant mineur ne pourrait désigner une résidence comme résidence principale si ses parents ont aussi fait une désignation de résidence principale.

La dernière considération à noter au sujet de la résidence principale est la superficie du fonds de terre sous-jacent à la résidence principale. En effet, la loi limite l'exemption de gain en capital sur une résidence principale au terrain sous-jacent qui n'excède pas un demi-hectare à moins que le contribuable ne puisse établir que l'excédent était nécessaire à l'usage de la résidence principale. Les exemples les plus probants sont les parcelles de terrain qui mènent au chemin public ou encore les parcelles de terrain qui mènent à un lac ou à un autre cours d'eau. Ces parcelles pourraient s'ajouter au terrain d'un demi-hectare et bénéficieraient toujours de l'exemption, car, sans elles, le contribuable ne pourrait jouir pleinement de son terrain.

Il pourrait être avantageux de donner à un organisme de bienfaisance comme la Société canadienne pour la conservation de la nature tout excédent de terrain au-delà du demi-hectare ou non nécessaire à la jouissance de celui-ci et de pouvoir en profiter dans un sens non pécuniaire, mais sans avoir à payer les impôts sur les gains en capital futurs sur ces superficies.

8. DURÉE MAXIMALE DES FIDUCIES

Si l'objectif est que la fiducie dure le plus longtemps possible, il faut noter que le *Code civil du Québec* empêche les fiducies personnelles à perpétuité. Les articles 1271 et 1272 C.c.Q. stipulent ce qui suit :

« **1271.** La fiducie personnelle constituée au bénéfice de plusieurs personnes successivement ne peut comprendre plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et revenus, outre celui du bénéficiaire du capital; elle est sans effet à l'égard des ordres subséquents qui y seraient visés.

Les accroissements, entre les cobénéficiaires des fruits et revenus d'un même ordre, ont lieu de la même façon qu'entre cogrevés du même ordre en matière de substitution.

1272. Le droit du bénéficiaire du premier ordre s'ouvre au plus tard à l'expiration des 100 ans qui suivent la constitution de la fiducie, même si un

terme plus long a été stipulé. Celui des bénéficiaires des ordres subséquents peut s'ouvrir postérieurement, mais au profit des seuls bénéficiaires qui ont la qualité requise pour recevoir à l'expiration des 100 ans qui suivent la constitution de la fiducie.

Les personnes morales ne peuvent jamais être bénéficiaires pour une période excédant 100 ans, même si un terme plus long a été stipulé. »

Nous croyons qu'il est juste de conclure que dans l'affaire *Royal Trust Corp. of Canada c. Webster*⁷, le juge Carol Cohen a déterminé qu'un ordre de bénéficiaire pouvait comprendre plusieurs générations de bénéficiaires. Par exemple, si l'on prévoit un droit d'habitation dans la résidence secondaire détenue par la fiducie pour le constituant, son conjoint, ses enfants et ses petits-enfants vivants au moment de la constitution de la fiducie, et ce, leur vie durant et que toutes ces personnes ont un droit d'habitation en même temps, tous ces bénéficiaires feraient partie du premier ordre de bénéficiaires. Une fois toutes ces personnes décédées, il y aurait un deuxième ordre de bénéficiaires qui comprendrait les enfants des petits-enfants. À notre avis, ce ne serait qu'à leur décès que la fiducie devrait prendre fin et remettre son bien à la prochaine génération de bénéficiaires, soit les petits-enfants des petits-enfants ou leurs représentants si ceux-ci sont tous déjà décédés. Nous pourrions donc ainsi couvrir au minimum cinq générations d'une même famille sans enfreindre les règles du *Code civil du Québec*.

9. DISPOSITION PRÉSUMÉE DES BIENS EN FIDUCIE AU BÉNÉFICE DU CONJOINT À SON DÉCÈS OU APRÈS 21 ANS POUR LES AUTRES FIDUCIES

Hormis la question de la durée limitée d'une fiducie, il existe toujours un problème fiscal dans le fait qu'une fiducie est assujettie à un impôt sur le gain en capital résultant d'une disposition présumée des biens soit au décès du conjoint s'il s'agit d'une fiducie testamentaire au bénéfice exclusif du conjoint, soit après 21 ans s'il s'agit d'un autre type de fiducie. Il existe peu de façons de payer cet impôt sans vendre le bien de la fiducie, sous réserve des suggestions suivantes.

9.1. PAIEMENT DES IMPÔTS PAR LA CAPITALISATION DE LA FIDUCIE

La première technique est de contribuer un certain capital en argent ou valeurs mobilières dans la fiducie au même moment où la résidence y est

⁷ [2000] Q.J. n° 2844 (C.S.).

transférée ou après en s'assurant que ce montant soit suffisant pour payer la totalité des impôts dus lors du décès du conjoint ou l'avènement du 21^e anniversaire de la fiducie, selon le cas, et idéalement, que le fonds soit suffisamment important pour que les revenus générés après impôts soient à eux seuls suffisants pour payer cet impôt sur le gain en capital résultant d'une disposition présumée sans avoir à utiliser le capital de ce fonds.

Comme on peut l'imaginer, ce capital peut représenter des sommes importantes surtout si l'on veut prévoir des scénarios conservateurs en ce sens que l'on prévoira des rendements sur ce capital assez modestes, mais qu'on prévoira une appréciation robuste des valeurs pour les résidences secondaires et donc une facture d'impôt élevée.

9.2. PAIEMENT DES IMPÔTS PAR L'ASSURANCE VIE DANS LA FIDUCIE

L'autre façon est de souscrire des polices d'assurance sur la vie du conjoint qui permettront de recevoir un capital non imposable suffisant pour payer l'impôt sur le gain en capital. Encore une fois, il s'agit ici d'un exercice de projection, car il est difficile de prévoir de quelle indemnité d'assurance on aura besoin alors qu'il est impossible d'estimer la valeur de la résidence lors du décès du conjoint. De plus, dans le cas d'une fiducie assujettie à la règle des 21 ans, il n'est pas évident de déterminer sur la vie de quelle personne la police d'assurance devrait être prise pour être en mesure de recevoir une indemnité d'assurance lors de l'avènement du 21^e anniversaire de la constitution de la fiducie et des autres vingt et unièmes anniversaires subséquents.

Il serait probablement sage de prendre l'assurance sur la vie de la personne la plus âgée qui est bénéficiaire de la fiducie, mais il arrive parfois que cet individu ne puisse être admissible à une couverture d'assurance pour des primes raisonnables en raison de son âge avancé ou de conditions médicales existantes.

10. DROIT D'USAGE OU D'HABITATION

Pour réduire le gain en capital lors de la vente ou du don, on peut affecter la résidence d'un droit d'habitation donné aux parents, pour leur vie durant, dans la mesure où la diminution de la valeur est appuyée par l'avis d'un professionnel de l'évaluation, surtout si ce droit d'habitation est gratuit et que les obligations d'entretenir et de réparer la résidence secondaire incombent toujours, par contrat, au propriétaire et non à ceux qui ont le droit de l'habiter. Le droit d'usage est prévu aux articles 1172 à 1176 C.c.Q. Il s'agit d'un des démembrements du droit de propriété comme le prévoit

l'article 1119 C.c.Q. qui se lit comme suit : « L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels. »

L'article 1172 C.c.Q., pour sa part, établit ce qui suit : « L'usage et le droit de se servir temporairement du bien d'autrui et d'en percevoir les fruits et revenus, jusqu'à concurrence des besoins de l'usager et des personnes qui habitent avec lui ou sont à sa charge. »

De plus, l'article 1173 C.c.Q. prévoit qu'un droit d'usage est incessible et insaisissable à moins que la convention ou l'acte qui le crée ne prévoient le contraire. Il s'agit là d'une différence fondamentale entre l'usage et l'usufruit. En effet, l'usufruit, lui, est cessible et donc, bien logiquement, saisissable. De plus, ce même article 1173 C.c.Q. établit que le tribunal peut mettre fin, dans certaines circonstances, à cette insaisissabilité ou incessibilité. Ce pouvoir discrétionnaire du tribunal cause malheureusement une certaine incertitude, mais ces interdictions sont de nature exceptionnelle et il faut donc que la loi prévoit un mécanisme de dérogation. L'article 1175 C.c.Q., de son côté, établit que normalement l'usager qui bénéficie des fruits et revenus du bien est responsable des frais et des dépenses pour les produire ainsi que des réparations d'entretien et du paiement des charges. Cependant, si l'usager n'a droit qu'à une partie des fruits ou revenus, il ne contribue aux dépenses de production et aux réparations d'entretien qu'à une portion proportionnelle à son droit dans les fruits. Finalement, l'article 1176 C.c.Q. incorpore au chapitre sur l'usage toutes les dispositions pertinentes qui s'appliquent à l'usufruit. Évidemment, pour que ce droit d'usage soit opposable aux tiers, il doit être publié au registre foncier comme le prévoit l'article 2938 C.c.Q. qui exige la publicité de toute acquisition, constitution, reconnaissance ou extinction d'un droit réel immobilier. Une fois que l'usage est publié, il devient opposable aux tiers comme l'établit l'article 2941 C.c.Q. Par conséquent, si les enfants ont reçu la propriété soit par vente, soit par donation avec un droit d'usage consenti aux parents, l'acheteur serait obligé de respecter ce droit d'usage aux parents et il est à prévoir que cet acheteur paierait une somme moindre pour la propriété sachant qu'il n'en aura pas l'usage exclusif ni même l'usage partiel durant la vie de ceux à qui ce droit d'usage a été conféré dans l'acte de transfert.

11. VENTE OU DON DE LA NUE-PROPRIÉTÉ AVEC UN DROIT D'USUFRUIT

Une autre façon de réduire la valeur de la propriété et donc le gain en capital lors du don ou de la vente d'une propriété est de ne transférer que la nue-propriété en conservant l'usufruit dans les mains du vendeur ou donateur

et son conjoint pour leur vie durant (art. 1120 à 1171 C.c.Q.). La valeur de la nue-propiété devra être établie par un expert en évaluation immobilière pour déterminer le montant du gain en capital. En effet, même s'il s'agit d'une vente, la valeur ne peut être établie uniquement par les parties, car elles ne traitent pas suffisamment à distance.

12. STIPULATION D'INALIÉNABILITÉ

Une autre façon de minimiser la valeur marchande d'un bien serait de le transférer avec une stipulation d'inaliénabilité. Cette stipulation ne peut seulement apparaître que dans un acte de donation ou dans un testament en faveur d'une personne ou d'une fiducie, le tout selon les dispositions de l'article 1212 C.c.Q. De plus, cet article prévoit que cette stipulation n'est valide que si elle est temporaire (dans le cas d'une fiducie, temporaire peut valoir pour la durée de la fiducie) et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Encore une fois, les tribunaux ont interprété les critères d'un intérêt sérieux et légitime de façon restrictive, car cette stipulation est une entorse importante à la règle fondamentale de la libre disposition du droit de propriété. En effet, la jurisprudence citée dans le cadre des clauses d'insaisissabilité dans le paragraphe sur les recours des créanciers et des ex-conjoints devrait être tout aussi pertinente dans le cadre des clauses d'inaliénabilité, surtout que l'article 1213 C.c.Q. prévoit que le tribunal peut autoriser une disposition du bien si l'intérêt qui avait justifié de la situation d'inaliénabilité a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

La stipulation d'inaliénabilité n'est opposable aux tiers que si elle est publiée selon l'article 1214 C.c.Q.

Finalement, l'article 1215 C.c.Q. prévoit que la stipulation d'inaliénabilité d'un bien entraîne son insaisissabilité pour toute dette contractée avant ou pendant la période d'inaliénabilité sous réserve des dispositions du *Code de procédure civile*⁸. Le *Code civil du Québec* interdit les clauses empêchant la contestation de ces stipulations (art. 1216 C.c.Q.).

13. LE TRANSFERT DU BIEN À UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

Il est aussi possible de transférer la propriété immobilière à une société par actions. Le plus grand avantage d'une société par actions est le fait qu'elle n'a pas de durée de vie limitée. En effet, tant que la société remplit les exigences de la loi comme le dépôt de rapports annuels, la tenue

⁸ L.R.Q., c. C-25.

d'assemblées annuelles ou l'adoption de résolutions annuelles, le dépôt de déclarations fiscales de revenus, son existence pourra se prolonger aussi longtemps que les actionnaires le souhaiteront.

La façon la plus avantageuse de transférer l'immeuble à une société d'un point de vue fiscal est d'utiliser les dispositions du roulement selon l'article 85 L.I.R. par lequel le vendeur recevra en paiement du prix de vente des actions de la société qui acquiert l'immeuble, ce qui permettra de retarder l'impôt sur le gain en capital au moment où le vendeur disposera de ses actions soit à un moment ultérieur, soit lors de son décès.

Des actions pourront être émises aux enfants lors de la constitution de la société ou ultérieurement pour une juste valeur, ce qui leur permettra de jouir ultimement de la valeur de la résidence.

Un autre avantage de la société est de pouvoir facilement transférer les actions d'un membre de la famille à un autre sans que le titre de l'immeuble ait à être modifié avec tous les coûts qu'une telle modification entraîne, incluant les droits de mutation immobilière lorsqu'il n'y a pas d'exemption.

Si la société a été choisie comme véhicule approprié pour détenir l'immeuble, une convention entre actionnaires pourra prévoir en détail les moments où chaque actionnaire et les membres de sa famille pourront utiliser la maison de campagne pendant les mois d'été et les fêtes importantes ou elle pourra prévoir une loterie si plusieurs membres de la famille veulent utiliser le chalet de façon exclusive au même moment.

Le système peut devenir assez sophistiqué si l'on prévoit que quelqu'un qui a perdu son premier choix une certaine année pourra se reprendre de façon prioritaire pour la même période l'année suivante.

La convention prévoira aussi de quelles façons les dépenses d'entretien, les réparations majeures et les taxes, les assurances et autres frais seront partagés de façon équitable selon les revenus de chacun, l'utilisation par chacun ou une autre méthode.

Cette convention entre actionnaires pourra aussi prévoir ce qui adviendra des actions détenues par un membre de la famille qui ne veut plus ou ne peut plus utiliser la maison ou lors du décès; il pourrait y avoir des droits d'achat à certaines valeurs ou des droits de premier refus donnés aux actionnaires restants ou aux membres de la famille qui n'ont pas encore d'actions et qui souhaitent en obtenir.

Le problème avec cette structure est que chaque fois que des actions de la société sont transigées par vente, don ou rachat par la société, il y aura des conséquences fiscales pour l'actionnaire qui se retire et il devra donc y avoir un mécanisme pour trouver les fonds nécessaires au paiement de ces taxes à chacune de ces occasions surtout s'il s'agit d'un don. Encore une fois, on peut penser à l'assurance vie, à puiser dans ses autres économies, etc.

Un autre problème est celui de l'imposition des avantages qu'une société confère à ses actionnaires. Ces avantages imposables comprennent l'utilisation par un actionnaire d'un bien comme un immeuble détenu par la société sans le paiement d'un loyer à la JVM. Plusieurs fiscalistes prennent la position que le simple fait de payer les coûts d'entretien et les réparations constitue un loyer suffisant qui élimine l'imposition d'un avantage aux actionnaires. Nous sommes de ce nombre.

14. LE TRANSFERT DU BIEN À UNE SOCIÉTÉ OU UN ORGANISME SANS BUT LUCRATIF

Une société sans but lucratif offre aussi l'avantage d'une durée de vie indéfinie.

Un autre avantage lorsqu'on utilise une telle société est que les membres de l'organisme sans but lucratif (ci-après « OSBL ») qui seront des membres de la famille pourront argumenter sur le fait que la valeur de leur droit de membre a une très faible valeur. On pourrait même affirmer que le droit n'a aucune valeur au décès si tous les droits disparaissent à la mort du membre et, de plus, si le droit entraîne des responsabilités financières pour maintenir la propriété.

Le deuxième avantage consiste dans le fait qu'il ne peut y avoir d'avantage imposable pour les actionnaires puisqu'il n'y a pas d'actionnaires.

Les désavantages sont que, premièrement, le transfert du bien à l'OSBL entraînera une disposition et l'imposition d'un gain en capital sans la possibilité du roulement de l'article 85 L.I.R. comme nous l'avons vu pour une société par actions. Le deuxième désavantage, lequel s'avère le plus important, est que la famille perdra toute la valeur économique du chalet, parce que pour être un OSBL, les lois fiscales exigent que les membres n'aient aucun avantage pécuniaire.

Nous voyons difficilement comment un OSBL pourrait retourner à ses membres le produit de vente de l'immeuble sans, au préalable, qu'un impôt

soit payé lors de sa conversion d'un OSBL à une société par actions et de la distribution du produit de vente aux anciens membres.

15. SERVITUDES

Une autre façon de réduire la valeur d'un bien immobilier aux fins du gain en capital est de le grever d'une servitude en faveur d'un autre lot (art. 1177 à 1194 C.c.Q.). Ces servitudes pourraient être une servitude de non-lotissement, de non-construction, d'interdiction d'exploitation des ressources naturelles comme la forêt, les minerais, la faune, etc., et de conservation de la nature en faveur de lots détenus par des organismes de bienfaisance comme la Société canadienne pour la conservation de la nature.

Il devrait être assez facile d'obtenir d'un expert une évaluation inférieure à la JVM habituelle avec ce genre de servitude et ainsi avoir une facture d'impôt réduite chaque fois qu'il y aura disposition de l'immeuble, que ce soit lors du décès d'un individu, d'une vente ou du 21^e anniversaire.

CONCLUSION

Comme nous l'avons vu, il n'existe aucune structure qui permette une détention indéfinie de l'immeuble sans conséquences fiscales et par laquelle la pleine valeur de l'immeuble puisse être conservée.

Puisque nous devons donc en arriver à des compromis, il faut se rappeler que les parents voudront le plus souvent accepter une diminution de la valeur du patrimoine familial afin de conserver le bien dans la famille le plus longtemps possible, mais que de leur côté, les enfants et surtout les petits-enfants voudront souvent augmenter la valeur du patrimoine familial même si cela entraînera une vente de la maison de campagne à des étrangers.

Les conseillers devraient bien mettre en évidence ces tiraillements normaux surtout lorsqu'on planifie un véhicule pour détenir une propriété au-delà de trois générations!

REVUE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE SUR LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT



Denis Lacroix
Notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION		24:3
1. LA DÉCISION <i>LIPSON</i>		24:3
2. LES DÉCISIONS SUBSÉQUENTES		24:9
2.1. AFFAIRE <i>OGT HOLDINGS LTD. C. SMRQ</i>		24:9
2.2. AFFAIRE <i>LANDRUS C. LA REINE</i>		24:12
2.3. AFFAIRE <i>LEHIGH CEMENT LTD. C. LA REINE</i>		24:16
2.4. AFFAIRE <i>COPHORNE</i>		24:18
2.5. AFFAIRE <i>COLLINS & AIKMAN PRODUCTS CO. C. LA REINE</i>		24:23
2.6. AFFAIRE <i>GARRON C. LA REINE</i>		24:28
2.7. AFFAIRE <i>ANTLE C. LA REINE</i>		24:32
CONCLUSION		24:35

INTRODUCTION

Dans le cadre de notre précédente revue des jugements récents portant sur la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »)¹, nous notions que, quoique le volume des jugements rendus sur la RGAÉ au cours de l'année précédente ne nous permettait pas de tirer des conclusions empiriques, nous étions à même de constater que les préceptes d'application qui émanaient du plus haut tribunal du pays à la suite des décisions rendues dans les arrêts *Mathew c. La Reine*² et *La Reine c. Hypothèques Trustco Canada*³ n'étaient pas invariablement pris en considération par les juges. Si, dans certains cas, ces derniers rendaient des motifs qui respectaient le cadre même dans lequel la RGAÉ a été édictée et interprétée; dans d'autres, des considérations accessoires semblaient souvent sous-tendre leur *ratio decidendi*.

Or, le fait saillant de la dernière année est probablement la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Lipson c. La Reine*⁴. L'utilisation du mot « probablement » n'est pas fortuite puisqu'on peut se demander quel a été l'impact réel de la décision *Lipson* sur les sept décisions touchant à la RGAÉ que nous avons répertoriées et qui ont été rendues depuis. Cet impact a-t-il été de modifier l'application de l'approche proposée par la Cour suprême dans ses décisions antérieures? C'est ce que nous tenterons de déterminer dans l'analyse qui suit.

1. LA DÉCISION *LIPSON*

Cette année, l'appel interjeté auprès de la Cour suprême de l'arrêt *Lipson*⁵ rendu par la Cour d'appel fédérale a été entendu et le jugement prononcé. Rappelons que, dans cette affaire, la déductibilité des intérêts sur un prêt contracté pour acquérir une résidence personnelle était contestée par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »). Précisément, plusieurs opérations avaient été réalisées en vue de permettre cette déduction. D'abord, la conjointe de M. Lipson avait emprunté une certaine somme pour

¹ Denis LACROIX, « Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 20:1-22.

² [2005] C.S.C. 55 (ci-après « *Mathew* »).

³ [2005] C.S.C. 54 (ci-après « *Trustco Canada* »).

⁴ [2009] 1 C.T.C. 314; [2007] 3 C.T.C. 110 (C.A.F.) (ci-après « *Lipson* »).

⁵ *Id.*

acquérir des actions de la société de son mari à la juste valeur marchande (ci-après « JVM »). Cette somme a été subséquemment utilisée par M. Lipson pour payer la nouvelle résidence du couple. Par la suite, la banque a consenti un autre prêt, garanti par la maison, au couple. Cette deuxième avance permettait de repayer les sommes empruntées pour l'achat des actions de la société familiale. Par conséquent, les intérêts qui étaient payés sur le deuxième emprunt étaient déductibles grâce au paragraphe 20(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶.

En outre, étant donné qu'aucun choix n'a été effectué pour empêcher l'application du paragraphe 73(1) L.I.R. au transfert des actions de M. Lipson à sa conjointe, les règles d'attribution devenaient applicables. Tous les revenus ou les pertes se rapportant aux actions acquises par M^{me} Lipson étaient attribués à son conjoint.

L'ARC a contesté la déductibilité des intérêts sur le second prêt sous prétexte que cette déduction constituait un avantage fiscal abusif. En première instance, la Cour canadienne de l'impôt avait conclu que l'ensemble des opérations d'évitement abusait de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et du paragraphe 20(3) L.I.R. au sens de la RGAÉ. Ce faisant, elle considérait que la deuxième avance consentie par la banque à M^{me} Lipson servait finalement à acquérir la résidence familiale et non à rembourser un prêt contracté pour acquérir des actions. Nous avons déjà mentionné qu'à notre sens, le tribunal omettait ainsi de prendre en considération la nature véritable de chaque transaction. Notamment il omettait de considérer que la vente d'actions était une opération bien réelle (bien que, sur le plan fiscal, ses effets fussent neutralisés par l'application des paragraphes 73(1) et 74.1(1) L.I.R.).

Nous avons également déjà exprimé notre opinion selon laquelle le tribunal de première instance avait carrément nié le caractère véritable des opérations effectuées par les Lipson. De plus, nous avons jugé que le raisonnement du juge Bowman ne respectait pas le processus analytique imposé par les termes de la RGAÉ. En particulier, le juge Bowman avait incorporé dans l'analyse de l'abus des critères de commercialité (ou d'absence de commercialité) qui n'ont pas leur place aux fins d'une analyse

⁶ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

d'abus. En entérinant la décision de la Cour canadienne de l'impôt, la Cour d'appel fédérale suivait ce même schème de raisonnement⁷.

Sur le plan fiscal, le résultat visé par cette série d'opérations comporte deux aspects. D'abord, l'intention était que soient déductibles aux fins de l'impôt les intérêts que M^{me} Lipson a payés sur l'emprunt temporaire et l'emprunt de remplacement afin de financer l'achat d'actions de la société.

Le deuxième objectif était que la perte que M^{me} Lipson a réalisée sur l'achat des actions (essentiellement, la différence entre les intérêts payés sur le financement destiné à l'achat des actions et les dividendes reçus sur les actions) soit réattribuée à M. Lipson et qu'elle soit déductible pour ce dernier, de façon à mettre d'autres revenus à l'abri.

Dans son jugement dissident, le juge Binnie décrit l'opération visée par l'affaire *Lipson* comme étant « une variante [de l']affaire [...] Singleton », faisant allusion à une autre affaire de « chassé-croisé hypothécaire » dans laquelle une affectation similaire avait été entreprise pour financer l'acquisition d'une maison.

L'affaire *Singleton c. La Reine*⁸ portait elle aussi sur la déductibilité des intérêts, mais sans l'application des règles d'attribution dans le but de transférer les frais d'intérêts d'un conjoint à l'autre, et sans l'application de la RGAÉ.

En 2001, dans l'affaire *Singleton*, la Cour suprême du Canada a maintenu, à la majorité, la déduction des frais d'intérêts du contribuable, tandis que le juge LeBel a prononcé un jugement dissident dans lequel il a fait abstraction de l'ordre étudié des opérations du contribuable, ayant préféré tenir compte de la « réalité économique » de la situation.

En l'absence de la juge en chef McLaughlin et du juge Bastarache, sept membres du tribunal ont siégé dans l'affaire *Lipson*. Exceptionnellement, ces sept membres ont rendu trois jugements différents, ce qui a donné une décision partagée à quatre contre deux contre un. Les jugements témoignent d'un net désaccord entre les juges – il est possible d'imaginer le ton des

⁷ La majeure partie de cette section reprend des extraits du texte suivant : *FlashImpôt – Canada*, « Affaire *Lipson* : confirmation et confusion autour de la règle anti-évitement », n^o 2009-04, Montréal, KPMG, 20 janvier 2009.

⁸ [2001] 2 R.C.S. 1046 (ci-après « *Singleton* »).

discussions qui ont mené à une divergence d'opinions aussi vive et fondamentale.

Outre ce profond désaccord, un aspect plus troublant de la décision de la Cour doit être abordé. Les premiers arrêts de la Cour suprême du Canada concernant la RGAÉ ont été prononcés en 2005 dans les affaires *Trustco Canada* et *Mathew*. À l'époque, la plupart des observateurs considéraient ces arrêts comme des balises relativement claires pour analyser l'application potentielle de la RGAÉ.

Toutefois, depuis ce temps, le milieu canadien de la fiscalité est généralement d'avis que les tribunaux inférieurs ont manifesté à certains égards un intérêt de pure forme pour ces arrêts. C'est ce que nous faisons d'ailleurs valoir dans notre texte de l'an dernier⁹. En particulier, bien que la Cour, dans l'affaire *Trustco Canada*, ait fourni un cadre analytique clair permettant de conclure à un abus dans l'application de la RGAÉ, les tribunaux inférieurs ont donné l'impression de soumettre cette détermination à un simple « examen sommaire ».

Le milieu canadien de la fiscalité espérait que le tribunal, dans l'affaire *Lipson*, profiterait de l'occasion pour réorienter les tribunaux inférieurs dans ce domaine; malheureusement, c'est le contraire qui s'est produit.

La première des deux questions devant la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Lipson* concernait la déductibilité des intérêts, soit essentiellement la même question que dans l'affaire *Singleton*, mais sans la « variante » des règles d'attribution, et sous l'angle de l'application de la RGAÉ.

Le tribunal a eu relativement peu de difficulté à trancher cette question, puisque la Couronne a reconnu que la RGAÉ ne se serait pas appliquée dans ce cas-ci, n'eût été l'application des règles d'attribution. Bien qu'il ait rendu un jugement dissident contre le contribuable dans l'affaire *Singleton*, même le juge LeBel, dans l'affaire en cause, a convenu que le résultat était le même en vertu de la RGAÉ. En effet, la politique inhérente aux règles de déductibilité des intérêts se penche sur l'utilisation des fonds empruntés, de telle sorte qu'il ne doit pas être considéré comme abusif que le contribuable structure ses affaires afin de se conformer à cette politique.

Ce résultat revêtira désormais une grande importance pour les contribuables, puisque les règles concernant la déductibilité des intérêts

⁹ D. LACROIX, *loc. cit.*, note 1.

comptent parmi celles dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont les plus importantes sur le plan fiscal. Ces règles, ainsi que l'ensemble de la jurisprudence qui s'y rattache, soutiennent le recours à une approche fondée sur « l'affectation » pour déterminer l'utilisation des fonds empruntés. Puisque la Cour suprême du Canada reconnaît que cette approche fondée sur l'affectation reflète le régime législatif sous-jacent, ceux qui financent des opérations ont maintenant quelque certitude qu'un mécanisme d'emprunt bien structuré, en tant que tel, ne devrait pas être considéré comme abusif. La même affirmation peut concerner d'autres opérations à l'égard desquelles la *Loi de l'impôt sur le revenu* applique un test « d'utilisation ».

Comme il a été indiqué précédemment, l'application des règles d'attribution entre conjoints constitue la « variante » de l'affaire *Singleton* à laquelle le juge Binnie fait allusion. Sans égard à l'application de toute disposition antiévitement, l'effet de ces règles, dans cette affaire, était d'attribuer à M. Lipson « tout revenu ou toute perte » que M^{me} Lipson a réalisé sur les actions de la société. Puisque les intérêts payés par M^{me} Lipson sur son emprunt visant à acquérir les actions de M. Lipson durant les trois ans faisant l'objet du litige excédaient les dividendes qu'elle a reçus sur les actions, le résultat global était l'attribution d'une perte à M. Lipson, qui pouvait mettre ses autres revenus à l'abri.

Suivant l'approche adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Trustco Canada*, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour entreprenne, à la majorité, une exploration minutieuse du régime législatif reflété dans les règles d'attribution, qui aurait pu comporter un examen détaillé de l'historique de la disposition et une explication de la raison pour laquelle le Parlement aurait envisagé l'attribution « d'un revenu ou d'une perte ». Cette exploration aurait également pu se pencher sur la question de savoir si la règle antiévitement précise que le Parlement a intégrée dans les règles d'attribution constitue une indication des cas où, selon le Parlement, ces règles devraient ou non s'appliquer à l'attribution de pertes.

Malheureusement, la décision de la majorité n'a pas été précédée d'une telle exploration. Bien que la décision contienne un énoncé qui expose ce que la majorité considère comme l'objet des règles d'attribution, cet énoncé est formulé dans des termes très généraux, ne fournit aucune source et n'explique pas dans quelle mesure les règles précises précitées s'harmonisent avec le régime législatif soutenu par la majorité.

Dans l'affaire *Lipson*, l'essentiel de la décision tient dans un énoncé :

« Il paraît étrange que l'application du par. 74.1(1) puisse entraîner la réduction du montant total de l'impôt payable par M. Lipson sur le revenu tiré du bien transféré. Ce n'est qu'en tirant avantage de leur lien de dépendance que les Lipson pouvaient obtenir ce résultat en l'espèce. Par conséquent, la réattribution qui, par application du par. 74.1(1), a permis à M. Lipson de déduire l'intérêt de l'impôt payable sur le revenu de dividendes tiré des actions et sur d'autres revenus, ce qu'il n'aurait pu faire n'eût été le lien de dépendance avec Mme Lipson, constituée de l'évitement fiscal abusif¹⁰. »

À la différence du jugement de la majorité, le jugement dissident rendu par le juge Binnie adopte une approche beaucoup plus conforme à celle imposée à l'unanimité par la Cour suprême dans l'arrêt *Trustco Canada*. Dans cette affaire, la Cour a indiqué que, pour que la RGAE s'applique, il incombait au ministre de démontrer un régime législatif « clair » selon lequel le résultat des opérations en cause constituait un abus.

La décision de la majorité dans l'affaire *Lipson*, bien qu'elle ne contienne aucune analyse visant à justifier le changement, semble reformuler cette obligation, laissant tomber la norme de « clarté » accueillie à l'unanimité par la Cour dans l'affaire *Trustco Canada* en faveur d'une détermination beaucoup plus souple, fondée sur la « prépondérance des probabilités ».

Par ailleurs, le juge Binnie, dissident, estime que le libellé même des règles d'attribution envisage clairement l'attribution de pertes et que le ministre n'a simplement pas réussi à démontrer un régime législatif « clair » selon lequel le résultat des opérations constituait un abus.

Quant au juge Rothstein, il a adopté une approche tout à fait différente des six autres juges :

« Pour ce qui concerne l'avis exprimé par mon collègue le juge LeBel, je ne crois pas que le ministre ait eu raison de se fonder sur la règle générale anti-évitement (la "RGAE"). À mon avis, la RGAE ne s'applique pas en l'espèce parce qu'une règle anti-évitement particulière – le par. 75.5(11) – l'emporte sur la règle générale. Si la nouvelle cotisation visant M. Earl Lipson avait été établie sur le fondement de cette disposition anti-évitement particulière, l'avantage fiscal issu de l'utilisation des règles d'attribution aurait été supprimé¹¹. »

¹⁰ Précité, note 4, par. 42.

¹¹ *Id.*, par. 102.

Selon le juge Rothstein, le ministre ne pouvait invoquer la RGAÉ qu'en l'absence d'un autre recours. Or, un autre recours existait, en l'occurrence le paragraphe 74.5(11) L.I.R.

La décision rendue dans l'affaire *Lipson* a donc créé une certaine incertitude. Quel poids les tribunaux de rang inférieur allaient-ils donner à cette décision?

2. LES DÉCISIONS SUBSÉQUENTES

2.1. AFFAIRE *OGT HOLDINGS LTD. c. SMRQ*¹²

La décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *OGT Holdings* a été rendue quelques jours après la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Lipson*, soit le 30 janvier 2009.

Toutes les actions de Canstar Sports inc. étaient détenues par deux sociétés de portefeuille (ci-après « sociétés vendues »). Les sociétés vendues étaient chacune détenues par une société de portefeuille (ci-après « venderesses »). Au lieu de vendre les sociétés vendues directement à l'acquéreur, les venderesses ont préalablement transféré les actions des sociétés vendues à une société ayant un établissement en Ontario seulement (ci-après « Ontarioco »). Un choix en vertu de l'article 518 de la *Loi sur les impôts*¹³ a été fait à l'égard de ce transfert, avec une somme convenue correspondant au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions. Par conséquent, aucun gain en capital n'a été réalisé par les venderesses en raison de ce transfert aux fins de l'impôt du Québec. Toutefois, aucun choix n'a été effectué aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de sorte que la totalité du gain en capital a été réalisée aux fins fédérales en raison du transfert à Ontarioco. Une conséquence de l'absence de choix fédéral a été de faire en sorte que le PBR des actions des sociétés vendues pour Ontarioco aux fins de l'Ontario était égal à leur JVM. Ontarioco a par la suite vendu les actions des sociétés vendues à l'acquéreur. Aucun gain n'a alors été réalisé aux fins de l'impôt de l'Ontario.

La question en litige était celle de savoir si la RGAÉ prévue à l'article 1079.9 L.I. était applicable.

¹² C.A. Montréal, n° 500-09-016944-068, jj. Beaugard, Bich, Dufresne, 30 janvier 2009 (ci-après « *OGT Holdings* »).

¹³ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

Le juge de la Cour du Québec avait conclu que la RGAÉ était applicable. Le contribuable avait interjeté appel de la décision auprès de la Cour d'appel du Québec qui, dans une décision unanime, en est arrivée à la même conclusion que le juge de première instance.

Selon la Cour, le fisc québécois « ne prétend pas agir pour le fisc ontarien ». Toutefois,

« [...] le fisc québécois et le tribunal québécois pouvaient et devaient dans la prise en compte de toutes les circonstances et sous l'éclairage de la lettre et de l'esprit de la loi retenir que [les vendeuses] avaient utilisé une disposition qui permettait le report de la réalisation d'un gain en capital pour en réalité éviter de payer un impôt¹⁴. »

Et plus loin :

« L'article 518 L.I.Q. permet la mobilité des gains en capital. Mais à la condition que l'acquéreur du bien soit une corporation canadienne et que cette corporation soit imposable. Donc, l'article 518 L.I.Q. présume qu'au bout du compte un impôt sera payé sur un gain en capital¹⁵. »

Il est vrai que l'article 518 L.I. prévoit un report ou sursis d'imposition et non une élimination du gain en capital. Toutefois, il faut souligner qu'aux fins de la *Loi sur les impôts*, le gain en capital n'avait pas été éliminé. Ce n'est qu'en raison du fait qu'Ontarioco n'avait pas d'établissement au Québec que celle-ci n'a pas été assujettie à l'impôt du Québec lors de la réalisation de ce gain. En d'autres mots, le gain n'a pas été éliminé aux fins de la *Loi sur les impôts*, dans sa lettre et sa logique interne.

Selon le tribunal, « l'esprit de l'article 518 L.I.Q. ne tolère pas qu'un contribuable puisse utiliser un outil prévu pour reporter une obligation dans un but d'annuler cette obligation »¹⁶.

La seule et unique référence jurisprudentielle faite par le tribunal va à l'arrêt *Lipson*, lorsqu'il affirme que « [c]'était dénaturer et pervertir l'article 518 L.I.Q. et constituait un évitement abusif au sens où on l'entend dans l'arrêt *Lipson* »¹⁷.

¹⁴ *OGT Holdings*, précité, note 12, par. 22.

¹⁵ *Id.*, par. 24.

¹⁶ *Id.*, par. 26.

¹⁷ *Id.*, par. 34.

La Cour d'appel ne semble manifestement pas avoir accepté le fait que la notion d'abus doive être analysée au regard de la logique interne de la *Loi sur les impôts*. Or, cette logique était respectée puisqu'aux fins de l'impôt du Québec, le gain n'était que reporté, pas éliminé. Avec respect, il nous semble qu'il aurait fallu porter l'analyse à un autre niveau, soit la détermination de l'abus dans un contexte multijuridictionnel. L'Ontario avait la pleine juridiction législative d'imposer le gain et c'est par choix qu'elle s'en remettait aux règles fédérales¹⁸. D'ailleurs, l'Ontario a depuis modifié l'*Ontario Corporation Tax Act* afin d'exercer cette juridiction en certaines circonstances¹⁹. Quel aurait été le raisonnement du tribunal si le gain avait été imposable dans la juridiction du cessionnaire, mais à un taux inférieur à celui du Québec? Dans ce cas, il y aurait eu report du gain et non-élimination; il faut donc penser qu'il n'y aurait pas eu abus de l'article 518 L.I. selon les motifs du jugement. Par conséquent, éliminer une partie des impôts serait acceptable, mais pas la totalité. Dans son analyse de l'objet et de l'esprit de la *Loi sur les impôts*, le tribunal a-t-il pris en considération l'article 540.1 L.I.²⁰, lequel est une mesure qui protège l'assiette fiscale québécoise lorsqu'un contribuable transfère par roulement fiscal à une société étrangère affiliée (ci-après « SÉA ») des actions d'une autre SÉA dont la totalité ou quasi-totalité des biens sont des biens exclus²¹? Cette mesure démontre que le législateur avait déjà saisi le risque associé au transfert de biens par roulement fiscal dans un contexte multijuridictionnel, mais qu'il n'était pas intervenu dans le contexte de l'article 518 L.I. Que faut-il penser des structures de type *double dip*? N'est-il pas vrai que nos lois fiscales prévoient une certaine symétrie voulant que l'intérêt puisse être déductible pour celui qui engage la dépense mais qu'il soit aussi imposable entre les mains de celui qui en est le bénéficiaire²². Or, faudrait-il considérer qu'il y a abus parce qu'il y a une déduction d'intérêt dans une autre juridiction mais aucune imposition au Canada?

¹⁸ Voir *Ontario Corporation Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C-40 et mod. (ci-après « O.C.T.A. »), par. 1(5).

¹⁹ Voir le paragraphe 5.1(5) O.C.T.A.

²⁰ L'équivalent du paragraphe 85.1(4) L.I.R.

²¹ L'article 540.1 L.I. vient nier le roulement de l'article 540 L.I.R. en certains cas, puisque la disposition éventuelle des actions par le cessionnaire ne serait pas imposable au Québec, les actions de l'autre SÉA étant vraisemblablement des biens exclus au moment de leur disposition par le cessionnaire.

²² Cette symétrie se trouve confirmée par les règles sur les actions privilégiées à terme, lorsqu'on tenterait de remplacer un rendement en intérêt par un rendement sous forme de dividende.

Nous ne remettons pas en cause la décision de la Cour. Après tout, il y a eu élimination de toute imposition provinciale à l'égard du gain en capital et il n'est pas impensable qu'un tribunal puisse arriver à la conclusion que la RGAÉ soit applicable. Nous tentons simplement de faire ressortir le fait que la situation que le tribunal avait à considérer était complexe et que, avec respect, l'analyse de la Cour n'a pas pris la pleine mesure de cette situation.

Permission d'en appeler auprès de la Cour suprême n'a pas été accordée.

2.2. AFFAIRE LANDRUS C. LA REINE²³

Dans cette affaire, le contribuable, Gary Landrus (ci-après « Landrus ») était le commanditaire d'une société en commandite formée en 1989 pour acquérir un nouvel immeuble à condominiums en Ontario (ci-après « Roseland II »). Quelque temps auparavant, un autre immeuble similaire avait été acquis par une société en commandite distincte (ci-après « Roseland I »). Dans les deux cas, chaque associé détenait une part correspondant à une unité spécifique de l'immeuble détenu en copropriété. Normalement, dans un cas comme dans l'autre, le retrait d'un associé lui donnait droit à l'unité qui lui était attitrée selon le contrat de société.

Roseland I et Roseland II ont respectivement commencé leurs activités de location de condominiums en 1988 et 1989. Les revenus de location des unités étaient mis en commun au sein de chacune des sociétés dans le but d'être redistribués aux associés selon leur part respective. Par ailleurs, le ralentissement économique et du marché immobilier a entraîné des taux d'inoccupation élevés et les unités ont commencé à se vendre à des prix équivalant à la moitié de leur coût d'origine. En 1993, plusieurs des investisseurs de Roseland II étaient insatisfaits de la gestion de leur immeuble et ont fait appel aux services d'Allied Canadian Corporation (ci-après « Allied ») afin d'en améliorer la gestion et le rendement. Allied était convaincu que l'union de Roseland I et Roseland II améliorerait leurs résultats respectifs, grâce à des économies d'échelle dont le but était de permettre aux associés de récupérer autant que possible leurs investissements.

En 1994, une série d'opérations a été mise en œuvre dans le but de combiner les deux sociétés de personnes sous une nouvelle entité, Roseland Park Master Limited Partnership (ci-après « RPM »). Premièrement, Roseland I et Roseland II ont toutes les deux acquis des parts de RPM en

²³ [2009] 4 C.T.C. 189; [2009] 1 C.T.C. 2009 (C.C.I.) (ci-après « Landrus »).

contrepartie de billets à ordre. Les associés de ces deux sociétés ont ensuite reçu des parts proportionnelles à leurs intérêts futurs dans RPM. Puis, les actifs de Roseland I et de Roseland II ont été vendus à RPM, qui en échange a procédé à l'annulation des billets. À la suite de la disposition des immeubles, Roseland I et Roseland II ont respectivement subi une perte finale de 1 709 454 \$ et 2 916 612 \$ en vertu du paragraphe 20(16) L.I.R. Leurs anciens associés, dont Landrus, ont déduit leur part de cette perte dans leur déclaration de revenus personnelle. Le Ministère a refusé la déduction de la perte finale de Landrus.

En Cour canadienne de l'impôt, le Ministère avançait que la série d'opérations avait pour principal objet de permettre aux associés de Roseland I et Roseland II de cristalliser une perte relative aux immeubles sans véritablement économiquement disposer des biens sous-jacents et que, ce faisant, il y avait abus de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En outre, il arguait que la réalisation de la perte était prématurée parce que la nature des investissements des associés n'avait pas changé à la suite des transferts de biens à RPM. Il prétendait également que, de par son résultat, cette série d'opérations abusait de l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* tel qu'il transparaissait du sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R. ainsi que des paragraphes 85(4), 40(2) et 85(5.1) L.I.R., qui établiraient une politique fiscale selon laquelle une disposition ne doit être reconnue que s'il y a une disposition véritable sur le plan économique. Or, le fait que les associés puissent utiliser la perte en question sans avoir véritablement disposé de leurs droits économiques dans les immeubles en faveur de tiers constituait, selon les autorités fiscales, une opération d'évitement abusive.

Quant au contribuable, il a concédé le fait qu'il a obtenu un avantage fiscal à la suite de la réalisation de la série d'opérations. Toutefois, il prétendait que l'opération lui donnant droit à la perte finale avait été mise en œuvre principalement pour des motifs véritables et commerciaux, autres que l'obtention d'un avantage fiscal et que l'opération ne constituait pas une opération d'évitement. L'objectif était plutôt de combiner deux immeubles à revenus en compétition entre eux dans une entité commune afin de créer des économies d'échelle et de bénéficier du travail d'une équipe de gestion commune. De plus, le contribuable a soulevé le fait que les opérations contestées par le Ministère avaient été prévues avant même qu'aient été déterminés les avantages fiscaux pouvant en découler. Enfin, Landrus a rappelé que les pertes finales sont généralement permises lors d'un regroupement ordinaire de deux sociétés de personnes (dissolution de sociétés de personnes existantes et contribution des biens à une nouvelle société de personnes). Dans de telles circonstances, il a été généralement reconnu que la perte finale pouvait être réclamée. En l'occurrence, ce

principe devait être appliqué et le Ministère, selon le contribuable, ne pouvait recharacteriser les opérations afin de conclure qu'il n'y avait pas de réelle disposition, car le droit de propriété dans les immeubles avait véritablement été transféré de Roseland I et Roseland II à RPM.

À la lumière de ce qui précède, la Cour canadienne de l'impôt devait déterminer si le contribuable avait véritablement mis en œuvre une opération d'évitement et si, de plus, il avait abusé de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans ce contexte, il importe de mentionner que le juge Paris avait rejeté les prétentions du contribuable selon lesquelles la réorganisation des sociétés en commandite a été entreprise principalement pour des objets commerciaux.

Par conséquent, la Cour devait déterminer si ces transactions abusaient de la loi aux fins du paragraphe 245(4) L.I.R. À cette fin, le paragraphe 20(16) L.I.R., qui prévoit explicitement deux conditions pour qu'une perte finale soit reconnue, devait être examiné. La première de ces conditions était que la fraction non amortie du coût en capital de l'immobilisation dont la disposition entraînera une perte doit être un montant positif. La seconde exigeait que le contribuable ne détienne plus de biens de la catégorie à laquelle cette immobilisation appartenait à la fin de l'année. Or, le Ministère reconnaît que les paramètres du paragraphe 20(16) L.I.R. sont clairs et qu'ils étaient respectés en l'espèce. Toutefois, il prétendait également, tel que nous l'avons déjà mentionné, qu'il ressort des sous-alinéas 40(2)g(i) L.I.R. ainsi que des paragraphes 85(4), 40(2) et 85(5.1) L.I.R. que l'esprit de la loi est de ne pas permettre l'utilisation de la perte finale lorsqu'elle est engendrée par des dispositions entre parties liées. Selon la Cour, cette intention du législateur ne ressort pas clairement de ces dispositions.

En dernier lieu, la Cour soulève le fait que le législateur a défini des circonstances précises dans le cadre desquelles les pertes finales doivent être refusées à la suite de la disposition de biens entre sociétés de personnes au paragraphe 13(21.2) L.I.R. (à l'époque le paragraphe 85(5.1) L.I.R.). En l'occurrence, le paragraphe 85(5.1) L.I.R. ne s'appliquait pas à la disposition d'un bien amortissable par le contribuable, car ce dernier ne possédait pas un intérêt majoritaire dans la société de personnes cessionnaire du bien disposé, soit RPM. Ainsi, si le contribuable respectait les balises imposées à cette disposition, il avait droit à la déduction de la perte finale. La RGAÉ ne peut être utilisée pour combler les vides législatifs. Bref, le juge Paris a conclu que l'article 245 L.I.R. ne s'appliquait pas dans les circonstances.

On a interjeté appel de cette décision auprès de la Cour d'appel fédérale, qui a rendu son jugement le 16 avril 2009.

La Cour a d'abord établi l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes. En particulier, elle a tenté de préciser le sens qu'il faut accorder à des mesures spécifiques antiévitement. En effet, ce genre de mesures peut être considéré sous deux angles. D'une part, elles peuvent être indicatives d'une politique fiscale générale, en l'occurrence, selon laquelle une perte ne devrait être reconnue que lors d'une disposition économique d'un bien; c'était la prétention du Ministère. D'autre part, des mesures antiévitement spécifiques viennent définir avec précision les circonstances où un avantage doit être refusé et peuvent être interprétées comme une expression complète de la politique fiscale sur la question. Sur ce point, la Cour a conclu de la façon suivante :

« I agree with the appellant that the fact that specific anti-avoidance provisions can be demonstrated not to be applicable to a particular situation does not, in and of itself, indicate that the result was condoned by Parliament (*Central Supply Co. (1972) Ltd. v. R.*, [1997] 3 F.C. 674 (Fed. C.A.)). However, where it can be shown that an anti-avoidance provision has been carefully crafted to include some situations and exclude others, it is reasonable to infer that Parliament chose to limit their scope accordingly²⁴. »

La question n'a donc pas été tranchée de façon définitive. Dans certains cas, les mesures antiévitement spécifiques pourraient constituer une indication de politique fiscale plus générale. Dans d'autres cas, elles pourraient être l'expression complète et entière de la politique fiscale, lorsqu'elles ont été définies avec soin (*carefully crafted*).

La Cour a ensuite établi si, en l'espèce, il y avait eu abus du paragraphe 20(16) L.I.R. Elle a correctement situé le débat sur le plan juridique, plutôt que sur le plan économique comme tentait de l'y amener le Ministère :

« I accept that the transactions in issue would be arguably abusive if they had given rise to the tax benefit in circumstances where the legal rights and obligations of the respondent were otherwise wholly unaffected. However, this is not what happened here²⁵. »

Finalement, après avoir rappelé que le Ministère avait le fardeau de démontrer l'existence de l'abus, la Cour a confirmé la décision du juge de première instance.

²⁴ *Id.*, par. 47.

²⁵ *Id.*, par. 56.

Quel rôle la décision rendue dans l'arrêt *Lipson* a-t-elle joué dans ce jugement? Aucun. Dans ses motifs, la Cour fait référence à l'arrêt *Trustco Canada*. À la fin du jugement, elle répond à certains arguments additionnels que le Ministère avançait en se basant sur l'arrêt *Lipson* :

- Dans l'arrêt *Lipson*, deux avantages fiscaux ont été établis : la déduction de l'intérêt et l'application des règles d'attribution. Le Ministère alléguait que la situation dans l'affaire *Landrus* comportait aussi deux avantages fiscaux : la perte subie par la société de personnes en vertu du paragraphe 20(16) L.I.R. et l'attribution de cette perte à l'associé en vertu du paragraphe 96(1) L.I.R. Selon le Ministère, il aurait fallu procéder à une analyse de l'objet et de l'esprit du paragraphe 96(1) L.I.R. dans l'analyse de l'abus. Selon la Cour, il était clair que l'avantage fiscal découlait du paragraphe 20(16) L.I.R. et l'argument du Ministère n'a pas été retenu.
- Le Ministère avançait également que le paragraphe 85(5.1) L.I.R. avait fait l'objet d'une mauvaise utilisation. Or, le tribunal a conclu que cette disposition n'avait simplement pas été utilisée.
- Finalement, le Ministère prétendait que l'application du paragraphe 85(5.1) L.I.R. avait été évitée. Cet argument n'avait pas été invoqué devant la Cour canadienne de l'impôt et a été rejeté.

2.3. AFFAIRE LEHIGH CEMENT LTD. C. LA REINE²⁶

Le jugement de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Lehigh* a été rendu le 29 avril 2009, la cause ayant été entendue avant la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Lipson*.

Lehigh Cement Limited (ci-après « Lehigh ») était une société résidant au Canada. Les actions du capital-actions de Lehigh étaient détenues par une société résidente de la Belgique. Par une série d'opérations, Lehigh est devenue la débitrice d'un prêt (ci-après « Prêt ») dont le créancier était une société non résidente faisant partie du même groupe (ci-après « Créancier »). Jusqu'à la mise en place des étapes décrites ci-après, Lehigh effectuait des retenues à la source selon l'alinéa 212(1)b) L.I.R. à l'égard des intérêts payés en vertu du Prêt au Créancier. Le Prêt a par la suite été modifié en billet subordonné (ci-après « Billet »). Les modalités du Billet prévoyaient que Lehigh n'était pas tenue de rembourser plus de 25 % du principal du Billet

²⁶ 2009 D.T.C. 776 (C.C.I.) (ci-après « *Lehigh* »).

dans les cinq ans suivant la date d'émission du Billet. Le Créancier pouvait aussi céder en tout ou en partie à un tiers le droit de recevoir les intérêts en vertu du Billet. Le Créancier a par la suite cédé le droit de recevoir les intérêts à une banque belge n'ayant aucun lien de dépendance avec Lehigh. À tout moment pertinent, le Créancier conservait le droit de recevoir le principal du Billet. La cession du droit aux intérêts était accompagnée d'une option accordée à la banque en vertu de laquelle celle-ci avait le droit d'obliger une société non résidente du groupe d'acquiescer pour une somme déterminée le droit de recevoir les intérêts. Aucun impôt de la Partie XIII L.I.R. n'a été retenu à l'égard des intérêts payés à la banque, conformément à l'exception prévue au sous-alinéa 212(1b)(vii) L.I.R. Le litige porte sur la déductibilité de l'intérêt et l'impôt de la Partie XIII L.I.R. Seule la cotisation relative à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. est fondée sur la RGAE²⁷.

L'existence d'une opération d'évitement n'était pas contestée et le litige portait uniquement sur la question de savoir si l'opération d'évitement était abusive au regard du sous-alinéa 212(1b)(vii) L.I.R. Les parties ont fait référence à la décision rendue dans l'arrêt *Trustco Canada* et le juge lui-même a cité plusieurs passages de cette décision pour définir les règles d'application de la RGAE²⁸. Le juge a ensuite considéré les textes de différents auteurs afin de préciser le texte, le contexte et l'objet du sous-alinéa 212(1b)(vii) L.I.R. Il a conclu cette analyse de la façon suivante :

« Subparagraph (vii) is relatively straightforward. It is not drafted in the arcane hieroglyphics that so often decorate other parts of the Act. Left to myself, I might well have concluded that this exemption was intended to help Canadian corporations borrow from foreign arm's length lenders who would receive interest free from withholding tax. Having reviewed the articles quoted in paragraphs 37 and 38 above, I find that the purpose of subparagraph (vii) is to help Canadian corporations needing to borrow money by increasing their access to international capital markets. The cost of the withholding tax on interest paid to foreign lenders is often shifted to the Canadian borrower, thereby increasing the cost of capital. The exemption from withholding tax on arm's length borrowing from foreign lenders makes such borrowing more competitive with domestic borrowing in Canada²⁹. »

²⁷ Le Ministère contestait la déductibilité d'une partie des intérêts en se fondant sur le paragraphe 16(1) L.I.R. Selon le Ministère, les paiements faits à la banque étaient des paiements mixtes d'intérêt et de capital. Cet argument n'a pas été retenu par le juge.

²⁸ Le juge a aussi fait référence à la décision rendue dans l'arrêt *Mathew*.

²⁹ *Lehigh*, précité, note 26, par. 39.

Après avoir constaté que le contribuable n'avait jamais emprunté d'argent de la banque belge, le juge conclut que la cession du droit aux intérêts par le Créancier à la banque constituait un abus du sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. La RGAÉ était donc applicable³⁰.

Vers la fin de son jugement, le juge a fait certains commentaires relativement à la décision rendue dans l'arrêt *Lipson*. Il a constaté que la Cour suprême était divisée dans cette affaire et que les faits de cette cause sont très différents de la cause qu'il avait à juger. Selon lui, « [i]n my opinion, the various reasons for judgment in *Lipson* do not qualify what the Supreme Court stated in its unanimous decision in *Canada Trustco* »³¹.

L'arrêt *Trustco Canada* continue donc de faire autorité au-delà de l'arrêt *Lipson*.

2.4. AFFAIRE COPTHORNE

La décision unanime de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Cophorne* a été rendue le 21 mai 2009. La cause a été entendue après la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Lipson*. Les faits de l'instance sont relativement complexes et impliquent un groupe de sociétés contrôlées par des non-résidents.

Les faits dans cette affaire s'échelonnent sur une période relativement étendue. Au début des années 1980, une société (ci-après « Cophorne I ») a été constituée pour acquérir un hôtel à Toronto. Le capital-actions de cette nouvelle entité comprenait une seule action qui était détenue par une société néerlandaise (ci-après « Big City ») et son capital versé (ci-après « CV ») était de 1 \$. Les deux sociétés du groupe étaient directement ou indirectement contrôlées par les membres de la famille Li.

Par la suite, l'hôtel a été revendu pour un produit de disposition important assujettissant Cophorne I à une imposition sur un gain en capital substantiel. En 1987, une nouvelle société canadienne a été constituée (ci-après « VHHC Investments »). Entre 1987 et 1991, plusieurs sommes

³⁰ Le Ministère avait initialement imposé une pénalité en vertu du paragraphe 227(8) L.I.R. Cet aspect du litige a été abandonné par le Ministère. La décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Cophorne Holdings Ltd. c. La Reine*, 2009 CAF 163; [2008] 1 C.T.C. 2001 (ci-après « *Cophorne* »), analysée ci-après, n'est sans doute pas étrangère à ce revirement.

³¹ *Lehigh*, précité, note 26, par. 49.

d'argent y ont été investies par les membres de la famille Li et certaines sociétés liées, portant le CV des actions du capital-actions de VHHC Investments à 96 736 845 \$. Durant cette période, VHHC Investments a procédé à des investissements dans VHHC Holdings de manière à acquérir 67 401 279 actions ordinaires ayant un CV de 67 401 279 \$. À ce moment-là, VHHC Holdings détenait les actions d'une autre société auxquelles se rattachait une perte en capital inhérente substantielle.

En 1992, VHHC Investments vendait ses 67 401 279 actions ordinaires dans VHHC Holdings à Copthorne I pour un produit de disposition de 1 000 \$³². Le seul objectif de cette dernière opération était de transférer la perte en capital inhérente se rattachant aux actions détenues par VHHC Holdings à Copthorne I. Il était prévu que cette perte en capital serait utilisée par Copthorne I pour réduire le gain réalisé lors de la disposition de l'hôtel.

L'année suivante, la famille Li entrevoyait la fusion de plusieurs des sociétés canadiennes du groupe pour des raisons d'affaires, mais également afin de permettre une meilleure utilisation des pertes fiscales entre les entités. Or, dans le cadre de la fusion de Copthorne I et de VHHC Holdings, le CV de cette dernière aurait été totalement éliminé. Afin, de contrecarrer cette possibilité, il a été décidé de vendre les actions de VHHC Holdings à Big City pour une somme de 1 000 \$, avant la fusion. C'est cette vente d'actions que l'ARC considère comme une opération d'évitement.

Par ailleurs, la fusion de plusieurs entités du groupe a permis la création de Copthorne II. Ainsi, avant cette opération, Big City détenait tout le capital-actions de Copthorne I et VHHC Holdings. À la suite de la fusion comprenant ces deux entités, Big City détenait tout le capital-actions de Copthorne II auquel se rattachait un CV de 67 401 279 \$.

Enfin, en 1994, pour éviter l'application de nouvelles règles sur les sociétés étrangères affiliées, il était prévu que les sociétés canadiennes du groupe de la famille Li disposent de certains éléments d'actif et que les profits qui en découleraient soient rapatriés à l'extérieur du Canada. Par conséquent, une société a été constituée à la Barbade (ci-après « BarCo ») afin d'acquérir toutes les actions de Copthorne II et de VHHC Investments dont le CV était respectivement de 67 401 280 \$ et 96 736 845 \$. En fusionnant Copthorne II et VHHC Investments, on obtenait Copthorne III,

³² Selon les règles en vigueur à l'époque, toute perte en capital subie en raison de cette disposition était réputée nulle et devait être ajoutée au PBR des actions pour Copthorne I.

qui avait un CV de près de 165 M\$. Cette dernière a racheté des actions de son capital-actions détenues par BarCo sans retenir l'impôt de la Partie XIII L.I.R. à l'égard de ce qui aurait été un dividende réputé en l'absence de CV.

Bien que les faits soient complexes, les aspects importants peuvent être résumés comme suit : un actionnaire souscrit à des actions d'Aco pour 100 \$. Aco utilise les 100 \$ pour acquérir des actions de Bco. Il est clair que le CV total d'Aco et de Bco est de 200 \$, mais qu'il correspond à une seule somme de 100 \$. Si Aco transfère les actions de Bco à l'actionnaire, celui-ci détiendra des actions ayant un CV total de 200 \$ pour un déboursé réel de 100 \$.

L'ARC a invoqué l'application de la RGAÉ sous prétexte que le rachat des actions avait pu être effectué sans conséquence fiscale en raison de la création artificielle de CV au sein du groupe de sociétés de la famille Li. Par conséquent, les autorités fiscales ont allégué qu'une partie du montant rapatrié par BarCo était imposable en vertu des paragraphes 215(6) et 212(2) L.I.R. et qu'elle devait faire l'objet des retenues d'impôt de la Partie XIII L.I.R.; auquel cas les pénalités de l'article 227 L.I.R. étaient applicables.

Décision de la Cour canadienne de l'impôt

En Cour canadienne de l'impôt, avant d'entreprendre une analyse systématique selon les préceptes énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *Mathew* et *Trustco Canada*, la juge Campbell a reconnu que les séries d'opérations effectuées par l'appelant avaient finalement eu pour effet de gonfler le CV de Copthorne III d'une somme équivalant à près de 67 M\$.

En outre, dans le cadre de son analyse portant strictement sur la RGAÉ, la juge a constaté d'abord qu'elle devait analyser deux séries d'opérations : celle se terminant par la vente des actions de Copthorne I à Big City et celle se terminant par le rachat des actions de Copthorne III. Puis, la Cour a conclu que les deux « séries » faisaient partie de la même série d'opérations aux fins de l'article 245 L.I.R. Selon elle, il a été décidé de procéder à un rachat d'actions de Copthorne III parce que la vente avait permis de préserver un montant de CV substantiel. Si la juge avait conclu autrement, il n'aurait pas été possible de prétendre que l'opération d'évitement, la vente des actions de Copthorne I à Big City, était liée au rachat des actions de Copthorne III et la RGAÉ aurait été inapplicable. Cette conclusion a été obtenue en reliant le rachat des actions de Copthorne III à la série de common law qui comprenait la vente à Big City par l'application du paragraphe 248(10) L.I.R.

En l'occurrence, ayant tiré cette conclusion, la Cour a procédé à une analyse exhaustive des faits en l'espèce à la lumière des dispositions de la RGAÉ. D'abord, elle a affirmé qu'un avantage découlait de la série d'opérations parce qu'une somme avait été versée à un non-résident sans que cette somme soit réputée constituer un dividende et sans que l'impôt de la Partie XIII L.I.R. s'applique. Puis, il a été déterminé que la vente des actions à Big City constituait une opération d'évitement en vertu du paragraphe 245(3) L.I.R. parce qu'elle avait été réalisée principalement pour des objets fiscaux, soit la conservation du haut CV de Cophthorne I. Enfin, l'analyse de l'objet et de l'esprit de la loi a permis de conclure que le contribuable avait abusé des paragraphes 89(1), 84(3) et de l'alinéa 87(3)a L.I.R. de manière à permettre le redressement artificiel du CV d'une société issue de la fusion. Par conséquent, en vertu de la RGAÉ, le rachat d'actions de Cophthorne III entraînait un dividende réputé auquel devait être applicable l'impôt de la Partie XIII L.I.R.

Un des éléments intéressants qui ressort de cette cause est que la Cour a refusé d'imposer des pénalités à l'appelant. Selon son raisonnement, les pénalités qui découlent de l'omission de payer de l'impôt ne sont pas applicables dans ce contexte. Techniquement, aucun impôt n'était payable en vertu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, donc le paragraphe 227(8) L.I.R. ne pouvait être appliqué. En outre, si les contribuables ne peuvent s'autocotiser en vertu de l'article 245 L.I.R., il n'y a aucune base juridique qui permet d'imposer des pénalités dans le contexte de la RGAÉ.

Décision de la Cour d'appel fédérale

La première question que la Cour avait à considérer est celle de savoir si les deux séries d'opérations faisaient partie de la même série d'opérations en raison du paragraphe 248(10) L.I.R. L'analyse a porté sur le degré de rapprochement qui doit exister entre deux opérations pour qu'elles fassent partie de la même série en vertu de cette disposition. La Cour a tenu compte des commentaires du juge Rothstein dans l'affaire *OSFC Holdings Ltd. c. La Reine*³³ et de ceux de la Cour suprême dans l'arrêt *Trustco Canada*. Le juge Rothstein avait affirmé qu'on peut dire qu'une opération est terminée en vue de réaliser la série lorsque les parties à l'opération connaissaient la série, de telle sorte qu'on peut affirmer qu'elles l'ont prise en considération lorsqu'elles ont décidé de finaliser l'opération. La Cour suprême avait élargi encore davantage le concept en précisant que les mots « en vue de » signifient « en raison de » ou « relativement à ». La Cour a aussi tenu

³³ 2001 CAF 260.

compte du jugement de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *MIL (Investments) S.A. c. La Reine*³⁴, où le juge a voulu donner un sens plus restreint à l'expression « en vue de », pour conclure de la façon suivante :

« In my view, if a series is a motivating factor with respect to the completion of a subsequent transaction, the transaction can be said to have been completed "in contemplation of the series" and a direct causal relationship between the series and the transaction, as argued by the appellant, need not be established. In my opinion, this standard is reconcilable with the test as stated in *OSFC* and as broadened in *Canada Trustco*³⁵. »

La Cour a conclu que la juge de première instance avait correctement considéré cette question et que les deux séries faisaient partie de la même série d'opérations par l'effet du paragraphe 248(10) L.I.R.

La deuxième question que la Cour avait à considérer est celle de savoir si la vente d'actions de 1993 constitue une opération d'évitement. Il s'agit d'une question de fait et le fardeau appartient au contribuable de démontrer qu'une opération a été effectuée pour des objets véritables. La Cour a estimé que la juge de première instance n'avait pas commis d'erreur manifeste sur cette question et que la vente d'actions était une opération d'évitement. Elle a affirmé son accord avec la position que l'objet global de la série d'opérations ne doit pas être attribué à chaque opération constituant la série.

La troisième question que la Cour avait à considérer est celle de savoir si l'appelant avait bénéficié d'un avantage fiscal. Sur ce point, elle a confirmé la détermination de fait établie par la juge de première instance à savoir qu'un avantage fiscal découlait de la série d'opérations.

Finalement, la Cour avait à déterminer si l'opération d'évitement était abusive. Elle a d'abord affirmé son accord avec la juge de première instance selon laquelle, s'il y a abus, c'est de la définition de CV au paragraphe 89(1) L.I.R. et non du paragraphe 84(3) ou de l'alinéa 87(3)a) L.I.R. La Cour a ensuite procédé à une analyse expliquant pourquoi le CV relatif aux actions qu'une société fusionnante détient dans une autre société fusionnante doit être éliminé lors de la fusion. En effet, puisque l'élément d'actif disparaît, il est approprié que le CV qui s'y rapporte disparaisse aussi. La Cour s'est déclarée en accord avec la juge de première instance selon laquelle, puisque le transfert des actions de 1993 avait servi à éviter l'élimination de CV qui

³⁴ [2006] 5 C.T.C. 2552 (C.C.I.).

³⁵ *Copthorne*, précité, note 30, par. 46.

autrement serait survenue lors de la fusion des sociétés, l'opération était abusive.

L'argument utilisé par la Cour pour conclure à l'abus ne semble pas complet. On peut comprendre que le CV des actions d'une société fusionnante détenues par une autre société fusionnante doit être éliminé. Cela ne veut pas dire que dans tout type d'opération similaire à celle considérée dans cette affaire, la préservation du CV soit abusive. Ce qui vient mêler les cartes dans l'affaire *Cophorne*, c'est le fait que les actions de VHHC Holdings n'avaient pas de valeur (elles ont été vendues pour 1 000 \$). Si ces actions avaient eu une valeur égale, par exemple, à leur CV, il aurait fallu que Big City verse une contrepartie égale à ce montant à Cophorne I. La valeur de VHHC Holdings aurait démontré qu'il y avait des éléments d'actif dans cette société qui ne disparaissaient pas lors de la fusion. Il aurait été tout à fait approprié dans ce cas que le CV ne disparaisse pas.

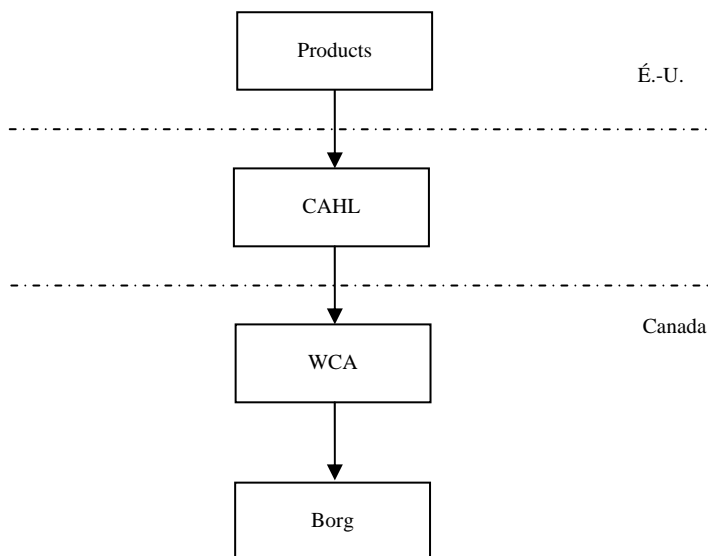
Il n'est fait aucune référence à l'arrêt *Lipson* dans les motifs de la décision.

2.5. AFFAIRE COLLINS & AIKMAN PRODUCTS CO. C. LA REINE³⁶

L'affaire *Collins* a été entendue avant la décision dans l'arrêt *Lipson*. Toutefois, le jugement de la Cour canadienne de l'impôt a été rendu après cette décision, soit le 3 juin 2009.

Avant la série d'opérations, la structure du groupe de sociétés était la suivante :

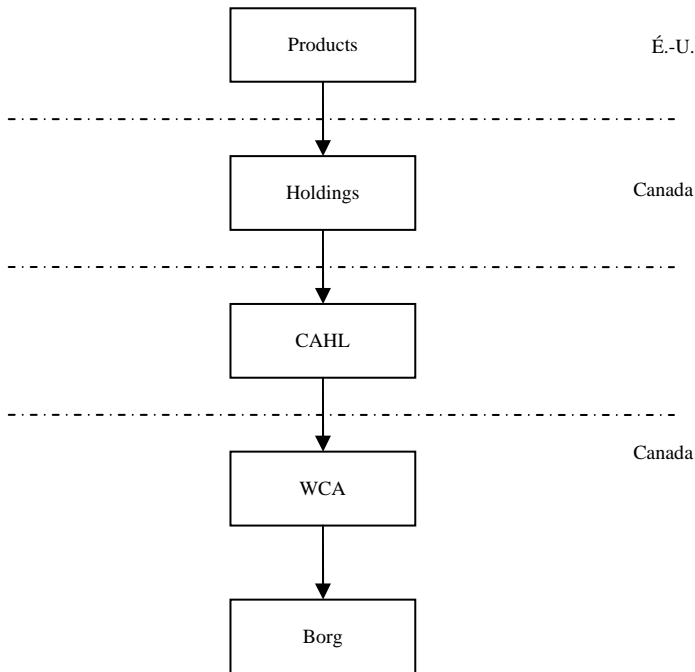
³⁶ 2009 CCI 299 (ci-après « *Collins* »).



Collins & Aikman Products Co. (ci-après « Products ») était une société résidente des États-Unis qui détenait toutes les actions du capital-actions de Collins & Aikman Holdings Ltd. (ci-après « CAHL »), dont le CV et le PBR étaient d'environ 475 000 \$. CAHL était une société qui avait été constituée au Canada en 1929 et qui a cessé de résider au Canada en 1961 à la suite de la vente de ses biens à WCA Canada inc. (ci-après « WCA »). CAHL détenait toutes les actions du capital-actions de WCA, une société résidente du Canada. WCA détenait toutes les actions du capital-actions de Borg Textiles inc. (ci-après « Borg »).

La série d'opérations qui fait l'objet de l'analyse de la RGAÉ a été mise en place en 1993 et 1994.

Premièrement, une nouvelle société a été constituée en vertu des lois du Canada : Collins & Aikman Holdings Canada inc. (ci-après « Holdings »). Products a transféré la totalité des actions du capital-actions de CAHL à Holdings en contrepartie d'une action du capital-actions de Holdings. Cette disposition n'a pas fait l'objet d'un roulement fiscal puisque les actions de CAHL n'étaient pas des biens canadiens imposables. Le CV et le PBR de l'action de Holdings reçue par Products ont été fixés à 167 M\$, soit un montant égal à la JVM des actions de CAHL transférées. Après cette étape, la structure du groupe de sociétés était la suivante :



Deuxièmement, CAHL, WCA et Borg ont fusionné afin de former Collins & Aikman Canada inc. (ci-après « C & A »). À cette époque, CAHL est devenue, à un certain moment, résidente du Canada. Le jugement n'est pas clair quant au moment précis de ce changement de résidence. Selon le jugement, CAHL serait devenue résidente du Canada au plus tard lors de la fusion.

Troisièmement, C & A a versé des dividendes à Holdings, qui a procédé à des réductions d'une partie du CV des actions de son capital-actions en faveur de Products. Aucun impôt de la Partie XIII L.I.R. n'a été retenu à l'égard des sommes remises à Products au titre des réductions de capital.

En application de la RGAÉ, le Ministère a procédé à une détermination en vertu du paragraphe 152(1.11) L.I.R., donnant lieu à une réduction du PBR et du CV des actions du capital-actions de Holdings de 167 M\$ à environ 475 000 \$. Cette détermination a été suivie par une cotisation de l'impôt de la Partie XIII L.I.R.

Le contribuable a concédé qu'il y avait une opération d'évitement. Par conséquent, la seule question en litige était celle de savoir si l'opération d'évitement était abusive. Le Ministère prétendait qu'il y avait abus du paragraphe 84(4) L.I.R., mais aussi de probablement toutes les autres dispositions de la loi impliquant le concept de CV et la distribution de surplus.

Dans l'énoncé des principes de droit pertinents à l'application de la RGAÉ, le juge a abondamment cité des passages de l'arrêt *Trustco Canada* et, dans une moindre mesure, de l'arrêt *Lipson*. La décision de la majorité dans l'arrêt *Lipson* est présentée sous un jour où elle confirme l'arrêt *Trustco Canada*, notamment quant aux trois situations pouvant donner lieu à abus :

« In *Lipson*, the majority of the Supreme Court describes paragraphs 44 and 45 as the key portion of the Court's approach to GAAR in *Canada Trustco*. The majority summarized paragraph 44 as follows :

“40 According to the framework set out in *Canada Trustco*, a transaction can result in an abuse and misuse of the Act in one of three ways : where the result of the avoidance transaction (a) is an outcome that the provisions relied on seek to prevent; (b) defeats the underlying rationale of the provisions relied on; or (c) circumvents certain provisions in a manner that frustrates the object, spirit or purpose of those provisions (*Canada Trustco*, at para. 45)³⁷. »

Le juge a réitéré le principe selon lequel le Ministère a le fardeau de démontrer l'abus.

Dans son analyse, afin d'établir la structure de la loi, le juge a mis en contradiction les positions respectives des parties :

- Selon le Ministère, il existe une politique générale voulant que les montants distribués par une société doivent être inclus au revenu. Cette politique se dégage de l'ensemble des dispositions invoquées. Un montant ne doit pas être inclus au revenu si une disposition spécifique le prévoit.
- Selon le contribuable, les distributions faites par les sociétés sont des dividendes seulement dans la mesure où elles excèdent le CV, sous réserve de certaines règles spécifiques qui peuvent prévoir autrement ou dans une mesure différente.

³⁷ *Id.*, par. 37.

Le juge rejette d'emblée la position du Ministère :

« I do not accept the Crown's view. When considering the statutory provisions dealing with corporate distributions there is no clear need to step back from the Act altogether, begin from an unstated premise, and then treat the Act as only setting out the exceptions. Sections 82, 112 and 121, and subsection 84(4) are drafted as the starting points for determining how corporate dividends and other corporate distributions respectively are to be included in income. Subdivision h of the Act is drafted as a régime, not as a series of exceptions.

It is principally the Crown's beginning point of its scheme of the Act that differs from the opposing scheme of the Act. I am particularly not inclined to favour such a stepping out from the provisions of the Act approach when the Crown is relying entirely upon the provisions of the Act and does not refer to any extrinsic aids to the contextual consideration of the Act's régime on taxing corporate distributions or of subsection 84(4)³⁸. »

C'est sur cette base que le juge a passé à l'analyse contextuelle, textuelle et téléologique de la loi. En ce qui a trait au contexte, le juge a rejeté l'argument du Ministère selon lequel le paragraphe 84(4) L.I.R. doit être considéré dans un contexte où la structure de la loi prévoit que les distributions sont des revenus et où le paragraphe 84(4) L.I.R. exclut le CV de cette prémisse. C'est un peu le même raisonnement que celui ayant été fait précédemment. Il a conclu également que la loi ne présentait pas de structure relative au dépouillement de surplus. Pour ce qui est du texte, il a constaté que le paragraphe 84(4) L.I.R. assimile à des dividendes uniquement les montants distribués qui excèdent le CV. Il existe de nombreuses dispositions antiévitements spécifiques dans la loi, qui ne trouvent pas application en l'espèce. De plus, le concept de CV s'applique à chaque entité d'un groupe individuellement. À propos de l'objet du paragraphe 84(4) L.I.R., le juge a dit ceci :

« Thus, stated simply, the purpose of subsection 84(4) is to tax distributions, other than dividends, paid by a particular corporation to its shareholders to the extent the distribution exceeds the amount of capital invested in that corporation by that corporation's shareholders.

Determining the purpose of the relevant provisions or portions of the Act is not to be confused with abstract views of what is right and what is wrong nor with arbitrary theories about what the law ought to be or ought to do. These latter views and theories are unhelpful in purposive and contextual statutory analysis and may even create mischief unless they are grounded in the realities of the codified legislation. The purpose of the legislated scheme should be

³⁸ *Id.*, par. 62 et 63.

demonstrably evident from the provisions of the Act, aided by any relevant, permissible extrinsic aids. One's sense of right and wrong or what good tax policy should provide for or should not allow is not, for these purposes, a permissible extrinsic aid³⁹. »

À la lumière de cette analyse, les opérations vont-elles à l'encontre de l'objet, de l'esprit et du but du paragraphe 84(4) L.I.R. et des autres dispositions de la loi invoquées? Selon le juge, la vraie question dans le cas présent est :

« whether any abuse resulted from the impugned transactions circumventing the application of subsection 84(4) in a manner that frustrates or defeats the object, spirit or purpose of subsection 84(4) and the greater scheme of the Act applicable to the taxation of corporate distributions »⁴⁰.

Avant la série d'opérations, Products aurait très bien pu vendre les actions de CAHL sans être assujettie à l'impôt au Canada dès lors que CAHL ne résidait pas au Canada et sans égard à l'application d'une convention fiscale. Products aurait très bien pu utiliser le produit de disposition et l'investir en actions du capital-actions d'une société canadienne. Le CV de ces actions aurait alors été égal au montant investi. Le transfert de CAHL à Holdings a simplement permis d'obtenir un résultat similaire. L'élément déterminant dans cette planification était donc la capacité de Products de disposer des actions de CAHL sans conséquence fiscale canadienne. Finalement, le juge a distingué la situation analysée de celle dans l'affaire *Cophorne*, où une opération avait été mise en place pour contourner une exigence visant à éliminer le CV. Le juge a donc accueilli l'appel du contribuable.

Les références faites par le tribunal à l'arrêt *Lipson* viennent confirmer les principes énoncés dans l'arrêt *Trustco Canada*, qui demeure l'autorité principale.

2.6. AFFAIRE GARRON C. LA REINE⁴¹

L'audience s'est terminée en août 2009 et la décision a été rendue le 10 septembre 2009. Cette décision est intéressante à plusieurs égards,

³⁹ *Id.*, par. 71 et 72.

⁴⁰ *Id.*, par. 83.

⁴¹ 2009 CCI 450 (ci-après « *Garron* »).

notamment quant à la question de la résidence des fiduciaires, mais nous limiterons notre analyse à la RGAÉ.

Au début de la série d'opérations, PMPL Holdings inc. (ci-après « PMPL ») comptait deux actionnaires : Garron Holdings Limited (ci-après « GHF ») et Dunin Holdings inc. (ci-après « DHI »). Les actions de GHF étaient détenues par Myron Garron, sa conjointe Berna et une fiducie familiale, la Garron Family Trust.

Dans le cadre d'une réorganisation mise en place en avril 1998, deux fiduciaires, dont la Fundy Settlement (ci-après « Fiducie »), ont été constituées par un résident de l'île de Saint-Vincent. Le seul fiduciaire de chaque fiducie était une société de fiducie résidente de la Barbade. Les bénéficiaires de la Fiducie étaient Myron Garron, sa conjointe Berna et leurs enfants. Les opérations concernant l'autre fiducie étaient le miroir des opérations mises en place par la famille Garron. Les opérations suivantes ont par ailleurs été finalisées :

- Les actions ordinaires du capital-actions de PMPL ont été converties en actions privilégiées avec droit de vote et rachetables pour un montant égal à la JVM des actions ordinaires immédiatement avant la conversion. Ce montant était de 50 M\$.
- Des actions ordinaires sans droit de vote du capital-actions de PMPL ont été émises à deux sociétés de portefeuille nouvellement constituées au Canada (ci-après « 325 » et « 333 »).
- Des actions de 333 ont été émises à la Fiducie alors que des actions de 325 étaient émises à la fiducie de l'autre actionnaire.

La structure mise en place est donc similaire à un gel successoral, sous réserve que les parents soient bénéficiaires de la Fiducie.

Dès décembre 1998, un acheteur éventuel avait manifesté son intention d'acquérir PMPL. Des discussions ont eu lieu au cours des mois suivants, mais la vente n'a pas eu lieu. Un processus a alors été mis en branle en vue de trouver un acquéreur pour PMPL. La vente a été finalisée en août 2000 sur la base d'une valorisation de 532 M\$, soit un montant largement

supérieur à la JVM établie lors de la réorganisation de 1998⁴². Dans le cadre de cette vente, la Fiducie a disposé de ses actions du capital-actions de 333.

Le gain en capital réalisé par la Fiducie n'était pas imposable à la Barbade. De plus, la Fiducie invoquait l'article XIV(4) de la *Convention fiscale entre le Canada et la Barbade*⁴³ pour soutenir sa position que le gain n'était pas imposable au Canada.

Il était admis que la constitution de la Fiducie, la constitution de 333, la réorganisation du capital-actions de PMPL et la souscription par la Fiducie d'actions du capital-actions de 333 étaient des opérations d'évitement. Toutefois, le contribuable soutenait qu'il n'y avait pas abus de la Convention. Le contribuable n'a pas contesté que la RGAÉ pouvait s'appliquer à la Convention, ce qui, selon la juge Woods, est conforme à l'article 4.1 de la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*⁴⁴.

La première prétention du Ministère concernant l'abus est qu'il y a abus de la Convention lorsque l'exemption prévue à son article XIV(4) est utilisée pour éviter une règle antiévitement comme l'article 94 L.I.R. Rappelons que l'article 94 L.I.R. prévoit que certaines fiducies non résidentes sont réputées résider au Canada si certaines conditions sont remplies. En l'occurrence, la juge avait préalablement conclu que l'article 94 L.I.R. n'était pas applicable, puisque la Fiducie n'avait pas acquis de bien de Myron Garron. La juge n'accepte pas cet argument, en faisant référence aux commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») selon lesquels il appartient à un pays d'adopter des mesures antiévitement et de s'assurer dans la négociation de ses conventions fiscales de préserver le droit d'appliquer ces mesures.

Comme deuxième prétention, le Ministère avance que l'exemption prévue par la Convention ne visait pas à s'appliquer à la Fiducie parce

⁴² D'ailleurs, un des points en litige dans cette affaire est l'établissement de la JVM des actions au moment du gel.

⁴³ S.C. 1980-81, c. 44 (ci-après « Convention »).

⁴⁴ L.R.C. 1985, c. I-4 et mod. (ci-après « L.I.C.M.I.R. »). Cet article se lit comme suit : « Malgré toute convention ou la loi y donnant effet au Canada, le droit du Canada est tel que l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'applique à tout avantage prévu par la convention. » Cet article a été ajouté après les années en litige, mais il s'applique de façon rétroactive à l'égard des opérations conclues après le 12 septembre 1988.

qu'elle avait très peu de lien avec la Barbade. Ses biens, ses contribuants et ses bénéficiaires étaient canadiens. Sur ce point, la juge considère que le critère retenu pour l'application de la Convention est la résidence et qu'on ne peut commencer à faire des distinctions entre les contribuables en fonction de l'intensité du lien maintenu avec la Barbade. Cet argument a donc été rejeté.

La troisième prétention du Ministère est qu'il n'était pas prévu que la Convention exempte du revenu étranger accumulé, tiré de biens (ci-après « RÉATB »). Le fondement de cette position est l'article XXX(2) de la Convention, qui préserve le droit du Canada d'imposer un résident canadien sur son RÉATB. Or, la juge note que l'article XXX(2) fait explicitement référence à un montant inclus en vertu de l'article 91 L.I.R. Or, le gain en capital réalisé par la fiducie n'est pas un montant qui aurait été inclus en vertu de l'article 91 L.I.R. Elle met en doute que l'objet et l'esprit de l'article XXX(2) puissent aller au-delà de son texte.

La quatrième prétention du Ministère est que l'application de l'article XIV(4) de la Convention devrait être limitée aux situations où il y a double imposition. Le contribuable avait porté à l'attention de la Cour qu'une convention fiscale répartit le droit à l'imposition mais ne contient aucune disposition obligeant une juridiction à exercer son droit à l'imposition; cette position a été accueillie par la juge, qui a rejeté la prétention du Ministère.

Finalement, le Ministère a soutenu qu'on ne peut considérer la Convention comme si l'article 94 L.I.R. et le régime des RÉATB n'existaient pas, sinon il n'y aurait plus d'assiette fiscale puisque tous les Canadiens transféreraient leurs biens à l'étranger. Selon la juge, si les rédacteurs de la Convention avaient voulu que l'article 94 L.I.R. ait préséance sur la Convention, ils l'auraient prévu dans la Convention. Ce dernier argument a donc été rejeté.

Le Ministère n'a donc pu établir qu'il y avait une opération abusive et la RGAÉ n'est pas applicable. À l'instar de la décision de la Cour d'appel fédérale rendue dans l'affaire *La Reine c. MIL (Investments) S.A.*⁴⁵, cette décision constitue une autorité indiquant que la localisation de la résidence d'une entité dans une juridiction afin d'avoir accès à une exemption prévue par une convention fiscale à laquelle cette juridiction est partie n'est pas abusive. Mais il faut aussi considérer sur ce point la décision suivante.

⁴⁵ [2007] 4 C.T.C. 235 (C.A.F.).

Notons que la décision rendue dans l'arrêt *Lipson* n'a pas été considérée par la juge dans son analyse de la RGAÉ, bien qu'elle ait fait référence à l'arrêt *Trustco Canada* pour indiquer que le Ministère avait le fardeau de la preuve de l'abus.

2.7. AFFAIRE *ANTLE C. LA REINE*⁴⁶

Cette décision a été entendue en mars et avril 2009 et a été rendue le 18 septembre 2009.

Le contribuable était actionnaire de PM Environmental Holdings Ltd. (ci-après « PM »). En 1999, il a entrepris des négociations avec un acquéreur éventuel en vue de la vente des actions. En octobre 1999 et avant la conclusion de la vente à l'acquéreur, une stratégie de majoration du PBR des actions a été présentée au contribuable. Cette stratégie comportait les étapes suivantes :

- Constitution d'une fiducie en faveur de la conjointe du contribuable à la Barbade.
- Don des actions de PM à la fiducie. Ce transfert s'effectue par voie de roulement fiscal en vertu du paragraphe 73(1) L.I.R.
- Vente des actions par la fiducie à la seule bénéficiaire, la conjointe, pour une contrepartie égale à la JVM constatée par l'émission d'un billet à ordre par la conjointe. Cette vente donne lieu à un gain en capital entre les mains de la fiducie. Il était prévu que ce gain ne soit pas imposable au Canada en vertu de la Convention. Le gain ne serait pas non plus imposable à la Barbade.
- Liquidation de la fiducie. Le billet à ordre est alors remis à la bénéficiaire, la conjointe, et est éteint par confusion.
- Vente des actions par la conjointe à l'acquéreur. Puisque le PBR des actions pour la conjointe est égal à la JVM des actions, aucun gain en capital n'est réalisé.

⁴⁶ 2009 CCI 465 (ci-après « *Antle* »).

Le Ministère a cotisé le contribuable en incluant le gain en capital imposable dans le calcul de son revenu. Alternativement, le Ministère prétendait que le gain en capital était imposable entre les mains de la fiducie.

Le juge Miller a conclu que la fiducie n'avait pas été créée valablement de sorte que le gain en capital imposable devait être inclus dans le calcul du revenu. Toutefois, il a aussi conclu que la RGAÉ était applicable en l'espèce.

En introduction sur la question de la RGAÉ, le juge a fait référence aux arrêts *Trustco Canada* et *Lipson*, la deuxième décision étant présentée comme une confirmation des principes énoncés dans la première.

Il y avait au moins deux avantages fiscaux, soit le roulement lors du transfert en faveur de la fiducie et la vente sans gain en capital par la conjointe. Le Ministère prétendait qu'il y avait un troisième avantage fiscal, soit la non-imposition du gain réalisé par la fiducie.

Le juge a aussi constaté la présence de plusieurs opérations n'ayant pas été finalisées pour des objets véritables. Il y avait donc des opérations d'évitement et la seule question qui demeurait était de déterminer si au moins l'une d'entre elles était abusive.

Les dispositions devant être considérées étaient non seulement celles dont le contribuable s'est prévalu, c'est-à-dire l'article 73 L.I.R., les alinéas 94(1)c) et 110(1)f) L.I.R. et l'article XIV de la Convention, mais les dispositions dont l'application a été contournée, en l'occurrence les règles d'attribution des articles 74.1 à 74.5 L.I.R. Sur la question de l'abus d'une disposition de la Convention, le juge a considéré l'application de l'article 4.1 L.I.C.M.I.R., comme l'avait fait le juge Woods dans l'arrêt *Garron*. Toutefois, le juge Miller a aussi considéré l'article 26(2) de la loi de mise en œuvre de la Convention, qui prévoit ce qui suit : « In the event of any inconsistency between the provisions of this Part, or the agreement, and the provisions of any other law, the provisions of this Part and the agreement prevail to the extent of the inconsistency. » À l'évidence, ces deux dispositions sont inconciliables, chacune donnant préséance à un texte différent. Finalement, le juge a donné préséance à l'article 4.1 L.I.C.M.I.R., dont le texte est plus clair et postérieur à l'autre et dont l'intention est sans équivoque.

Le juge a résumé de la façon suivante l'objet et l'esprit du paragraphe 73(1) L.I.R. :

« The object and spirit of subsection 73(1) is not complicated. It does not impose tax on a spousal transfer of capital property, but is intended to defer that tax until the property is disposed of by the marital unit. It is not intended to allow a permanent tax avoidance – it is a deferral⁴⁷. »

Ces règles de roulement doivent être considérées conjointement avec les règles d'attribution. Lorsque le roulement est en faveur d'une fiducie, il y a attribution lorsque le revenu de la fiducie est attribué au bénéficiaire. La fiducie fait partie de l'unité maritale au regard de la politique fiscale.

Pour que le roulement du paragraphe 73(1) L.I.R. soit applicable, il faut que la fiducie soit résidente du Canada. La stratégie mise en place faisait appel à l'alinéa 94(1)c) L.I.R. En effet, cette disposition faisait en sorte que la fiducie était réputée résider au Canada. L'application de cet alinéa s'harmonise avec les règles de roulement et d'attribution applicables à l'unité maritale, puisqu'elle donne l'assurance que le gain qui a été reporté demeure imposable au Canada. En effet, en l'absence de la Convention, le gain réalisé par la fiducie serait imposable au Canada.

Maintenant, il faut surimposer l'article XIV(4) de la Convention et l'alinéa 110(1)f) L.I.R. sur ce régime fiscal. Comme l'avait fait la juge Woods, le juge Miller s'inspire des commentaires de l'OCDE pour définir l'objet et l'esprit de la Convention. Mais il arrive à une conclusion différente, à savoir que les conventions fiscales visent notamment à prévenir l'évasion fiscale et l'évitement fiscal. Le contribuable a fait valoir le même argument que celui ayant été fait par le contribuable dans l'affaire *Garron*, c'est-à-dire que l'objet des conventions fiscales est de répartir le droit d'imposer entre les juridictions. La réponse du juge a été la suivante :

« The Appellant's argument addresses only half the picture—the Trust. Certainly, Canada has agreed to not tax Barbados residents, including trusts, on capital gains. But does that policy preclude the taxation of an individual Canadian resident on its capital gain in Canada, when arranging to shift the gain to the Barbados Trust? I think not. The Appellant may be correct in identifying the difficulty in finding that non-taxation of the Trust is abusive of the Treaty, but that does not save Mr. Antle. The object, spirit and purpose of the Canadian legislation as it pertains to a Canadian resident is not to be swept aside because the policy of the Treaty, as pertaining to a non-resident Trust, might save the Trust, especially when one considers an overarching policy of entering treaties to prevent tax avoidance by Canadian residents⁴⁸. »

⁴⁷ *Id.*, par. 91.

⁴⁸ *Id.*, par. 98.

Le juge Miller est d'accord que l'objet et l'esprit de la Convention, telle qu'elle s'applique à la fiducie, sont simplement de répartir le droit d'imposer entre les juridictions. Il rejoint parfaitement sur ce point la juge Woods dans l'affaire *Garron*.

En ayant recours à l'alinéa 94(1)c) L.I.R. pour que la fiducie soit réputée résider au Canada en vue de prendre avantage du roulement du paragraphe 73(1) L.I.R., puis en invoquant l'alinéa 110(1)f) L.I.R. dans le but d'échapper à l'imposition canadienne, le contribuable a, selon le juge, manifestement bafoué l'objet, l'esprit et le but des règles de roulement et d'attribution.

Le juge a donc conclu que la RGAÉ s'applique à M. Antle, mais non à la fiducie.

Nous pensons que non seulement l'arrêt *Antle* peut être concilié avec l'arrêt *Garron* sur la question de l'abus de la convention fiscale, mais encore que le premier appuie parfaitement le second. Dans l'affaire *Garron*, le gain de la fiducie était le sien, en ce sens qu'il s'était accumulé alors que la fiducie était propriétaire des actions. Dans l'affaire *Antle*, le gain en capital s'était accumulé alors que M. Antle était propriétaire des actions et c'est par l'utilisation du roulement que ce gain s'est retrouvé dans la fiducie pour être éventuellement exempté en vertu de la Convention. C'est cet aspect qui a amené le juge Miller à conclure que la RGAÉ était applicable et non l'application en soi de l'exemption prévue par la Convention.

CONCLUSION

À la suite de la décision rendue dans l'arrêt *Lipson*, on pouvait craindre que les tribunaux s'éloignent de l'approche rigoureuse proposée dans l'arrêt *Trustco Canada*, pour emprunter une avenue fondée davantage sur une appréciation du résultat final. Le tableau suivant résume le traitement que les tribunaux ont accordé à l'arrêt *Lipson* depuis que ce jugement a été rendu par la Cour suprême :

Affaire <i>OGT</i>	L'arrêt <i>Lipson</i> est le seul jugement cité (pour définir l'évitement fiscal).
Affaire <i>Landrus</i>	L'arrêt <i>Trustco Canada</i> continue de faire autorité.
Affaire <i>Lehigh</i>	L'arrêt <i>Trustco Canada</i> continue de faire autorité.
Affaire <i>Copthorne</i>	L'arrêt <i>Lipson</i> est non considéré.
Affaire <i>Collins</i>	L'arrêt <i>Lipson</i> confirme l'approche de l'arrêt <i>Trustco Canada</i> .
Affaire <i>Garron</i>	L'arrêt <i>Lipson</i> est non considéré.
Affaire <i>Antle</i>	L'arrêt <i>Lipson</i> confirme l'approche de l'arrêt <i>Trustco Canada</i> . Il est approprié de considérer le résultat global.

On peut donc constater que l'impact de l'arrêt *Lipson* est très limité.

INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES

Pierre Fleury
CA, M. Fisc.
PSB Boisjoli s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	25:5
1. L'INCORPORATION DES PROFESSIONNELS	25:5
1.1. LES FAITS.....	25:6
1.2. LES TRANSACTIONS PROPOSÉES	25:7
1.3. LE BUT DES TRANSACTIONS	25:10
1.4. DÉCISION RENDUE PAR L'ARC	25:12
2. SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET AUTRES ENTREPRISES	25:14
2.1. CHOIX PAR UNE SOCIÉTÉ D'EXCLURE LES TRAVAUX EN COURS.....	25:14
2.2. ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS – SITUATION D'UN COUPLE.....	25:15
2.3. ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS – RÉSIDENCE PRINCIPALE	25:16

2.4.	ARRÊT 489599 B.C. LTD. C. LA REINE	25:18
2.5.	PARAGRAPHE 96(1.01) L.I.R. PROPOSÉ – FUSION	25:18
2.6.	MAJORATION D'UN PRIX DE BASE NÉGATIF D'UN INTÉRÊT DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES	25:19
3.	TRANSACTIONS INTERNATIONALES.....	25:20
3.1.	DIVIDENDES PAYÉS À UNE S CORPORATION	25:20
3.2.	PARAGRAPHE 105(1) DU RÈGLEMENT DE L'IMPÔT SUR LE REVENU'	25:21
3.3.	CONVERSION D'UNE SOCIÉTÉ INCORPORÉE AU DELAWARE EN LIMITED LIABILITY COMPANY	25:21
3.4.	CONVERSION D'UNE LIMITED LIABILITY COMPANY EN SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE.....	25:22
3.5.	RÉSIDENCE D'UNE SOCIÉTÉ	25:23
3.6.	ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC – BUREAU À DOMICILE D'UN EMPLOYÉ	25:24
4.	TRANSACTIONS SUR DEVICES ÉTRANGÈRES	25:24
4.1.	PERTE SUR CHANGE LORS DE DISPOSITION D'ENCAISSE	25:24
4.2.	DEVICES ÉTRANGÈRES	25:25
5.	UTILISATIONS DES PERTES FISCALES	25:27
5.1.	CONSOLIDATION DE PERTES.....	25:27
5.2.	RESTRUCTURATION DE DETTES.....	25:28
5.3.	ACHAT DE GRÉ À GRÉ D' ACTIONS – ARTICLE 80 L.I.R.....	25:31
5.4.	RÈGLEMENT DE DETTE – INTÉRÊTS	25:32
5.5.	CONVERSION D'UNE DETTE EN ACTIONS	25:32
5.6.	CONSOLIDATION DE PERTES – SITUATION 1	25:33
5.7.	CONSOLIDATION DE PERTES – SITUATION 2.....	25:36
6.	DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS	25:39
6.1.	RACHAT D' ACTIONS.....	25:39
6.2.	GESTION DE LA TRÉSORERIE	25:40
7.	DÉDUCTION POUR AMORTISSEMENT	25:41
7.1.	DÉDUCTION POUR AMORTISSEMENT – RAJOUT APPORTÉ À UN BÂTIMENT LOUÉ	25:41
7.2.	BÂTIMENT NON RÉSIDENTIEL ADMISSIBLE.....	25:42
7.3.	VENTE À TEMPÉRAMENT – ALLOCATION DU COÛT EN CAPITAL	25:42
7.4.	DÉDUCTION POUR LES PME MANUFACTURIÈRES – ACTIVITÉS DE FABRICATION ET DE TRANSFORMATION	25:43

8.	CRÉDITS D'IMPÔT	25:45
8.1.	CRÉDITS FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE – LIQUIDATION D'UNE FILIALE QUI EST UNE SOCIÉTÉ DÉTERMINÉE	25:45
8.2.	CRÉDITS FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE.....	25:45
8.3.	BÉNÉFICES DE FABRICATION ET DE TRANSFORMATION	25:46
8.4.	ENTREPRISES DISTINCTES	25:48
8.5.	CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT – RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL	25:50
8.6.	RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL – EXPLOITATION DES RÉSULTATS	25:50
8.7.	DÉDUCTIONS ACCORDÉES AUX PETITES ENTREPRISES MULTIPLES	25:51
9.	TRAITEMENT FISCAL POUR LES EMPLOYÉS	25:53
9.1.	RABAIS GOUVERNEMENTAUX ET FRAIS POUR DROIT D'USAGE D'UN VÉHICULE	25:53
9.2.	ÉQUITÉ SALARIALE – DOMMAGES POUR DROITS HUMAINS	25:53
9.3.	ACTIONNAIRE UNIQUE – PRÊT POUR RÉSIDENCE.....	25:54
9.4.	DISTRIBUTION DE CHÈQUES-CADEAUX À DES SYNDIQUÉS	25:55
9.5.	EMPLOYEUR OFFRANT LE STATIONNEMENT AUX EMPLOYÉS.....	25:55
9.6.	ALLOCATION RAISONNABLE ET FRAIS D'EXPLOITATION	25:56
9.7.	ALLOCATION POUR VÉHICULE MOTEUR – DÉPENSES	25:56
10.	DÉDUCTIBILITÉ DE DIVERS ÉLÉMENTS	25:57
10.1.	DÉDUCTIBILITÉ DE FRAIS JURIDIQUES ET PÉNALITÉS	25:57
10.2.	DÉDUCTIBILITÉ DU LOYER MOYEN POUR UN BAIL À LONG TERME.....	25:57
10.3.	DÉDUCTIBILITÉ DE LA TPS	25:58
10.4.	DÉDUCTIBILITÉ DE L'IMPÔT MINIMUM POUR UNE SOCIÉTÉ	25:59
10.5.	INTÉRÊTS, TAXE SUR LE CAPITAL, DÉDUCTIBILITÉ	25:59
10.6.	ÉTUDE DE FAISABILITÉ	25:61
10.7.	IMPLICATIONS FISCALES D'UNE LOCATION	25:62
11.	ASPECT ADMINISTRATIF	25:63
11.1.	DIVIDENDE EN CAPITAL – DÉFAUT DE PRODUCTION DU FORMULAIRE PRESCRIT.....	25:63
11.2.	CALCUL DU REVENU PROTÉGÉ – AFFAIRE <i>LA REINE C. KRUCO</i>	25:64
11.3.	CHOIX TARDIF – ALINÉA 88(1)D) L.I.R.	25:64
11.4.	AVIS DE RECTIFICATION	25:65
11.5.	ROULEMENT – CHOIX TARDIF.....	25:65

11.6.	REÇU POUR DON DE CHARITÉ DÉLIVRÉ À UNE AUTRE PERSONNE QUE LE DONATEUR.....	25:66
11.7.	RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS	25:66
11.8.	FEUILLES DE TRAVAIL DES COMPTABLES	25:67
11.9.	FORMULAIRE T1134	25:68
11.10.	IMPÔT DE LA PARTIE I.3 L.I.R. ET PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS.....	25:68
11.11.	NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE.....	25:69
12.	RÉORGANISATION D'ENTREPRISE	25:70
12.1.	APPLICATION DES PARAGRAPHEs 84(1) ET 85.1(2.1) L.I.R.	25:70
12.2.	BÉNÉFICE POUR L'ACTIONNAIRE – RÉDUCTION DU CAPITAL VERSÉ	25:71
13.	COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL	25:72
13.1.	CALCUL DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL	25:72
13.2.	DIVIDENDES À MÊME LE COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL – DOCUMENTATION.....	25:74
13.3.	CALCUL DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL	25:75
14.	AUTRES ÉLÉMENTS	25:75
14.1.	TRANSACTIONS SUR MARCHANDISES – REVENU D'ENTREPRISE OU GAIN EN CAPITAL	25:75
14.2.	CHÈQUES-CADEAUX – MOMENT POUR RECONNAÎTRE LE REVENU	25:76
14.3.	REVENU ÉTRANGER ACCUMULÉ TIRÉ DE BIENS ET COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL	25:76
14.4.	DROITS OU BIENS – DIVIDENDE PAYÉ AVEC UN CHÈQUE POSTDATÉ	25:77
14.5.	TRANSFERT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UNE SOCIÉTÉ.....	25:77

« Qui s'instruit s'enrichit! » (slogan de la Révolution tranquille)**INTRODUCTION***

Les interprétations techniques et les décisions anticipées publiées par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») et par Revenu Québec sont une source importante d'information pour les conseillers fiscaux. Le présent texte porte sur les principales interprétations techniques et décisions anticipées relatives à la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ et à la *Loi sur les impôts* du Québec² concernant la fiscalité des sociétés. Certaines interprétations techniques traiteront des relations entre les sociétés et leurs actionnaires. Nous allons faire un tour d'horizon des deux dernières années.

1. L'INCORPORATION DES PROFESSIONNELS

Une conférence au Congrès 2007³ faisait état de plusieurs décisions anticipées sur l'incorporation des professionnels. Nous aurions pu croire que tout avait été dit sur le sujet. Pourtant, les contribuables désirent obtenir une assurance avant de changer leur structure d'exploitation et l'ARC a continué à rendre des décisions anticipées. Nous constatons qu'il y a eu très peu de changements et que ce sont toujours les mêmes éléments qui reviennent dans la vingtaine de décisions anticipées analysées.

L'objectif reste le même : l'associé d'une société de personnes veut s'assurer que la nouvelle société avec laquelle il rendra des services professionnels pourra bénéficier de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »).

* Toute erreur ou inexactitude qui pourrait s'être glissée dans le présent texte est la seule responsabilité de l'auteur.

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

² L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

³ Sylvie GARON, Anne-Marie DUPRAS, Jacques DUVAL, « Revue des principales interprétations techniques », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 7:1-54.

Les décisions rendues au cours des 24 derniers mois portent sur des structures presque identiques⁴. Les professionnels veulent que l'ARC confirme que le revenu provient d'une entreprise exploitée activement.

Revoyons les grandes lignes des décisions anticipées avec le modèle type utilisé en 2007 : la situation actuelle, les transactions proposées, les buts ainsi que la décision rendue⁵.

Vous constaterez que le portrait-robot des décisions anticipées n'a pas beaucoup changé depuis 2007.

1.1. LES FAITS

Les demandes de décisions anticipées visent des professionnels qui exercent leurs activités par le biais d'une société de personnes, d'une société en nom collectif (ci-après « SENC ») ou d'une société en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après « SENCRL »).

Les grandes lignes qui ressortent sont les suivantes :

- Les associés sont en général des individus;
- Certaines structures comprennent à la fois des individus et des sociétés professionnelles;
- Les associés n'ont pas de lien de dépendance à l'exception de couples ou de frères et sœurs;
- Les associés rendent les services professionnels par l'entremise de la SENC ou de la SENCRL;

⁴ *Tax Window Files*, dans *CCH Tax* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 2008-0302121R3, 9 septembre 2009; 2009-0315011E5, 27 mai 2009; 2008-0269731R3, 20 mai 2009; 2008-0282411R3, 20 mai 2009; 2008-0290061R3, 13 mai 2009; 2008-0289491R3, 22 avril 2009; 2008-0292231R3, 4 mars 2009; 2008-0270291R3, 18 février 2009; 2008-0279811R3, 4 février 2009; 2007-0262411R3, 19 novembre 2008; 2008-0273481R3, 5 novembre 2008; 2007-0251731R3, 5 novembre 2008; 2007-0260761R3, 1^{er} octobre 2008; 2007-0251531R3, 10 septembre 2008; 2007-0245931R3, 9 juillet 2008; 2007-0246051R3, 9 juillet 2008; 2007-0256851R3, 23 avril 2008; 2007-0236451R3, 9 janvier 2008; 2007-0223121R3, 24 octobre 2007.

⁵ S. GARON, A.-M. DUPRAS, J. DUVAL, *loc. cit.*, note 3, 7:5-12.

- Il y a des professionnels salariés qui œuvrent pour la SENC;
- Certains professionnels offrent des services à la SENC en tant que travailleurs autonomes dont d'anciens associés;
- Certaines sociétés professionnelles rendent des services à la SENC.

1.2. LES TRANSACTIONS PROPOSÉES

Le contrat de société est modifié et prévoit désormais les éléments suivants :

- Il y aura deux types de fonctions : les services professionnels et les services administratifs;
- Les services administratifs seront rendus par les individus qui sont les associés de la SENC;
- L'associé qui utilisera une société par actions (ci-après « SPA ») ne rendra plus de services professionnels à la SENC personnellement;
- Une SPA ne pourra pas devenir associé de la SENC;
- Une SPA devra obtenir une autorisation pour offrir des services professionnels;
- L'individu qui utilisera une SPA continuera à être associé de la SENC ou de la SENCRL;
- Un individu pourra continuer d'offrir des services professionnels par l'entremise de la SENC;
- L'associé qui poursuivra ses activités professionnelles avec une SPA recevra des profits de la SENC basés sur le capital investi et les services administratifs rendus par l'individu;
- La répartition des profits de la SENC tiendra compte des services professionnels rendus par l'associé qui continuera d'offrir des services professionnels à la SENC;

- Dans certains cas, les activités professionnelles de la SENC seront transférées à une SPA (ci-après « Nouco »). Les associés de la SENC seront les actionnaires de Nouco;
- Il y aura des contrats de service signés entre les SPA et la SENC;
- Une SPA recevra des honoraires de la SENC basés sur la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des services rendus et qui ne seront pas relatifs au succès de la perception des honoraires;
- Les paiements reçus par les SPA pour les services à la SENC seront remis à la SENC.

Les autres éléments à considérer sont les suivants :

- La SPA agira à titre de travailleur indépendant auprès de la SENC.
- Les associés de la SENC détiendront les actions avec droit de vote des SPA et en seront les administrateurs. Un associé ne pourra pas être actionnaire de plus d'une SPA.
- Uniquement les membres de la famille immédiate de l'associé pourront détenir les autres types d'actions de la SPA, sans détenir des actions de plus d'une SPA.
- Il y aura un contrat d'emploi entre l'associé et la SPA dont il est actionnaire et les conditions d'emploi seront définies. L'associé recevra un salaire de la SPA.
- Une convention écrite établira la nature des services rendus par la SENC aux SPA, services qui seront rémunérés à la JVM. Les services rendus par la SENC comprendront, entre autres, la facturation, la perception des comptes clients et le paiement des dépenses communes. À cela pourront s'ajouter des services tels que les installations, le personnel ou l'équipement.

Voilà des éléments nouveaux qui sont ressortis des nouvelles décisions anticipées :

- Aucune mention dans le contrat de société ou d'autres documents ou dans une déclaration orale selon laquelle la SPA ou l'associé ne puisse

pas être en concurrence avec la SENC pour la prestation de services professionnels.

- La disposition selon laquelle la prime d'assurance responsabilité professionnelle sera acquittée annuellement par la SENC sera modifiée afin que cette prime soit payée par l'associé ou par la SPA si les activités professionnelles sont toutes transférées aux SPA.
- La relation de chaque société contractante, SPA, avec la SENC est une relation d'entrepreneur indépendant offrant des services professionnels par le biais d'un contrat d'entreprise, soit la convention de services. Ainsi, aucune disposition de la convention de services ne doit être interprétée de façon à i) permettre à l'une des parties d'assumer ou de créer une quelconque obligation, implicitement ou expressément, au nom de l'autre partie ni de lier l'autre partie de quelque façon que ce soit; ii) accorder à une partie l'autorité de diriger et contrôler les activités quotidiennes de l'autre partie ou de l'un de ses agents ou employés; ou iii) identifier les parties comme étant, entre elles, des associés d'une société de personnes, des coentrepreneurs, des propriétaires conjoints ou des participants à une entreprise ou toute activité solidaire ou commune.
- Lorsque l'associé de la SENC est une société professionnelle, l'associé principal de la société professionnelle pourra utiliser une seconde SPA qui effectuera les activités professionnelles et qui sera contrôlée par l'associé principal.
- Une SPA qui ne sera pas en mesure d'offrir ses services à la SENC pourra :

- trouver un remplaçant qui offrira des services à la SENC, ou
- sous-traiter avec une personne pour offrir des services à la SENC;

le remplaçant devra avoir les qualifications professionnelles lui permettant d'effectuer les tâches normalement réalisées par le professionnel.

La SENC paiera le remplaçant directement en fonction des services rendus et les honoraires payés à la SPA seront réduits en conséquence.

- Un nombre minimum d'heures de services professionnels par année qu'une SPA acceptera de fournir à la SENC sera établi.

- Chaque SPA pourra s'adjoindre les services d'autres employés qui ne sont pas des associés de la SENC.
- Dans la mesure où une SPA remplit toutes ses obligations en vertu de la convention de services, la SPA ne sera soumise à aucune restriction afin de fournir des services professionnels pour le compte d'autres personnes ou ne sera autrement empêchée de faire concurrence à la société.
- Les clauses de non-compétition et de non-sollicitation lors du départ d'un associé seront enlevées du contrat de la SENC.
- La clause selon laquelle un associé consacrerait ses énergies à la SENC pour rendre des services professionnels sera enlevée.
- La SPA, quant à elle, sera responsable des dépenses suivantes : les cotisations et l'assurance responsabilité professionnelles, la formation continue, le transport et les communications, le maintien des standards professionnels mis de l'avant par la SENC ou Nouco. La SPA paiera les dépenses de pratique professionnelle de préférences personnelles de l'associé qui la contrôle.
- La SPA pourra rendre des services similaires à ceux rendus à la SENC à d'autres personnes à condition de respecter ses obligations contractuelles avec la SENC.
- L'associé pourra rendre des services à d'autres personnes que la SENC à condition de s'acquitter de ses obligations contractuelles avec la SPA.

1.3. LE BUT DES TRANSACTIONS

Les contribuables n'ont pas fait preuve de beaucoup d'imagination au cours des 24 derniers mois, on croirait que ce fut un exercice de « copier-coller »; donc les éléments qui reviennent à l'appui des demandes de décisions anticipées présentées sont les suivants :

- permettre à l'associé de bénéficier des législations provinciales qui habilite un professionnel à exercer sa profession par l'intermédiaire d'une SPA;
- offrir à l'associé la possibilité d'avoir un niveau de contrôle plus élevé sur l'exercice de sa profession par une gestion individuelle de ses

préférences personnelles dans sa pratique professionnelle, par exemple le nombre d'heures travaillées;

- permettre à l'associé d'avoir un contrôle sur les dépenses qui ne sont pas au bénéfice de tous les associés;
- permettre à l'associé d'avoir un meilleur contrôle sur sa planification successorale et financière;
- permettre à l'associé d'impliquer sa famille immédiate dans ses activités d'affaires;
- faciliter la rétention ou le recrutement de nouveaux professionnels, dont de nouveaux associés;
- faciliter la capacité de l'associé de rendre des services à ses propres clients, sans impliquer la SENC;
- permettre à l'associé de rendre des services à l'extérieur de la pratique;
- éliminer le risque inhérent au fait de rendre des services professionnels par l'intermédiaire d'une SENC;
- réduire le risque associé aux activités professionnelles avec une nouvelle structure;
- faciliter l'admission et le retrait de professionnels de la pratique;
- éliminer la responsabilité conjointe et solidaire à l'égard des services professionnels rendus;
- permettre à certains associés de continuer à offrir des services professionnels avec une SENC;
- permettre à l'associé d'utiliser une société pour gagner du revenu professionnel tout en minimisant les implications entre la SENC et les associés.

1.4. DÉCISION RENDUE PAR L'ARC

Les décisions anticipées rendues par l'ARC au cours des 24 derniers mois sont toutes favorables. Il continue néanmoins d'y avoir des réserves émises par l'ARC pour chacune des décisions anticipées.

Les décisions rendues par l'ARC sont les suivantes.

L'ARC pose les prémisses essentielles :

- Tant que l'actionnaire ou l'associé, employé de la SPA qui rend les services professionnels, ne serait pas considéré comme un employé ou un membre de la direction de la SENC ou de Nouco en l'absence de la SPA, l'entreprise de la SPA ne sera pas considérée comme une entreprise de prestation de services personnels (ci-après « EPSP »).
- Pourvu que la SPA ne soit pas membre de la SENC, les honoraires reçus de la SENC ne seront pas un revenu de société de personnes déterminé.
- Les transactions proposées ne seront pas visées par la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »).

L'ARC a rendu une décision favorable à l'égard des éléments additionnels suivants :

- Sous réserve des articles 18 et 67 L.I.R., les honoraires payés par la SENC ou par Nouco à la SPA seront déductibles dans le calcul de son revenu.
- L'exécution et l'implantation des transactions proposées ne constituent pas une disposition par les associés de la totalité ou d'une partie de leur participation dans la SENC.
- L'exécution et l'implantation des transactions ne créeront pas un lien de dépendance entre les associés qui partagent le revenu de la SENC.
- Les paragraphes 56(2), 56(4) et 246(1) L.I.R. ne s'appliqueront pas pour entraîner l'imposition des honoraires payés par la SENC à la SPA entre les mains de l'associé de la SENC.

- Le paragraphe 103(1) L.I.R. ne s'appliquera pas à la répartition des profits par la SENC pourvu que la répartition du profit de la SENC entre les associés soit raisonnable dans les circonstances.

De plus, l'ARC fait les commentaires suivants :

- Le fait que l'entreprise, antérieurement exploitée par la SENC, soit maintenant exploitée en partie par plusieurs SPA constituées par les anciens associés pour des motifs autres que fiscaux n'entraîne généralement pas l'application du paragraphe 256(2.1) L.I.R. Cependant, les raisons qui ont motivé la restructuration constituent une question de fait qui doit être analysée cas par cas.
- Les règles d'attribution aux articles 74.1 à 74.4 L.I.R. pourraient s'appliquer, si les conditions prévues dans ces articles sont remplies, mais leur application est une question de fait. Ces règles pourraient s'appliquer à tout revenu reçu par un conjoint ou par un enfant qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans avant la fin d'une année d'imposition.
- Le paragraphe 56(2) L.I.R. pourrait s'appliquer à toute somme que la SPA a payée à un membre de la famille de l'actionnaire qui est associé de la SENC.
- L'article 120.4 L.I.R. pourrait s'appliquer à l'égard des dividendes imposables reçus par un membre de la famille de l'associé qui est âgé de moins de 17 ans au début de l'année ainsi qu'au revenu gagné par l'entremise d'une fiducie ou d'une société de personnes.
- L'ARC ne se prononce toujours pas sur l'application à long terme du paragraphe 256(5.1) L.I.R. à l'égard du contrôle de fait. Cependant, au moment de la transaction et selon les faits mentionnés, aucune SPA ne semble avoir d'influence sensible.
- Le fait que le professionnel en l'absence de la SPA soit un employé de la SENC ou de Nouco ou un travailleur autonome qui a conclu une entente de service avec la SENC ou Nouco est une question de fait qui ne peut être déterminée qu'après l'analyse des ententes.

Même après quelques années et plusieurs décisions anticipées, l'utilisation d'une SPA par un professionnel entraîne encore des incertitudes. Les décisions anticipées ne traitent pas de variantes, par exemple l'utilisation

d'une société de portefeuille pour mettre les fonds de la SPA à l'abri de poursuites.

Est-ce qu'une telle structure pourrait empêcher qu'une décision anticipée favorable soit rendue?

L'ARC a récemment donné une liste de critères et conditions à respecter avant qu'une décision anticipée soit rendue⁶ :

Il n'y a pas de restrictions orales ou autres pour les corporations professionnelles relativement aux droits professionnels pour être en concurrence avec la SENC, une société de services ou d'autres corporations professionnelles.

- Les honoraires sont basés sur la valeur des services professionnels rendus. Il n'y a pas de montant garanti ou de base. Les honoraires ne comprennent pas des montants pour avantages sociaux, vacances, congés sabbatiques.
- Les honoraires payés à la corporation professionnelle ne sont pas fonction du succès de recouvrement des honoraires facturés au client par la SENC ou la société de services.
- Le professionnel est responsable de ses propres services administratifs, de la bibliothèque et des fournitures. La SENC ou Nouco devra être compensée si elle fournit de tels services aux professionnels.

Nous continuerons de suivre attentivement les nouvelles décisions anticipées pour voir la tendance que prendra l'ARC.

2. SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET AUTRES ENTREPRISES

2.1. CHOIX PAR UNE SOCIÉTÉ D'EXCLURE LES TRAVAUX EN COURS⁷

Est-ce qu'il existe des restrictions au montant qu'une société peut exclure des travaux en cours selon l'article 34 L.I.R. lorsqu'une perte en découlerait?

⁶ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2009-0315011E5, 27 mai 2009.

⁷ *Id.*, interprétation technique 2008-0294011E5, 5 janvier 2009.

Le contribuable est une SPA qui en est à sa première année d'exploitation. Il n'y a pas de travaux en cours (ci-après « TEC ») au début de l'année. Les TEC sont de 25 000 \$ à la fin de l'année et le bénéficiaire est de 14 000 \$ avant le choix d'exclure les TEC. La société réaliserait une perte de 11 000 \$ si elle choisissait d'exclure la totalité des TEC.

Selon l'ARC, il n'y a pas de restriction dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui limite la perte de la société sous réserve de l'alinéa 18(1)a), de l'article 67 et du paragraphe 78(4) L.I.R. qui peuvent limiter les dépenses déductibles.

La perte créée avec l'exclusion des TEC est une perte d'entreprise.

2.2. ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS – SITUATION D'UN COUPLE⁸

Est-ce qu'une série de dépenses engagées par une EPSP sont déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)p) L.I.R.?

Société A est une EPSP qui offre des services à Société B, une société non liée.

Société A compte deux employés, M. A qui est « l'employé constitué en société » et son épouse, M^{me} A.

M. A rend des services à la Société B. M^{me} A rend des services limités à la Société A et son salaire est proportionnel.

Les déboursés effectués par la Société A sont les suivants :

- Salaires payés à M. A et M^{me} A.

Voici les déboursés effectués par la Société B pour le compte de la Société A :

- Contributions à un régime autogéré de soins de santé pour M. A et M^{me} A;
- Allocation automobile mensuelle fixe à M. A et M^{me} A;

⁸ *Id.*, interprétation technique 2009-0320491E5, 4 août 2009.

- Contributions à un régime de partage des bénéfices pour M. A et M^{me} A;
- Frais pour négocier les contrats.

Société B veut déduire les frais payés à Société A.

M. A veut déduire les frais de négociation de contrat selon l'alinéa 8(1)f) L.I.R.

Les commentaires de l'ARC sont les suivants :

L'alinéa 18(1)p) L.I.R. ne s'applique qu'à la Société A et pas à la Société B ou à M. A.

L'ARC émet des réserves pour les déboursés effectués par Société B pour le compte de Société A, les documents devraient être analysés.

Pour M. A, les déboursés sont déductibles seulement si cela est permis à l'article 8 L.I.R. compte tenu de la restriction générale au paragraphe 8(2) L.I.R.

Société A peut déduire les salaires et autres déboursés effectués par Société B pour M. A, les mêmes déboursés effectués pour le compte de M^{me} A ne sont pas déductibles parce que l'alinéa 18(1)p) L.I.R. limite la déductibilité aux montants payés pour « l'actionnaire constitué en société ».

2.3. ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS – RÉSIDENCE PRINCIPALE⁹

Une demande d'interprétation technique est effectuée pour une structure impliquant une EPSP.

Les faits sont les suivants :

- M. A détient 100 % des actions de Gesco qui détient une participation minoritaire dans Opco.
- Gesco détient une participation de 98 % dans une société de personnes (ci-après « SP »).

⁹ *Id.*, interprétation technique 2008-027098117, 2 décembre 2008.

- M. A et M^{me} A détiennent chacun une participation de 1 % dans SP.
- La résidence principale de M. A et M^{me} A est détenue par Gesco qui la transfère à SP mais Gesco continue d'être responsable de l'hypothèque.
- M. A fournit des services à Opco pour le compte de SP. M. A serait employé d'Opco sans la structure en place.

Les problèmes définis par l'ARC sont les suivants :

- Avantage lié à la détention de la résidence par SP;
- Absence de retenues à la source en utilisant SP;
- DPE par Gesco.

Selon l'ARC, le paragraphe 246(1) L.I.R. peut être utilisé pour considérer un avantage pour utilisation de la résidence principale à M. A. Les prétentions de l'ARC pour l'application du paragraphe 246(1) L.I.R. sont basées sur l'arrêt *Les Consultants Pub Création inc. et Louis Massicotte c. La Reine*¹⁰. Il y aurait eu un avantage imposable pour M. A en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. si Gesco avait continué à détenir la résidence principale. Toutefois, Gesco peut exercer suffisamment d'influence sur SP pour conférer un avantage indirect à M. A.

Les alinéas 18(1)a) et h) L.I.R. pourraient s'appliquer pour refuser la déductibilité des dépenses pour la résidence principale.

Le paragraphe 103(1) L.I.R. pourrait s'appliquer au partage des revenus de SP entre Gesco, M. A et M^{me} A.

L'ARC invoque même la possibilité d'utiliser la RGAÉ.

¹⁰ 2008 D.T.C. 6181 (C.A.F.).

2.4. ARRÊT 489599 B.C. LTD. C. LA REINE^{11, 12}

L'ARC accepte la décision de l'arrêt mentionné ci-dessus.

Ainsi, pour déterminer si une entreprise est une entreprise de placement déterminée, une EPSP ou une entreprise exploitée activement, le critère de plus de cinq employés à temps plein s'appliquera désormais.

La position administrative du *Bulletin d'interprétation IT-73R6*¹³ ne s'applique plus à la suite de cette nouvelle position de l'ARC.

Commentaire

La position de l'ARC est maintenant claire quant au nombre d'employés qu'une société doit compter pour ne pas être une EPSP ou une entreprise de placement déterminée. Il faut quand même s'interroger sur le nombre d'entreprises qu'une société peut compter. Ainsi, si une société compte plusieurs entreprises et plus de cinq employés, c'est possible qu'elle n'emploie pas plus de cinq employés dans aucune de ses entreprises.

2.5. PARAGRAPHE 96(1.01) L.I.R. PROPOSÉ – FUSION¹⁴

Est-ce que le paragraphe 96(1.01) L.I.R. proposé s'appliquera à des associés d'une société qui fusionnent?

Les faits sont les suivants :

- Quatre sociétés non liées détiennent chacune un intérêt de 25 % dans une SP qui a une fin d'année au 31 décembre.
- Le 31 août 2008, trois des associés veulent fusionner.

¹¹ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétations techniques 2008-0300581C6, 5 mars 2009; 2008-0299161I7, 14 décembre 2008.

¹² 2008 D.T.C. 4107 (C.C.I.).

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-73R6*, « Déduction accordée aux petites entreprises », 3 juin 2002, par. 15.

¹⁴ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2007-0251001E5, 6 août 2008.

- Les prix de base rajustés (ci-après « PBR ») des participations dans la SP pour les différents associés sont négatifs avec les retraits effectués depuis le début de l'année.

Est-ce que les paragraphes 100(2.1) et 96(1.01) L.I.R. pourraient s'appliquer?

L'ARC confirme que le paragraphe 100(2.1) L.I.R. s'appliquerait et que les trois sociétés seraient réputées avoir disposé de leur participation dans la SP au PBR à la société fusionnée.

Selon le sous-alinéa 96(1.01)b)(ii) L.I.R., l'exercice financier de la SP est réputé se terminer immédiatement avant l'application du paragraphe 100(2.1) L.I.R. pour le calcul du PBR au sous-alinéa 53(1)e)(i) L.I.R.

Les sociétés fusionnées pourront ajouter le revenu de la SP entre le 1^{er} janvier et le 31 août 2008 dans le calcul de leur PBR.

2.6. MAJORATION D'UN PRIX DE BASE NÉGATIF D'UN INTÉRÊT DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES¹⁵

Les faits sont les suivants :

- Opco serait fusionnée verticalement avec sa société mère Parentco.
- Le seul actif d'Opco est une participation dans une société de personnes, SP.
- Le PBR de la participation dans SP est négatif (75 000 \$) et la JVM est de 700 000 \$.
- Le PBR des actions d'Opco est de 500 000 \$ avant la fusion et Opco a une dette de 200 000 \$.

Les conclusions selon l'ARC sont les suivantes :

- Les paragraphes 40(3.1) et 40(3.11) L.I.R. ne s'appliquent pas à la participation dans SP puisque Opco n'est pas un associé déterminé.

¹⁵ *Id.*, interprétation technique 2008-0302421E5, 22 décembre 2008.

- La participation dans SP n'est pas un bien non admissible selon les sous-alinéas 88(1)c)(iii) à (vi) L.I.R.

La participation dans SP était un bien en capital pour Opco lorsque Parentco a acquis le contrôle d'Opco et est détenue sans interruption jusqu'à ce que la participation dans SP soit distribuée à Parentco.

La majoration ne doit pas excéder la JVM de la participation dans SP lorsque Parentco a acquis le contrôle d'Opco, sur le PBR pour Opco de l'intérêt dans SP.

Selon les arguments soulevés par le contribuable, la majoration serait égale à 775 000 \$, soit 500 000 \$ - (- 75 000 - 200 000).

Selon l'ARC, le PBR de la participation dans SP pour le calcul au sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R. ne peut être négatif. Le coût indiqué à l'alinéa 248(1)b) L.I.R. est le PBR de la participation dans SP et l'alinéa 54d) L.I.R. indique que le PBR ne peut être inférieur à zéro.

Le résultat au sous-alinéa 88(1)d)(i) L.I.R. ne peut être inférieur à zéro.

3. TRANSACTIONS INTERNATIONALES

3.1. DIVIDENDES PAYÉS À UNE S CORPORATION¹⁶

Quel est le taux de retenue sur un dividende payé après 2009 par une société canadienne imposable (Canaco) à une *S Corporation* qui détient plus de 10 % des actions avec droit de vote de Canaco?

L'article IV(7)b) de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*¹⁷ s'appliquera pour considérer que le dividende n'est pas payé à un résident des États-Unis. Par conséquent, la Convention Canada-États-Unis ne s'appliquera pas et le dividende sera assujéti à la retenue de 25 % selon le paragraphe 212(2) L.I.R.

¹⁶ *Id.*, interprétation technique 2009-0319481E5, 1^{er} juin 2009.

¹⁷ S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention Canada-États-Unis »).

3.2. PARAGRAPHE 105(1) DU RÈGLEMENT DE L'IMPÔT SUR LE REVENU^{18, 19}

Un contribuable canadien verse des sommes à des firmes non résidentes pour qu'elles achètent du matériel à l'étranger qui servira à réaliser des contrats au Canada. Est-ce que le paragraphe 105(1) R.I.R. s'applique aux sommes versées par le contribuable canadien aux firmes non résidentes?

Si les sommes versées constituent un remboursement de dépenses, selon l'affaire *Weyerhaeuser Co. Ltd. c. La Reine*²⁰, les remboursements de dépenses n'ont pas le caractère de revenu et le paragraphe 105(1) R.I.R. ne s'applique pas.

3.3. CONVERSION D'UNE SOCIÉTÉ INCORPORÉE AU DELAWARE EN LIMITED LIABILITY COMPANY²¹

L'ARC a rendu une décision anticipée au sujet de la conversion d'une société incorporée au Delaware en Limited Liability Company (ci-après « LLC »).

Les faits sont les suivants :

- Il y a une structure de sociétés complexe comprenant plusieurs sociétés, certaines incorporées aux États-Unis et d'autres incorporées au Canada.
- Au sommet de la pyramide se retrouve une société incorporée au Delaware (« Delaco ») dont les actions se négocient sur une Bourse américaine.

Il est possible selon la loi des sociétés du Delaware de convertir une société de cet État en LLC sans implications relatives aux sociétés. La société n'a pas à cesser ses activités ou payer ses dettes et distribuer ses actifs.

¹⁸ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0300691E5, 12 juin 2009.

¹⁹ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

²⁰ 2007 D.T.C. 392 (C.C.I.).

²¹ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0272141R3, 3 décembre 2008.

La conversion en LLC est sans implication fiscale aux États-Unis et il y a report des impôts.

La conversion en LLC n'a pas pour but de permettre ou faciliter l'augmentation du PBR des actions de sociétés détenues par la société qui fera l'objet de la conversion.

Une société, Lco, filiale au deuxième palier de Delaco incorporée au Delaware sera convertie en LLC.

La conversion de Lco est effectuée dans le but de réduire la conformité et simplifier la structure du groupe des sociétés.

Les sociétés canadiennes seront réorganisées pour réduire les coûts administratifs et améliorer la gestion des liquidités.

L'ARC conclut que la conversion de Lco en LLC n'entraîne pas la disposition par celle-ci des actifs qu'elle détient.

Lco est toujours une société aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La disposition des actions de Lco par sa société mère sera non imposable au Canada selon le paragraphe 4 de l'article XIII de la Convention Canada-États-Unis.

3.4. CONVERSION D'UNE LIMITED LIABILITY COMPANY EN SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE²²

Est-ce qu'il y a disposition de biens lorsqu'une LLC constituée au Delaware est convertie en une société à responsabilité limitée (ci-après « SRL ») du Delaware?

Selon les lois du Delaware, il y a continuité sur le plan des sociétés. La LLC n'a pas à liquider ses activités, payer ses dettes et distribuer ses actifs.

L'ARC considère que les actionnaires de la LLC disposent de leurs actions en échange de participation dans la SRL. Il y a transformation d'une société, LLC, en société de personnes.

²² *Id.*, interprétation technique 2004-0104691E5, 14 août 2008.

Les actionnaires de LLC ont une responsabilité limitée tandis que l'associé général de la SRL aura une responsabilité limitée.

L'ARC conclut que les actionnaires de LLC ont disposé de leur participation dans LLC et que LLC a disposé de ses actifs. Il y a donc une implication fiscale pour les actionnaires de LLC et pour LLC elle-même.

3.5. RÉSIDENCE D'UNE SOCIÉTÉ²³

La situation est la suivante :

- Une société, Onco, a été incorporée en Ontario après 1965. La société compte trois administrateurs, un réside au Canada et les deux autres résident aux États-Unis ou à Hong Kong.
- Il y a peu d'assemblées des administrateurs, les affaires de la société sont menées par des résolutions des administrateurs avec un ou plus des administrateurs aux États-Unis ou à Hong Kong.
- Le seul actionnaire d'Onco est une société incorporée en Ontario après 1965 et il n'y a pas d'indication sur le lieu où se tiennent les assemblées des administrateurs.

Selon le paragraphe 250(4) L.I.R., une société incorporée au Canada après 1965 est présumée être résidente du Canada. Toutefois, selon le paragraphe 250(5) L.I.R., la détermination de résidence selon une convention fiscale prévaudra sur la loi interne.

Il n'y a pas de convention fiscale entre le Canada et Hong Kong. Il faut se tourner vers la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis.

En vertu du paragraphe 1 de l'article IV de la Convention Canada-États-Unis, Onco et sa société mère sont résidentes canadiennes.

Il n'y a pas d'informations qui permettraient de conclure qu'Onco et sa société mère sont résidentes des États-Unis, donc dans ce sens Onco et sa société mère sont résidentes du Canada.

²³ *Id.*, interprétation technique 2008-0270771E5, 14 janvier 2009.

3.6. ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC – BUREAU À DOMICILE D’UN EMPLOYÉ²⁴

La question est de savoir si une société a un établissement au Québec en raison du fait qu’un employé québécois négocie des contrats de vente de marchandises dont il ne dispose pas. L’employé a son bureau à domicile.

Revenu Québec n’arrive pas à conclure sur le sujet. La société pourrait avoir un établissement au Québec si le bureau du vendeur pouvait être vu comme celui de la société et que des affaires y sont faites comme l’énonce le *Bulletin d’interprétation* IMP. 12-1/R3²⁵.

4. TRANSACTIONS SUR DEVICES ÉTRANGÈRES

4.1. PERTE SUR CHANGE LORS DE DISPOSITION D’ENCAISSE²⁶

La situation est la suivante :

- Canco est une société résidente du Canada.
- Forco est non-résidente du Canada et une filiale en propriété exclusive de Canco.
- Forco agit en tant que banque pour les sociétés du groupe.
- Forco investit les surplus de liquidités en dépôt à terme en dollars américains ou conserve les liquidités dans un compte bancaire en dollars américains.
- Forco ne reporte pas de gain ou perte de change étranger lorsqu’elle utilise les dollars américains pour acheter des certificats de dépôt ou lorsque les certificats de dépôt sont convertis en dollars américains²⁷.

²⁴ REVENU QUÉBEC, *Documentation québécoise*, dans *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, lettre d’interprétation 08-004036, 6 octobre 2008.

²⁵ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d’interprétation* IMP. 12-1/R3, « Établissement d’un contribuable », 31 août 2005.

²⁶ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-028011117, 6 janvier 2009.

²⁷ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d’interprétation* IT-95R, « Gains et pertes sur change étranger », 16 décembre 1980, par. 13.

- Forco reporte les gains ou pertes de change lorsque les dollars américains sont utilisés pour faire un prêt ou un investissement ou payer un dividende à Canco.

L'ARC accepte la façon dont Forco reporte ses gains et pertes de change en appliquant le *Bulletin d'interprétation* IT-95R.

La principale question est de déterminer si les paragraphes 40(3.3), 40(3.4) et le sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R. s'appliquent pour refuser les pertes de change sur la disposition de monnaie étrangère.

L'ARC indique que les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. ne s'appliqueront pas lorsque l'encaisse américaine est utilisée pour acquérir un certificat de dépôt puisque ce ne sont pas des biens identiques.

L'ARC conclut que les paragraphes 40(3.3), 40(3.4) et le sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R. ne s'appliquent pas lorsque les dollars américains sont utilisés pour faire un prêt ou un investissement ou payer un dividende à Canco.

4.2. DEVICES ÉTRANGÈRES²⁸

Le sujet des devises étrangères continue à faire couler beaucoup d'encre. Les transactions sont de plus en plus complexes et le *Bulletin d'interprétation* IT-95R²⁹ devrait être mis à jour.

La société A se finance avec des prêts établis au moyen du Libor en dollars américains et en papiers commerciaux en dollars américains dont l'utilisation varie en fonction des besoins financiers de la société.

Ses arguments mettent de l'avant que les instruments financiers en devises étrangères font partie de son processus de financement à long terme et sont présentés comme dette à long terme dans ses états financiers.

L'ARC fait les commentaires suivants :

²⁸ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-030465117, 19 mars 2009.

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 27.

Ce n'est pas parce que la société A peut utiliser le financement libellé en devises étrangères à tout moment que le financement devient un financement permanent.

Même si une société est bien financée, c'est l'utilisation des fonds qui détermine si la transaction est de nature capital ou une opération courante et non le fait que les fonds fassent partie du capital permanent de la société.

La classification des dettes au bilan ne détermine pas l'utilisation des fonds.

L'ARC s'en remet aux commentaires de la Cour dans la cause *Ethicon Sutures Ltd. c. La Reine* :

« Pour déterminer si un gain de change doit être considéré comme un revenu ou un gain en capital, il faut examiner la nature de l'opération sous-jacente qui a permis de réaliser le gain.

Lorsque les devises étrangères sont acquises par suite des activités commerciales du contribuable, ou aux fins de poursuivre ses activités commerciales, les gains sont réputés avoir été réalisés dans le cadre du commerce du contribuable, et sont considérés comme un revenu [...].

En outre, lorsque l'opération est une spéculation faite dans l'espoir de réaliser un profit, elle est réputée être un risque de caractère commercial, et le gain est imposé à titre de revenu [...].

Toutefois, si le gain résulte de l'investissement de fonds non utilisés ou de la plus-value d'un investissement temporaire, le gain est considéré comme un gain en capital³⁰. »

Il faut analyser les transactions qui ont entraîné le gain ou la perte sur les devises étrangères pour déterminer si la transaction est de nature capital ou fait partie des opérations courantes selon l'utilisation des fonds.

Commentaire

L'ARC s'appuie sur le *Bulletin d'interprétation* IT-95 et les principes développés par la jurisprudence pour déterminer le type de revenu ou de perte généré par les transactions, mais il est temps que ce bulletin d'interprétation soit mis à jour.

³⁰ 85 D.T.C. 5290 (C.F. 1^{re} inst.).

5. UTILISATIONS DES PERTES FISCALES

5.1. CONSOLIDATION DE PERTES³¹

La situation est la suivante :

- Subco est une société exploitée activement.
- Parentco détient des participations dans des filiales, des investissements immobiliers et rend des services de gestion à ses filiales.
- Les opérations de Subco et de Parentco sont effectuées au Canada.
- Subco est la filiale de Parentco.
- Parentco a un solde de pertes autres qu'en capital.
- Le groupe a une capacité d'emprunt d'un certain montant.

Les transactions proposées sont les suivantes :

- Une nouvelle société (Nouco) est incorporée.
- Parentco souscrit aux actions participantes de Nouco.
- Subco souscrit à des actions privilégiées de Nouco avec des fonds empruntés.
- Nouco utilise les fonds reçus de Subco pour souscrire à des actions privilégiées de Parentco.
- Parentco remboursera une partie de sa dette avec les fonds reçus de Nouco.
- Subco empruntera des fonds.
- Subco investira les fonds empruntés dans des actions privilégiées de Nouco.

³¹ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0280391R3, 17 juin 2009.

- Nouco investira dans des actions privilégiées de Parentco.
- Parentco remboursera sa dette.
- Le stratagème se poursuivra jusqu'à ce que Parentco rembourse la totalité de sa dette qui aura été transférée à Subco.
- Parentco paiera des dividendes annuellement à Nouco.
- Nouco paiera des dividendes à Subco.

Commentaires

- Subco aura suffisamment de liquidités avec ses opérations et les dividendes reçus de Nouco pour payer les intérêts sur sa dette.
- La dette de Parentco est transférée à Subco avec toutes ces transactions et Subco se retrouvera avec la dépense d'intérêts.

L'ARC donne son accord à une telle planification. Subco doit avoir une obligation légale de payer les intérêts sur sa dette et doit continuer à détenir les actions privilégiées de Nouco.

5.2. RESTRUCTURATION DE DETTES³²

La situation est la suivante :

- Parentco est une société canadienne imposable publique.
- Parentco détient les actions de plusieurs filiales : Canco1, Canco2, Forco et Subco.
- Parentco s'est placée sous la protection de la loi américaine sur les faillites.
- Forco est résidente du Canada bien qu'elle ne soit pas une société canadienne imposable.
- Forco ne peut pas être continuée sous juridiction canadienne.

³² *Id.*, interprétation technique 2008-0300161R3, 22 juillet 2009.

- Forco a vendu tous ses actifs à Canco3 en contrepartie d'une note (ci-après « note Canco3 ») ne portant pas intérêt.
- Canco3 a été liquidée dans sa société mère en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R., Parentco et la note Canco3 ont été transférées à Parentco.
- La JVM de la note Canco3 est moins élevée que sa valeur nominale.
- Forco a réduit la valeur de son placement dans la note Canco3.
- Parentco avait une dette envers Canco3 qui aurait pu faire l'objet de *capital duty exposure* avec la liquidation.
- Subco et Canco3 ont formé une société de personnes (ci-après « SP1 »).
- Canco3 a transféré la dette à recevoir de Parentco (ci-après « note SP ») à SP1 en vertu du paragraphe 97(2) L.I.R. en contrepartie d'une participation dans SP1.
- La participation de Canco3 dans SP1 a été transférée à Parentco lors de la liquidation de Canco3.
- La note SP est libellée en dollars américains.
- Parentco a un gain de change latent sur la note SP en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R. tandis qu'en contrepartie, SP1 a une perte en capital latente en vertu du sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R.
- Les termes de la note Canco3 ont été modifiés pour que celle-ci puisse être convertie en note portant intérêt.
- Forco a converti la note Canco3 en une « nouvelle note Canco3 ».
- Forco a transféré la nouvelle note Canco3 à Canco1 en contrepartie d'actions privilégiées de cette dernière sans produire de formulaire de roulement.
- Forco déclarera un dividende à Parentco, correspondant aux actions privilégiées de Canco1.
- Canco1 sera liquidée en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. dans Parentco.

- Parentco fera le choix en vertu du paragraphe 80.01(4) L.I.R. pour la nouvelle note Canco3.
- Les termes de la note SP seront modifiés pour que celle-ci puisse être convertie en note portant intérêt.
- SP1 convertira la note SP en une « nouvelle note SP » portant intérêt.
- SP1 vendra la nouvelle note SP à Canco2 en contrepartie d'actions privilégiées de cette dernière sans appliquer le paragraphe 85(2) L.I.R.
- SP1 sera liquidée et une partie indivise des actions privilégiées sera distribuée à Subco et Parentco.
- Subco distribuera sa partie indivise des actions privilégiées de Canco2 à Parentco avec un dividende.
- Canco2 sera liquidée en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. dans Parentco.
- Parentco fera le choix en vertu du paragraphe 80.01(4) L.I.R. pour la nouvelle note SP.

But

- Parentco veut liquider toutes ses filiales et éviter toute implication fiscale avant de cesser d'être sous la protection de la loi sur les faillites.
- Il n'y aura pas de disposition des notes lorsqu'elles sont converties.
- L'article 51.1 L.I.R. s'appliquera pour la conversion des notes et les dispositions des notes se feront au PBR.
- Les conversions des notes n'entraîneront pas l'application de l'article 80 L.I.R.
- Les choix du paragraphe 80.01(4) L.I.R. n'entraîneront pas l'application de l'article 80 L.I.R.
- Les alinéas 40(2)e.1) et 53(1)f.11) L.I.R. s'appliqueront lors du transfert de la « nouvelle note Canco3 » à Canco1 et lors du transfert de la « nouvelle note SP1 » à Canco2. La perte est réputée nulle puisque les

dispositions sont entre personnes liées et elle augmente le PBR du bien reçu.

L'ARC donne son accord aux transactions ci-dessus.

5.3. ACHAT DE GRÉ À GRÉ D' ACTIONS – ARTICLE 80 L.I.R.³³

Les faits sont les suivants : M. A dispose d'actions d'Opco à son ancienne conjointe en règlement de droits découlant de leur mariage. L'ancienne conjointe transfère les actions d'Opco à Nouco, une nouvelle société. Opco procède à l'achat de gré à gré de ses actions détenues par Nouco en contrepartie d'une créance.

Dans l'hypothèse où le capital et les bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») d'Opco sont nominaux et que le règlement de la créance s'effectue à un montant inférieur à son principal, est-ce que l'article 80 L.I.R. s'appliquera?

L'ARC est d'avis que lorsqu'une créance est émise pour acheter et annuler ou racheter des actions, un montant au titre des frais d'intérêt sur la créance peut être déductible en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. dans la mesure où le montant de la créance remplace le capital admissible de la société. Lorsque seulement une partie de la créance remplace le capital admissible, comme ce serait le cas dans la présente situation, le montant pouvant être déduit à titre de frais d'intérêt sur la créance est restreint aux frais d'intérêt se rapportant à cette partie de la créance.

L'ARC est d'avis que le règlement de la créance pour un montant inférieur à son principal entraînerait l'application de l'article 80 L.I.R. si la créance se qualifiait comme « créance commerciale » et « dette commerciale ». Également, la créance se qualifierait comme « créance commerciale » et « dette commerciale » si un montant au titre des intérêts sur la créance est déductible dans le calcul du revenu d'Opco si ces intérêts ont été payés ou étaient payables, ou s'ils avaient été payés ou payables, par le débiteur en exécution d'une obligation légale.

³³ *Id.*, interprétation technique 2008-0293901E5, 12 janvier 2009.

5.4. RÈGLEMENT DE DETTE – INTÉRÊTS³⁴

Dans le cadre d'une décision anticipée, les intérêts courus et impayés par une société (ci-après « Acquisico ») sur un prêt pour acquérir les actions d'une autre société font l'objet d'un règlement pour un montant égal à zéro.

La transaction d'acquisition a entraîné des commissions d'engagement pour Acquisico qui sont toujours impayées et qui feront également l'objet d'un règlement pour un montant à zéro.

Le but du règlement est que les parties se retrouvent dans la situation où le prêt ne porte pas intérêt.

L'ARC confirme que l'alinéa 80(2)b) L.I.R. s'applique aux intérêts payables par le débiteur et que les intérêts sont présumés être une dette émise à la partie des intérêts qui étaient déductibles.

Le paragraphe 248(26) L.I.R. s'applique aux commissions d'engagement pour présumer qu'une dette a été émise.

L'ARC confirme que les règles aux articles 80 à 80.04 L.I.R. sur les règlements de dette s'appliqueront pour les intérêts et les commissions d'engagement.

5.5. CONVERSION D'UNE DETTE EN ACTIONS³⁵

Une société émet des débentures convertibles. Les débentures sont converties en actions ordinaires. La différence entre la JVM des actions émises au moment de la conversion et le prix de conversion a été considérée comme une prime qui sera déduite en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii.2) L.I.R. sur quelques années.

À la suite de la conversion, la valeur nominale des débentures et les intérêts courus y afférents ont été transférés au compte capital des actions.

La prime versée n'est pas incluse dans le capital déclaré des actions ou à l'état des résultats au titre de dépense. La prime versée a seulement été déduite à l'Annexe 1 de la déclaration de revenus de la société.

³⁴ *Id.*, interprétation technique 2007-0259531R3, 29 octobre 2008.

³⁵ *Id.*, interprétation technique 2008-0279771I7, 5 mars 2009.

Selon l'ARC, le sous-alinéa 20(1)e(ii.2) L.I.R. s'applique lorsqu'une dépense est engagée dans le cadre de la restructuration d'une créance, dans la mesure où certaines conditions sont remplies. Il est nécessaire de déterminer si une dépense a été engagée par la société avant même de déterminer si la conversion d'une débenture constitue la restructuration d'une créance et si les autres conditions d'application du sous-alinéa 20(1)e(ii.2) L.I.R. sont remplies.

Selon l'ARC, aucune dépense n'a été engagée par la société. L'émission d'actions à titre de remboursement d'une dette constitue une somme payée.

Le prix convenu par actions entre les parties est le montant qui est ajouté au capital-actions et non la valeur de l'action sur le marché boursier au moment de son émission.

Dans l'affaire *Provigo Inc., Tembec Inc., et Cascades Inc. c. La Reine*, la Cour d'appel fédérale a formulé le commentaire suivant :

« Au-delà de cet obstacle, je m'interroge sur cet autre aspect de la thèse des appelantes selon lequel la différence entre la valeur des actions au moment de l'émission du titre et leur valeur au moment de la conversion constituerait un coût de financement. À première vue, l'émission d'actions par les appelantes à même leur capital action à un prix moindre que leur valeur réelle dilue l'avoir des actionnaires sans qu'une dépense ait été encourue par qui que ce soit³⁶. »

Le passage cité ci-dessus appuie la position de l'ARC.

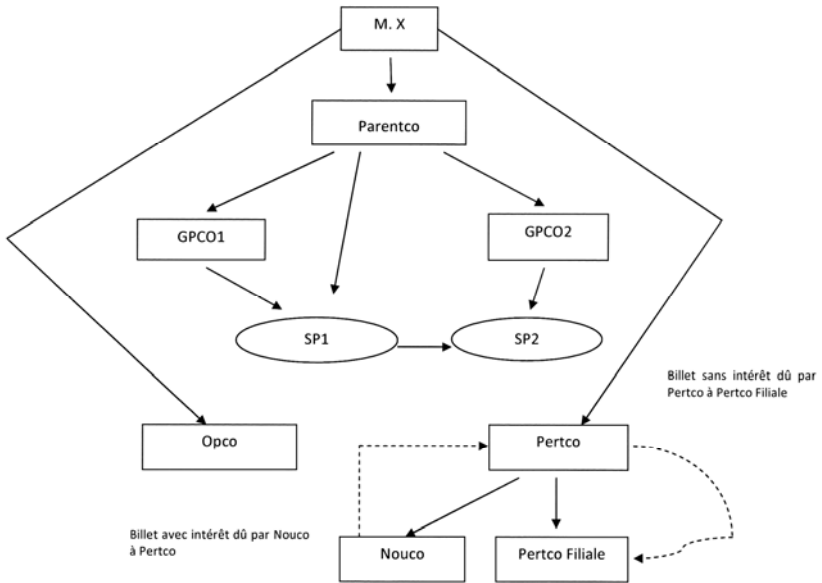
5.6. CONSOLIDATION DE PERTES – SITUATION 1³⁷

Un groupe de sociétés met en place une planification pour utiliser des pertes à l'intérieur d'un groupe de sociétés affiliées.

La structure des sociétés est la suivante :

³⁶ 2009 D.T.C. 5089 (C.A.F.), par. 9.

³⁷ *Tax Window Files*, op. cit., note 4, interprétation technique 2008-0289771R3, 22 avril 2009.



M. X contrôle les sociétés ci-dessus.

Opco et Pertco sont des sociétés publiques qui sont contrôlées par des sociétés contrôlées par M. X.

Opco et Pertco sont des sociétés affiliées.

Pertco détient les actions ordinaires et privilégiées de Pertco Filiale.

Transactions proposées

- Pertco souscrit à des actions participantes d'une nouvelle filiale, Nouco.
- Pertco transfère les actions privilégiées de Pertco Filiale à Nouco en contrepartie d'un billet portant intérêt.
- Pertco Filiale transfère son portefeuille d'actions à Pertco en contrepartie d'un billet ne portant pas intérêt.

- Pertco transfère le portefeuille d'actions à Nouco en contrepartie d'un billet portant intérêt.
- Nouco transfère le portefeuille d'actions à Pertco Filiale en contrepartie d'actions privilégiées.
- Les trois dernières étapes sont répétées jusqu'à ce que le billet émis par Pertco et les actions privilégiées émises par Pertco Filiale atteignent un certain montant.
- Pertco Filiale utilisera les liquidités générées par ses opérations pour payer des dividendes sur les actions privilégiées.
- Nouco utilisera les fonds pour payer les intérêts sur les billets à Pertco.
- Pertco Filiale transférera le portefeuille d'actions à Nouco pour racheter ses actions privilégiées.
- Nouco transférera le portefeuille à Pertco pour rembourser les billets.
- Pertco transférera le portefeuille à Pertco Filiale pour rembourser le billet.
- Les trois dernières étapes seront répétées jusqu'à ce que le billet sans intérêt émis par Pertco soit remboursé.
- Pertco transférera le portefeuille à Pertco Filiale en contrepartie d'actions privilégiées supplémentaires.
- Opco souscrira à des actions participantes de Nouco.
- Nouco utilisera les fonds reçus d'Opco pour acheter ses actions détenues par Pertco.
- Nouco sera liquidée dans Opco.

But

Pertco générera des revenus d'intérêt et utilisera ses pertes autres qu'en capital. Nouco se retrouvera avec des pertes autres qu'en capital avec la déduction des intérêts qui seront utilisées par la suite par Opco.

Le paragraphe 55(2) L.I.R. pourra s'appliquer aux dividendes payés par Pertco Filiale à Nouco et aux dividendes lors du rachat par Nouco de ses actions détenues par Pertco si ces dividendes ne proviennent pas du revenu gagné.

Nouco pourra déduire des intérêts à condition d'avoir une obligation légale de les payer et qu'elle continue à détenir les actions privilégiées de Pertco Filiale.

Le paragraphe 88(1.1) L.I.R. s'appliquera lors de la liquidation de Nouco dans Opco et Opco pourra utiliser les pertes provenant de Nouco.

Commentaires

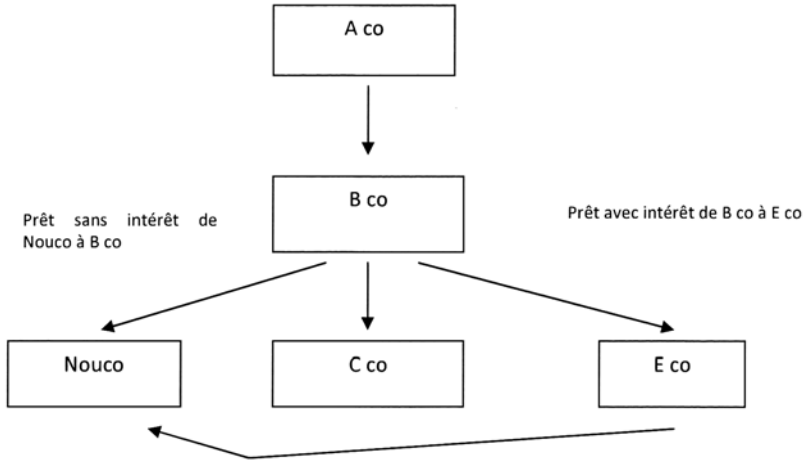
Évidemment, l'élément clé ici est le fait que les sociétés fassent partie d'un groupe affilié sinon l'utilisation des pertes ne serait pas permise.

5.7. CONSOLIDATION DE PERTES – SITUATION 2³⁸

Les présentes transactions sont similaires à la décision anticipée précédente. Voyons les transactions qui sont réalisées.

La structure est la suivante :

³⁸ *Id.*, interprétation technique 2008-0289761R3, 27 mai 2009.



Bco a des pertes autres qu'en capital.

Les transactions effectuées sont les suivantes :

- Bco incorpore Nouco et souscrit à ses actions ordinaires.
- Bco incorpore Eco et souscrit à ses actions ordinaires.
- Bco emprunte à une institution financière selon sa capacité de financement, le prêt 1.
- Bco utilise les fonds provenant du prêt 1 pour faire un prêt portant intérêt à Eco, le prêt 2.
- Eco utilise les fonds du prêt 2 pour souscrire à des actions privilégiées de Nouco.
- Nouco utilise les fonds provenant de Eco pour faire un prêt sans intérêt à Bco, le prêt 3.
- Bco utilise les fonds de Nouco pour rembourser le prêt 1.

- Nouco paie un dividende à Eco sur ses actions privilégiées.
- Eco paie à Bco les intérêts sur le prêt 2.
- Bco emprunte d'une institution financière à nouveau, le prêt 4, pour rembourser le prêt 3 à Nouco.
- Nouco utilise les fonds du prêt 3 pour racheter ses actions privilégiées détenues par Eco.
- Eco utilise les fonds pour rembourser le prêt 2.
- Bco utilise les fonds pour rembourser le prêt 4.
- Bco vend ses actions de Eco à Cco en contrepartie d'actions ordinaires de Cco en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.
- Eco est liquidée dans Cco.
- Nouco est liquidée dans Bco.

But

Bco pourra de cette façon générer un revenu d'intérêt de façon à utiliser ses pertes autres qu'en capital.

Cco pourra utiliser les pertes provenant de Eco.

Décision

Le paragraphe 88(1) L.I.R. s'appliquera lors de la liquidation de Eco dans Cco et l'ARC confirme que Cco pourra utiliser les pertes réalisées par Eco.

Eco pourra déduire les intérêts en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. à condition d'avoir une obligation légale de payer les intérêts et de continuer à détenir les actions privilégiées de Nouco.

Commentaires

La première condition essentielle à la planification est que les sociétés sont affiliées.

La société qui a les pertes autres qu'en capital obtient du financement externe selon sa capacité de financement.

Par la suite s'amorce le cycle qui permet à la société avec les pertes autres qu'en capital de générer des revenus et une société du groupe, quant à elle, accumule les pertes utilisées subséquemment dans une autre société profitable du groupe.

6. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

6.1. RACHAT D' ACTIONS³⁹

Une société rachète ses actions en finançant le rachat avec un emprunt et des billets.

Le prix d'achat des actions de 1 000 \$ est financé avec un emprunt de 500 \$ obtenu d'une institution financière sans lien de dépendance, un billet de 300 \$ (ci-après « billet 1 ») portant intérêt au taux du marché et un second billet de 200 \$ (ci-après « billet 2 ») sans intérêt. Le capital versé est de 1 \$ et le montant des BNR de 800 \$.

Le sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. s'applique pour permettre la déduction des intérêts.

Selon l'ARC, il faut remplacer le montant du capital par une fraction du montant emprunté, du billet 1 et du billet 2. La société peut remplacer à sa guise le montant des BNR de 800 \$, et ce, jusqu'à concurrence d'un montant maximum de 800 \$, une partie ou la totalité du montant emprunté, du billet 1 et du billet 2.

Dans ce cas, la société pourrait déduire les intérêts sur le montant emprunté et le billet 1.

L'ARC n'a pas fait de commentaires sur une méthode de déductibilité des intérêts au prorata des montants empruntés; dans ce cas, au contraire, le contribuable aurait le choix de remplacer les BNR par les dettes qu'il désire.

³⁹ *Id.*, interprétation technique 2008-0296731E5, 27 mai 2009.

6.2. GESTION DE LA TRÉSORERIE⁴⁰

NR Porteco est une société de portefeuille résidente d'une juridiction étrangère qui emprunte des fonds portant intérêt et qui a une obligation légale de rembourser les fonds empruntés.

NR Porteco prête les fonds empruntés à BbCo, une société résidente du Canada, moyennant un taux légèrement inférieur à celui obtenu par NR Porteco.

Le groupe de sociétés comprend plusieurs sociétés résidentes de différents pays.

Bbco recevra les surplus de liquidités des diverses sociétés participantes du groupe. Bbco paiera des intérêts sur les surplus de liquidités reçus des sociétés du groupe à un taux égal à celui obtenu par NR Porteco.

Bbco prêtera les fonds obtenus aux sociétés participantes du groupe à un taux correspondant à celui payable par Bbco à NR Porteco plus une légère majoration.

Les besoins de fonds des sociétés participantes seront plus élevés que les surplus de liquidités qui seront transférés à Bbco.

Les sociétés participantes seront uniquement des sociétés canadiennes et les fonds ne seront pas rapatriés par NR Porteco à l'extérieur du Canada.

Le but est de maximiser la gestion des liquidités au sein d'un groupe de sociétés en concentrant les liquidités dans une seule société.

Selon l'ARC, Bbco pourra déduire les intérêts payables ou payés à NR Porteco selon l'alinéa 20(1)c) L.I.R.

Le paragraphe 15(2) L.I.R. ne s'appliquera pas aux surplus de liquidités provenant des sociétés participantes puisque celles-ci seront résidentes du Canada.

L'entreprise de Bbco est de faire des prêts d'argent et les prêts faits aux sociétés participantes sont effectués dans un contexte d'entreprise, puisque

⁴⁰ *Id.*, interprétation technique 2008-0273431R3, 20 mai 2009.

les sociétés participantes auront besoin de fonds pour poursuivre leurs opérations.

Le fait que Bbco fasse un prêt à une société participante en difficulté n'entraînera pas l'application du paragraphe 15(1) L.I.R. pour NR Porteco.

7. DÉDUCTION POUR AMORTISSEMENT

7.1. DÉDUCTION POUR AMORTISSEMENT – RAJOUT APPORTÉ À UN BÂTIMENT LOUÉ⁴¹

La situation est la suivante :

- Société ABC fabrique et distribue des produits.
- ABC fait 100 % de ses affaires au Québec.
- ABC est détenue par une société de gestion qui détient également les actions d'une société sœur.
- La société sœur loue des bâtisses à des sociétés liées et associées, dont ABC et d'autres sociétés non liées.
- ABC est le principal client de la société sœur.
- ABC et la société sœur ont signé une entente pour agrandir la bâtisse, l'ajout sera utilisé pour faire de la fabrication.
- Les travaux sont facturés à 51 % à ABC et 49 % à la société sœur. ABC a payé entièrement les travaux reliés au système de ventilation et au système particulier de plomberie pour rendre le rajout à l'usine conforme aux normes gouvernementales.
- La société sœur est toujours propriétaire de l'immeuble et de l'ajout.
- ABC considère les ajouts comme faisant partie de la catégorie 12.

⁴¹ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 24, lettre d'interprétation 08-002211, 14 juillet 2008.

Les coûts investis par ABC pour l'ajout peuvent-ils donner droit à la déduction pour amortissement?

Oui, mais pas en tant que bien de la catégorie 13, mais plutôt comme bien de la catégorie 1 visé au paragraphe q de la catégorie 1 de l'annexe B du *Règlement sur les impôts*⁴².

Le système de ventilation et le système particulier de plomberie peuvent-ils faire partie de la catégorie 43?

Les biens doivent être utilisés directement ou indirectement principalement pour la fabrication ou la transformation de biens. Il faut déterminer si les systèmes sont nécessaires, voire essentiels pour la continuité et la survie de l'entreprise.

7.2. BÂTIMENT NON RÉSIDENTIEL ADMISSIBLE⁴³

Est-ce qu'une résidence pour personnes âgées dont une partie de la construction s'est faite après le 18 mars 2007 peut se qualifier au titre de bâtiment non résidentiel admissible selon le paragraphe 1104(2) R.I.R.?

Une tour d'habitation utilisée par ses occupants en tant que résidence ne constitue pas un bâtiment non résidentiel admissible tandis qu'un complexe hôtelier ou un bâtiment utilisé à des fins institutionnelles est généralement utilisé à des fins non résidentielles.

Selon l'ARC, un bâtiment qui sert de résidence pour personnes âgées s'apparente à un édifice à appartements et n'est donc pas un bâtiment non résidentiel admissible.

7.3. VENTE À TEMPÉRAMENT – ALLOCATION DU COÛT EN CAPITAL⁴⁴

Est-ce que l'acquéreur d'un bien en vertu d'une vente à tempérament peut réclamer l'allocation du coût en capital?

⁴² R.R.Q., c. I-3, r.1 et mod.

⁴³ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2009-0318441E5, 26 mai 2009.

⁴⁴ *Id.*, interprétation technique 2007-0237551E5, 10 novembre 2008.

Selon l'ARC, dans la mesure où l'acheteur obtient la possession, le droit d'usage et le droit de percevoir les fruits d'un bien et en assume les risques de pertes, il pourra demander la déduction pour allocation du coût en capital.

7.4. DÉDUCTION POUR LES PME MANUFACTURIÈRES – ACTIVITÉS DE FABRICATION ET DE TRANSFORMATION⁴⁵

La question posée à Revenu Québec est de déterminer si les activités d'une société exploitant une entreprise qui consiste à recycler de vieux pavages et à utiliser cette matière pour la réparation ou la fabrication de stationnements ou de routes sont des activités de fabrication ou de transformation, aux fins de la déduction relative aux entreprises de fabrication ou de transformation dans les régions ressources (ci-après « déduction pour les PME manufacturières », prévue aux articles 737.18.18 et suivants L.I.

Pour se qualifier à titre d'activité de fabrication ou de transformation dans le cadre de la déduction pour les PME manufacturières, il doit s'agir d'une activité admissible au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 737.18.18 L.I. Toutefois, une activité admissible ne comprend pas une activité exclue au sens donné à cette expression à ce même premier alinéa.

Les activités de pavage d'entrées de maison ou de routes ainsi que de réfection de surfaces asphaltées sont des activités de construction et, par le fait même, ne sont pas des activités admissibles étant donné qu'elles sont visées nommément au paragraphe b) de la définition de l'expression « activité exclue ».

Revenu Québec partage la position de l'ARC au *Bulletin d'interprétation* IT-411R, laquelle se lit comme suit :

« 1. Les tribunaux ont interprété le terme "construction" à l'alinéa c) de la définition de l'expression "fabrication ou transformation" au paragraphe 125.1(3) comme étant une affaire ou une entreprise de construction plutôt que l'activité de construction dans son sens le plus restreint. Pour déterminer si une société effectue des travaux de construction, il faut généralement tenir compte des facteurs tels :

⁴⁵ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 24, lettre d'interprétation 08-002316, 27 mai 2008.

- a) l'ensemble des activités de cette société rencontre le sens du terme "construction", tel qu'il est couramment utilisé et accepté dans l'industrie de la construction;
- b) l'utilisation de matériel de construction, comme des camions, des semi-remorques ou des rouleaux à béton asphaltique, dans les activités mentionnées au point a) ci-dessus.

De telles activités sont considérées comme celles qui sont normalement liées à la fabrication et à l'érection, sur les lieux mêmes, de bâtiments, de routes, de ponts, de terrains de stationnement, de voies d'accès, etc. destinés à demeurer en permanence sur le terrain où ils sont construits. [...] ⁴⁶ »

Les activités de la société relatives au recyclage de l'asphalte sont des activités de valorisation de déchets et, par conséquent, sont des activités de fabrication ou de transformation en s'appuyant sur le *Bulletin d'information* 2002-8 où il est indiqué ce qui suit :

« Toutefois afin d'assurer une certaine uniformité avec les autres mesures fiscales relatives aux régions ressources, les activités de valorisation et de recyclage des déchets seront des activités de fabrication et de transformation pour l'application du congé fiscal ⁴⁷. »

Cette précision n'a pas fait l'objet d'une rédaction particulière dans l'une des expressions se trouvant à l'article 737.18.18 L.I. Selon Revenu Québec, une activité de valorisation et de recyclage des déchets est de par sa nature une activité de fabrication ou de transformation.

Toujours selon Revenu Québec, l'asphalte qui est récupéré provient notamment d'activités de planage et de reprofilage du revêtement de chaussées existantes. Par la suite, les matériaux récupérés sont malaxés avec un liant bitumineux approprié et, au besoin, avec un apport de matériaux granulaires et d'additifs.

Malgré le fait que l'activité de recyclage soit de prime abord une activité de fabrication ou de transformation, la récupération de ces matériaux est accessoire à des activités qui consistent en des travaux de pavage d'entrées de maison, de routes ou de réfection de surfaces asphaltées, Revenu Québec

⁴⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-411R, « Signification du terme construction », 23 octobre 1996, par. 1.

⁴⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2002-8, « Annonce de modifications visant à faciliter l'accès à diverses mesures fiscales ou à en assouplir l'application », 11 juillet 2002, p. 49.

est d'avis que ces activités de recyclage ne sont pas des activités admissibles en raison du fait qu'elles sont des activités de construction.

8. CRÉDITS D'IMPÔT

8.1. CRÉDITS FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE – LIQUIDATION D'UNE FILIALE QUI EST UNE SOCIÉTÉ DÉTERMINÉE⁴⁸

Filiale est une société œuvrant dans un carrefour de la nouvelle économie qui se qualifie à titre de société déterminée et pour laquelle une attestation d'admissibilité a été obtenue d'Investissement Québec.

Mère détient la totalité des actions de Filiale.

Filiale sera liquidée dans Mère. Mère continuera à réaliser les activités de Filiale dans les locaux utilisés par Filiale.

Une des conditions pour se prévaloir de telles mesures est que la société doit être une société déterminée en vertu du premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I. La société doit obtenir une attestation d'Investissement Québec selon laquelle elle réalise une activité déterminée relativement à un site.

Mère doit formuler une demande auprès d'Investissement Québec pour obtenir une attestation d'admissibilité.

8.2. CRÉDITS FAVORISANT LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE⁴⁹

La société Z est une société déterminée dont les actions avec droit de vote sont détenues par MM. A, B, C, D, E et F dans les proportions suivantes : 32 %, 32 %, 5 %, 2 %, 5 % et 7 %. Les actions restantes de 18 % sont détenues par un fonds d'investissement.

Après une réorganisation du capital, M. A détiendra directement ou indirectement 70 % des actions avec droit de vote de Z.

⁴⁸ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 24, lettre d'interprétation 08-001148, 4 mars 2008.

⁴⁹ *Id.*, lettre d'interprétation 08-001112, 30 mai 2008.

Dans l'éventualité d'une acquisition de contrôle, la question est de savoir si les règles d'assouplissement prévues à l'article 21.3.2 L.I. permettraient à Z de conserver son statut de société déterminée.

Il faut se référer au sous-paragraphe iv) du paragraphe b) de la définition de l'expression « société déterminée » prévue au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I. si l'acquisition de contrôle entraîne la perte de statut de société déterminée. Le contrôle de la société déterminée est réputé ne pas avoir été acquis par une personne ou un groupe de personnes si les règles d'assouplissement prévues à l'article 21.3.2 L.I. s'appliquent.

Les règles à l'article 21.3.2 L.I. trouvent leur application si un « actionnaire important », selon l'expression au paragraphe 21.3.4a) L.I., est propriétaire d'actions du capital-actions lui conférant au moins 50 % des droits de vote pouvant être exercés en toutes circonstances à l'assemblée annuelle des actionnaires de la société, et ce, au moment de l'acquisition du contrôle de la société déterminée.

Aux fins de l'application de l'article 21.3.2 L.I., M. A sera considéré être un actionnaire important par l'effet combiné des paragraphes a) des articles 21.3.4 et 21.3.5 L.I. puisqu'il était propriétaire, directement ou indirectement, immédiatement avant le 12 juin 2003, d'au moins 25 %, en vote et en valeur, des actions du capital-actions de Z.

La société Z ne perdra pas son statut de « société déterminée » puisque, immédiatement après la réorganisation, M. A sera propriétaire d'actions du capital-actions lui conférant au moins 50 % des droits de vote pouvant être exercés en toutes circonstances à l'assemblée annuelle des actionnaires de Z. Il n'y a pas eu d'acquisition de contrôle de Z.

8.3. BÉNÉFICES DE FABRICATION ET DE TRANSFORMATION⁵⁰

Un contribuable exploite une entreprise consistant au montage et à l'entreposage de marchandises. Le montage peut être subdivisé en trois catégories : l'emballage, le fractionnement et l'assemblage. Les produits contenus en vrac dans les boîtes sont classés par catégories selon les directives des clients, tels la taille, la couleur et la quantité par contenant.

⁵⁰ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0290971E5, 22 janvier 2009.

Est-ce que les activités décrites ci-dessus sont des activités de fabrication et de transformation?

Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-145R⁵¹, les activités consistant à fractionner des marchandises en vrac et à les remballer pour les revendre lorsqu'il s'agit d'une procédure systématique pour faciliter la commercialisation d'un produit sont habituellement considérées comme des activités de transformation. Cependant, l'exécution de commandes à partir de stock en vrac n'est pas considérée comme une activité de transformation lorsque les activités en cause consistent uniquement au dénombrement ou à la mesure et au remballage.

En se basant sur les commentaires de la Cour dans les affaires *Federal Farms c. MRN*⁵² et *Tenneco Canada Inc. c. La Reine*⁵³, la question de savoir si un contribuable transforme des produits doit être tranchée selon deux critères :

- 1) le traitement appliqué aux produits doit les rendre plus commercialisables;
- 2) les produits doivent subir un changement de forme, d'apparence ou de nature.

Selon l'ARC dans la situation donnée, même si les activités de transformation du contribuable ont pour effet de rendre plus commercialisables les produits, il n'y a pas eu de changement dans la forme, l'apparence ou les autres caractéristiques du produit. Par conséquent, les activités exercées par le contribuable ne seraient pas admissibles à la déduction applicable aux bénéfices de fabrication et de transformation prévues à l'article 125.1 L.I.R.

Les immobilisations utilisées par le contribuable dans l'exploitation de son entreprise ne peuvent faire l'objet d'un classement dans la catégorie 29 de l'annexe II R.I.R.

⁵¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-145R, « Loi de l'impôt sur le revenu : Bénéfices de fabrication et de transformation au Canada – Taux réduit de l'impôt sur les sociétés », 9 janvier 2004, par. 4.

⁵² 66 D.T.C. 5058 (C. de l'É.).

⁵³ 91 D.T.C. 5207 (C.A.F.).

8.4. ENTREPRISES DISTINCTES⁵⁴

La question est de savoir si une société exploite une chaîne de boutiques ou exploite plusieurs entreprises distinctes et les conséquences qui en découlent lors d'une vente d'actifs pour l'application des paragraphes 14(1) et 89(1) L.I.R.

S'il est question d'entreprises distinctes, chaque entreprise aura son compte de montant en immobilisations admissibles et la disposition d'une boutique entraînera une implication fiscale. La société pourra ajouter un montant à son compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »).

Lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de corrélation, d'entrelacement ou d'interdépendance existant entre des opérations commerciales, l'ARC considère les facteurs suivants, sans que cette liste soit exhaustive :

« [...] »

- a) La mesure dans laquelle les deux exploitations ont des facteurs communs qui peuvent être pertinents [...].
- b) La question de savoir si l'exploitation se fait dans les mêmes locaux. [...]
- c) Une exploitation peut exister principalement dans l'intention d'approvisionner l'autre. [...]
- d) Les entreprises ont des fins d'année financière différentes.
- e) Le système comptable du contribuable enregistre les opérations des deux entreprises comme s'il s'agissait d'une seule entreprise, ou des registres complets et distincts sont tenus pendant toute l'année; [...] ⁵⁵. »

L'ARC énonce dans l'interprétation technique une liste d'éléments à considérer :

« 1- Chaque boutique opère-t-elle sous la même bannière?;

2- Les boutiques partagent-elles le même inventaire, en tout ou en partie?;

⁵⁴ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0287951E5, 27 août 2008.

⁵⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-206R*, « Entreprises distinctes », 29 octobre 1979, par. 3.

3- La mise en marché est-elle la même (par exemple, est-ce que la marchandise est disposée de la même manière? L'étalage est-il le même d'une boutique à l'autre?

4- La marchandise identique provient-elle des mêmes fournisseurs? Est-ce que les politiques d'achat tiennent compte de l'ensemble des besoins des boutiques ou bien si chacun achète selon ses besoins propres?

5- Est-ce que les escomptes de volume à l'achat sont accordés en fonction du volume total d'achat pour l'ensemble des boutiques?

6- Y a-t-il un acheteur pour toutes les boutiques?

7- Les politiques promotionnelles de vente sont-elles les mêmes pour chacune des boutiques? Est-ce que les articles sont vendus au même prix?

8- S'agit-il du même type de clientèle?

9- Est-ce qu'il peut y avoir des transferts de marchandises d'une boutique à l'autre?

10- Est-ce qu'un système informatisé permet à une boutique de savoir si un article existe dans une autre boutique?

11- Y a-t-il une flotte automobile (camion de livraison, etc.) qui dessert l'ensemble des boutiques?

12- Existe-t-il un entrepôt centralisé pour toutes les boutiques?

13- Y a-t-il un siège social qui régit un ensemble de règles et de modalités auxquelles les boutiques sont tenues de se conformer? »

L'ARC cite l'affaire *Roy Hoffman c. MRN*⁵⁶ où la Commission d'appel de l'impôt a conclu que deux quincailleries exploitées dans deux villes avec des clientèles différentes n'étaient pas des entreprises distinctes.

Commentaires

Il incombe donc à la société de démontrer que les boutiques sont indépendantes les unes des autres et qu'un siège social traitera les boutiques comme un tiers au moment d'offrir des services à celles-ci.

⁵⁶ 50 D.T.C. 284 (C.A.I.).

8.5. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT – RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

L'ARC a récemment adopté une politique administrative⁵⁷ de réduire automatiquement le compte cumulatif de dépenses admissibles au crédit d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») pour la recherche scientifique et le développement expérimental (ci-après « RS & DE ») du montant des crédits provinciaux auxquels le contribuable se qualifie⁵⁸. Cette politique semble contredire la doctrine de la *constructive receipt* et la jurisprudence sur l'alinéa 12(1)x) L.I.R.

Selon l'ARC, le paragraphe 127(18) L.I.R. est d'application plus large que l'alinéa 12(1)x) L.I.R. Cette dernière disposition ajoute au revenu les paiements incitatifs et autres « reçus » par le contribuable.

Le contribuable doit renoncer aux crédits d'impôt provinciaux avant la date limite de production de la déclaration de revenus fédérale pour que le compte cumulatif de dépenses admissibles au CII ne soit pas réduit du montant des crédits provinciaux.

8.6. RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL – EXPLOITATION DES RÉSULTATS⁵⁹

Est-ce qu'une société canadienne (ci-après « Subco ») peut déduire des dépenses de RS & DE et réclamer des CII pour des dépenses de RS & DE qui sont remboursées par la société mère étrangère (ci-après « Parentco ») qui détient les droits mondiaux pour la RS & DE?

Subco est une société qui vend, octroie des licences et développe des logiciels pour le marché canadien.

Subco a développé un logiciel pour Parentco qui détient les droits mondiaux.

⁵⁷ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0300591C6, 5 mars 2009.

⁵⁸ Par. 127(18) L.I.R.

⁵⁹ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0276121E5, 10 novembre 2008.

Selon l'ARC, les dépenses de RS & DE seraient déductibles selon le sous-alinéa 37(1)a)(i) L.I.R. où il n'y a pas d'obligation pour Subco d'exploiter les résultats de la RS & DE.

La seconde question est de savoir si le remboursement de Parentco réduira le montant de RS & DE pour le calcul des CII.

Si le remboursement de Parentco se qualifie comme aide non gouvernementale selon le paragraphe 127(9) L.I.R., il réduira le montant admissible au CII.

Puisque Parentco n'exploiterait pas d'entreprise au Canada et rembourse Subco pour des dépenses de RS & DE au Canada et que Subco inclurait le montant du remboursement dans son revenu, le remboursement ne serait pas une aide non gouvernementale ou un paiement contractuel selon le paragraphe 127(18) L.I.R. Le montant admissible au CII ne serait pas réduit.

L'ARC précise que le remboursement ne serait pas une dépense de RS & DE pour Parentco, déductible selon les sous-alinéas 37(1)a)(i) ou (i.1) L.I.R. et ne serait pas un paiement contractuel selon le paragraphe 127(18) L.I.R.

L'ARC soulève la question de savoir si Subco agit pour son compte ou à titre d'agent de Parentco; si Subco n'est qu'un agent, Parentco devrait réclamer les dépenses de RS & DE et les CII.

On ne peut conclure que Subco agit comme agent puisque Parentco conserve les droits sur la RS & DE.

8.7. DÉDUCTIONS ACCORDÉES AUX PETITES ENTREPRISES MULTIPLES⁶⁰

La situation est la suivante :

- Quatre frères et un particulier non lié créent chacun leur société de gestion dont ils sont employés avec leur conjointe.
- Chaque particulier est actionnaire d'une seule société de gestion.

⁶⁰ *Id.*, interprétation technique 2008-029256117, 6 novembre 2008.

- Une société exploitante est créée pour chaque projet de construction. La société exploitante n'a plus sa raison d'être lorsque le projet est terminé.
- Chaque société de gestion détient 20 % des actions d'une société exploitante.
- Une société exploitante n'a pas de salariés et l'ensemble des activités est confié à des sous-traitants.
- Les particuliers effectuent les tâches d'administration, de supervision, les contacts avec les banques et les ventes des sociétés exploitantes.
- Une fois le profit connu dans les sociétés exploitantes, des frais de gestion équivalents à 20 % des ventes sont facturés par les sociétés de gestion.
- Une fois le profit connu dans les sociétés exploitantes, des frais de gestion équivalents à 20 % des ventes sont facturés par les sociétés de gestion.

L'ARC a comme commentaire que la structure semble avoir pour but de multiplier la DPE.

Les sociétés de gestion seraient en quelque sorte des entreprises de prestation de services personnels. Chacun des particuliers serait un employé de la société exploitante.

L'ARC soulève également les éléments suivants :

- le fait qu'une société exploitante est créée et utilisée pour chacun des projets comportant des risques;
- le versement de frais de gestion aux sociétés de gestion au lieu de dividende;
- quatre des particuliers sont liés.

Bref, ces éléments font que la structure ne semble pas avoir de justification sur le plan fiscal.

9. TRAITEMENT FISCAL POUR LES EMPLOYÉS

9.1. RABAIS GOUVERNEMENTAUX ET FRAIS POUR DROIT D'USAGE D'UN VÉHICULE⁶¹

Des rabais gouvernementaux s'appliquent pour la location de véhicules hybrides. Les rabais sont imposables en vertu du sous-alinéa 12(1)(x)(ii) L.I.R. ou le contribuable fait le choix de réduire la dépense en vertu de l'alinéa 12(2.2)b) L.I.R. dans le cas d'un rabais pour la location.

La question est de savoir si le rabais doit réduire le montant de l'avantage des frais pour droits d'usage d'un véhicule⁶² et l'avantage relatif au fonctionnement d'une automobile⁶³.

L'ARC conclut que le rabais ne réduit pas le montant payable au locateur et ne réduit pas les dépenses de fonctionnement d'où les avantages ne sont pas réduits.

9.2. ÉQUITÉ SALARIALE – DOMMAGES POUR DROITS HUMAINS⁶⁴

La question est de savoir si des paiements faits à des employés en vertu de la *Loi sur l'équité salariale*⁶⁵ pour régler le litige en vertu du code des droits de la personne sont imposables.

Une décision anticipée a été rendue.

Un syndicat qui représente plusieurs employés d'une entreprise dépose une plainte parce que l'employeur n'a pas mis sur pied un régime pour l'équité salariale pour certains de ses employés. Par conséquent, l'employeur a violé la *Loi sur l'équité salariale* et le code des droits de la personne en refusant de mettre sur pied un régime sur l'équité salariale.

⁶¹ *Id.*, interprétation technique 2008-0276661E5, 24 février 2009.

⁶² Al. 6(1)e) L.I.R.

⁶³ Al. 6(1)k) L.I.R.

⁶⁴ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0292081R3, 4 février 2009.

⁶⁵ L.R.Q., c. E-12.001.

L'employeur et le syndicat ont nommé un arbitre pour résoudre la plainte et les griefs.

L'arbitre a formulé une ordonnance en vertu de laquelle l'employeur doit verser à certains de ses employés un montant forfaitaire basé sur la période d'emploi et le statut de l'employé, temps plein ou temps partiel.

L'employeur et le syndicat vont signer une entente en vertu de laquelle les exigences de l'ordonnance ont été satisfaites.

L'employeur paiera les sommes dès que l'entente sera signée.

Les montants payés aux employés pour violation des droits humains en vertu du code des droits de la personne ne seront pas imposables pour les employés.

Les montants payés à des successions parce que les employés sont décédés ne seront pas imposables.

La décision anticipée est muette sur la déductibilité des paiements pour l'employeur.

9.3. ACTIONNAIRE UNIQUE – PRÊT POUR RÉSIDENCE⁶⁶

Est-ce qu'un prêt à un actionnaire unique peut se qualifier comme prêt pour une résidence?

Selon l'ARC, le fait que la personne soit l'unique employé de la société n'implique pas que le prêt soit consenti à la personne en tant qu'employé.

Il faut démontrer qu'un prêt similaire pourrait être accordé à une personne qui est employée dans une société de même type qui a des fonctions et des responsabilités similaires. La personne ne doit pas être actionnaire de la société comparable.

Autrement dit, la comparaison est presque impossible à réaliser à moins d'avoir accès à des informations qui sont en général du domaine privé.

⁶⁶ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0270201E5, 16 décembre 2008.

9.4. DISTRIBUTION DE CHÈQUES-CADEAUX À DES SYNDIQUÉS⁶⁷

Est-ce que la distribution de chèques-cadeaux par un syndicat à ses membres est imposable?

La distribution de chèques-cadeaux par un syndicat à ses membres ne serait pas imposable en appliquant l'arrêt *Fries c. La Reine*⁶⁸. Dans cet arrêt, des paiements faits aux membres à partir du fonds de grève n'étaient pas imposables. Il serait surprenant que la distribution de chèques-cadeaux soit imposable.

La situation sera différente si le chèque-cadeau est distribué à un employé du syndicat. Il faut alors appliquer les règles pour les cadeaux provenant des employeurs selon l'ARC et Revenu Québec.

Selon l'ARC, les contributions syndicales ne sont pas déductibles en vertu de l'alinéa 8(5)c) L.I.R. pour les employés si elles servent à d'autres fins que pour le fonctionnement du syndicat. Si les cadeaux sont un remboursement de cotisations syndicales, la déduction devra être réduite pour les employés. Le sous-alinéa 8(1)i)(iv) L.I.R. prévoit la situation où il y a un remboursement de cotisations.

9.5. EMPLOYEUR OFFRANT LE STATIONNEMENT AUX EMPLOYÉS⁶⁹

L'ARC explique les exceptions lorsqu'un employeur n'a pas à considérer un avantage imposable pour l'employé relativement à un stationnement.

Dans le premier cas, l'employé doit utiliser son automobile trois jours et plus durant une semaine de travail pour accomplir ses tâches et doit avoir à sa disposition un stationnement.

L'autre exception est le stationnement « premier arrivé, premier servi ». Il y a moins de places de stationnement disponibles que d'employés qui peuvent les utiliser.

⁶⁷ *Id.*, interprétation technique 2007-0261121E5, 16 décembre 2008.

⁶⁸ 90 D.T.C. 6662 (C.S.C.).

⁶⁹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0286381E5, 5 décembre 2008.

Dans l'interprétation technique, il semble que chaque employé a son espace de stationnement et que l'employeur débourse un montant déterminé pour chaque espace de stationnement. Dans ce cas, un avantage imposable s'ajouterait au revenu de l'employé.

L'ARC renvoie à la cause *Adler et autres c. La Reine*⁷⁰. Dans cette affaire, 14 employés de Telus se retrouvent avec un avantage imposable pour stationnement et deux autres employés se retrouvent sans avantage imposable.

Il a été démontré que pour deux des employés, l'employeur était le principal bénéficiaire des espaces de stationnement payés pour les employés. Les coûts de l'employeur étaient réduits avec l'utilisation par les employés de leurs véhicules.

La détermination d'un avantage imposable pour un stationnement fourni par l'employeur demeure une question de fait et il n'y a pas de formule magique.

9.6. ALLOCATION RAISONNABLE ET FRAIS D'EXPLOITATION⁷¹

Est-ce qu'une allocation pour frais de déplacement versée à un employé doit tenir compte de la dépréciation du véhicule?

Selon l'ARC, il faut considérer tous les coûts tels que la dépréciation, le financement, les assurances et les frais de carburant pour calculer l'allocation pour automobile qui sera versée à un employé.

9.7. ALLOCATION POUR VÉHICULE MOTEUR – DÉPENSES⁷²

La question posée est de savoir si un employeur peut se baser sur l'article 67.3 et l'alinéa 13(7)g L.I.R. lorsqu'il doit établir un montant raisonnable pour une allocation pour véhicule moteur.

L'ARC confirme que la limite de déduction pour les véhicules prévue à l'article 67.3 et à l'alinéa 13(7)g L.I.R. n'est pas un élément déterminant

⁷⁰ 2007 D.T.C. 783 (C.C.I.).

⁷¹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-030390117, 26 janvier 2009.

⁷² *Id.*, interprétation technique 2008-030000117, 23 février 2009.

lorsque vient le temps de calculer un montant d'allocation raisonnable selon l'alinéa 6(1)b) L.I.R.

10. DÉDUCTIBILITÉ DE DIVERS ÉLÉMENTS

10.1. DÉDUCTIBILITÉ DE FRAIS JURIDIQUES ET PÉNALITÉS⁷³

Est-ce que les frais juridiques pour défendre un employé négligent dont les actions ont entraîné la mort d'un individu sont déductibles?

L'ARC conclut que les frais juridiques sont déductibles en faisant référence au *Bulletin d'interprétation IT-99R5*⁷⁴.

La Cour a ordonné le paiement selon une législation de la sécurité au travail d'un montant non déductible selon l'article 67.6 L.I.R. à un organisme de charité.

L'ARC conclut que l'article 67.6 L.I.R. s'applique effectivement au paiement à l'organisme de charité et qu'il ne peut être déductible selon l'article 110.1 L.I.R. parce que ce n'est pas un transfert volontaire.

10.2. DÉDUCTIBILITÉ DU LOYER MOYEN POUR UN BAIL À LONG TERME⁷⁵

La dépense de loyer d'un bail avec clause escalatoire est comptabilisée aux fins des principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») en déduisant le loyer mensuel moyen.

Est-ce que le montant mensuel moyen est déductible aux fins fiscales?

Selon l'ARC, c'est le montant du loyer payé qui est déductible et il faut s'en remettre à l'alinéa 18(1)a) et au sous-alinéa 18(9)a)(ii) L.I.R.

⁷³ *Id.*, interprétation technique 2008-0294701E5, 20 février 2009.

⁷⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-99R5* (consolidé), « Frais juridiques et comptables », 11 décembre 1998, par. 30.

⁷⁵ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2009-0312851I7, 16 juin 2009.

10.3. DÉDUCTIBILITÉ DE LA TPS⁷⁶

Plusieurs questions sont posées relativement à la déductibilité de la TPS.

Est-ce que la TPS payée par l'acquéreur de biens et services est déductible sur le plan de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Si les biens et services acquis sont déductibles en vertu de l'article 9 L.I.R., alors la TPS est également déductible.

Toutefois, lorsque l'acquéreur peut réclamer un crédit de taxe sur intrant (ci-après « CTI »), l'acquéreur est présumé recevoir de l'assistance selon le paragraphe 248(16) L.I.R. Le CTI est inclus dans les revenus en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R. ou le contribuable peut faire le choix en vertu du paragraphe 12(2.2) L.I.R. de réduire le coût de l'actif acquis.

Est-ce que la TPS perçue par le vendeur et remise au Receveur général est déductible sur le plan de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Non, parce que le vendeur agit simplement comme un fiduciaire qui perçoit et remet la TPS.

Est-ce que la TPS qui n'a pas été perçue par le vendeur de l'acheteur et qui est finalement remise au Receveur général par le vendeur est déductible sur le plan de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Si le vendeur paie la TPS qui sera remise au Receveur général, il pourra réclamer une mauvaise créance en vertu de l'alinéa 20(1)p) L.I.R. Si le vendeur peut facturer la TPS à l'acquéreur de la fourniture avec une seconde facture, il n'y aura pas de déduction pour le vendeur puisqu'il agira alors à titre de mandataire et il remettra la TPS perçue de son client.

Est-ce que la TPS remise sur les avantages imposables aux employés est déductible?

La TPS remise par un employeur sur les avantages imposables aux employés est déductible en vertu de l'article 9 L.I.R.

⁷⁶ *Id.*, interprétation technique 2009-030929117, 13 juillet 2009.

10.4. DÉDUCTIBILITÉ DE L'IMPÔT MINIMUM POUR UNE SOCIÉTÉ⁷⁷

Est-ce que l'impôt minimum de l'Ontario prévu aux articles 57.1 à 57.12 de la *Loi sur l'imposition des sociétés*⁷⁸ de l'Ontario est déductible?

L'impôt minimum pour une société (ci-après « IMS ») est essentiellement un deuxième calcul d'impôt sur le revenu qui doit être fait par les grandes sociétés dont le total des revenus dépasse 10 M\$ ou l'actif total dépasse 5 M\$. Le taux de l'IMS est de 4 % du revenu rajusté de la société selon ses états financiers, attribué à l'Ontario.

L'alinéa 18(1)a) L.I.R. refuse la déduction d'une dépense, sauf dans la mesure où elle a été engagée en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. La jurisprudence a établi dans l'arrêt *Roensch c. MRN*⁷⁹, repris notamment dans les affaires *First Pioneer Petroleum Ltd. c. MRN*⁸⁰ et *Teck Corporation c. La Reine*⁸¹, que l'impôt sur le revenu provincial n'est pas une dépense engagée pour tirer un revenu.

10.5. INTÉRÊTS, TAXE SUR LE CAPITAL, DÉDUCTIBILITÉ⁸²

Est-ce que la taxe sur le capital est déductible dans le calcul du revenu au fédéral?

Est-ce que les intérêts sur la taxe sur le capital sont déductibles dans le calcul du revenu au fédéral?

Un impôt sur le revenu provincial n'est pas déductible en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R. puisque ce montant n'est pas une dépense engagée dans le but de gagner du revenu, mais est plutôt une dépense effectuée parce qu'il y a eu du revenu.

⁷⁷ *Id.*, interprétation technique 2008-030036117, 16 décembre 2008.

⁷⁸ L.R.O. 1990, c. C.40.

⁷⁹ (1931) 1 D.T.C. 199 (C. de l'É.).

⁸⁰ 74 D.T.C. 6109 (C.F. 1^{re} inst.).

⁸¹ 2005 D.T.C. 5338 (C.A.C.B.).

⁸² *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2009-032694117, 20 août 2009.

La taxe sur le capital n'est pas un impôt qui est calculé sur le revenu d'une entreprise mais il est plutôt calculé sur le capital versé de la société. De façon générale, cet impôt est considéré comme une dépense engagée dans le but de gagner du revenu.

Depuis le Budget de 1991, le gouvernement fédéral a confirmé à plusieurs reprises sa volonté de limiter la déductibilité des augmentations de la taxe sur le capital et sur la masse salariale. Le dernier communiqué du ministère des Finances à ce sujet est daté du 16 décembre 2004. Dans celui-ci, le Ministère réaffirme ceci :

« Aux termes de cette mesure provisoire, les impôts provinciaux sur le capital et la masse salariale demeureront déductibles au titre de l'impôt fédéral sur le revenu, mais toute augmentation de ces impôts par des mesures provinciales visant à en augmenter le taux, à en changer l'assiette ou à instaurer de nouveaux impôts ne serait pas déductible⁸³. »

Le communiqué de 2004 ne donne pas de délais d'application de la mesure. Cette dernière s'applique donc jusqu'à l'annonce d'une nouvelle à l'effet contraire.

Les amendes et pénalités ne sont pas déductibles en raison de l'article 67.6 L.I.R. Afin de déterminer s'il s'agit d'une amende et d'une pénalité, les notes explicatives de cet article mentionnent ce qui suit :

« C'est le droit fédéral, provincial, municipal ou étranger en vertu duquel une somme est payable qui déterminera si cette somme est déductible : si la somme en question n'est pas désignée comme étant une amende ou une pénalité, le montant pourra être déductible dans la mesure où il a été engagé par ailleurs dans le but de gagner un revenu; si elle est définie comme une amende ou une pénalité, elle ne sera pas déductible. Cette règle proposée ne s'appliquera pas aux pénalités et aux dommages versés aux termes d'un contrat privé. »

Selon l'ARC, les intérêts sur la taxe sur le capital peuvent être déductibles en vertu de l'article 9 L.I.R. à condition que la dépense satisfasse aux exigences des alinéas 18(1)a) et b) L.I.R.

En conclusion, les intérêts sur la taxe sur le capital seront déductibles si la taxe sur le capital est déductible en vertu de l'article 9 L.I.R.

⁸³ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2004-080, « Prolongation de la mesure provisoire visant la déductibilité des impôts provinciaux sur le capital et la masse salariale », 16 décembre 2004.

10.6. ÉTUDE DE FAISABILITÉ⁸⁴

Est-ce que les frais de consultation externe, les salaires des employés et les frais internes reliés à la mise en place du processus de production Kaizen sont déductibles dans l'année où ils ont été engagés en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. ou s'il s'agit de dépenses en capital non déductibles selon l'alinéa 18(1)b) L.I.R.?

Il s'agit de dépenses d'exploitation « de nature courante » et non pas de dépenses de nature capital.

Est-ce que la position de l'ARC énoncée dans l'interprétation technique 9702057⁸⁵ portant sur la norme ISO peut être applicable dans la situation donnée?

Dans la situation donnée, la position de l'ARC est similaire à celle énoncée dans l'interprétation mentionnée ci-dessus.

Est-ce que la politique administrative publiée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-475⁸⁶ peut s'appliquer de telle sorte que toutes les dépenses reliées au projet qui dépassent l'étape de l'étude de faisabilité soient considérées comme des dépenses en immobilisations admissibles?

La politique administrative énoncée au paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation* IT-475 n'est pas applicable puisque toutes les dépenses engagées relativement au projet Kaizen ne visent pas à déterminer si un bien en immobilisations est créé ou acquis.

⁸⁴ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2009-0312261I7, 22 avril 2009.

⁸⁵ *Id.*, interprétation technique 9702057, 8 mai 1997.

⁸⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-475, « Dépenses pour la recherche et pour le développement de l'entreprise », 31 mars 1981, par. 5; *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0303651E5, 20 avril 2009.

10.7. IMPLICATIONS FISCALES D'UNE LOCATION⁸⁷

L'ARC a été appelée à commenter les règles s'appliquant pour un bail avec ou sans option d'achat.

Il faut se référer au bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 21⁸⁸ où l'ARC a pris comme position que l'aspect fiscal serait basé sur la nature légale des transactions au lieu de l'aspect économique.

Option d'achat

Même s'il y a de fortes possibilités qu'une option d'achat soit exercée à la fin d'un bail, on ne peut assumer que le transfert de propriété sera effectué. Le locateur n'a aucune obligation d'acquérir le bien à l'expiration du bail.

Vente conditionnelle

Dans l'arrêt *MRN c. Wardean Drilling*⁸⁹, la question était de déterminer la date d'acquisition d'un bien lors d'une vente conditionnelle. Dans le cas d'un bail, nous retrouvons le droit d'utiliser le bien loué, mais pas le droit de propriété.

Sur le plan fiscal, le titre de propriété est transféré uniquement lorsque le locataire acquiert le bien.

Location à bail

L'ARC reconnaît le transfert de propriété pour certains baux financiers. Il s'agit de se référer à l'article 16.1, au paragraphe 13(5.2) et au paragraphe 127(9) L.I.R.

L'ARC conclut que l'aspect légal est déterminant pour l'aspect fiscal.

⁸⁷ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0303651E5, 20 avril 2009.

⁸⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 21, 14 juin 2001.

⁸⁹ 69 D.T.C. 5194 (C. de l'É.).

11. ASPECT ADMINISTRATIF

11.1. DIVIDENDE EN CAPITAL – DÉFAUT DE PRODUCTION DU FORMULAIRE PRESCRIT⁹⁰

Une société a produit sa déclaration de revenus à Revenu Québec dans les délais prescrits et a indiqué dans les états financiers qu'elle avait versé un dividende en capital. Le montant du dividende en capital est inscrit à la ligne 510 de l'annexe CO-17.S.3. La société n'a pas produit les formulaires prescrits auprès de l'ARC et de Revenu Québec.

Est-ce que la société peut produire un choix tardif au Québec?

La société peut produire un choix tardif en vertu du paragraphe 83(3) L.I.R. et de l'article 503.0.0.1 L.I. La société doit utiliser le formulaire prescrit, soit le Formulaire CO-502, accompagné du paiement de la pénalité égale au montant prévu à l'article 503.0.0.2 L.I.

Est-ce que Revenu Québec peut considérer le dividende comme un dividende imposable et apporter les modifications à la déclaration de l'actionnaire qui a reçu le dividende?

Oui, Revenu Québec pourrait apporter les modifications à la déclaration de revenus de l'actionnaire.

Une société a produit le Formulaire T2054 dans les délais prescrits; toutefois, le Formulaire CO-502 n'a pas été produit auprès de Revenu Québec.

Est-ce que la société peut produire le choix tardif au Québec sans avoir à payer la pénalité en précisant que le formulaire québécois a été produit dans les délais?

Non, la pénalité s'applique toujours.

Existe-t-il une politique administrative permettant à Revenu Québec d'accepter un choix tardif sans tenir compte de la pénalité?

Il n'y a aucune politique administrative à cet effet.

⁹⁰ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 24, lettre d'interprétation 08-002349, 5 mai 2008.

11.2. CALCUL DU REVENU PROTÉGÉ – AFFAIRE LA REINE C. KRUCO^{91, 92}

Revenu Québec est d'accord avec la position de l'ARC énoncée dans le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 37⁹³ pour le calcul du revenu protégé. Selon l'affaire *Kruco*, les dépenses non déductibles doivent être déduites dans le calcul du revenu protégé pour un dividende versé après le 15 février 2008.

11.3. CHOIX TARDIF – ALINÉA 88(1)d) L.I.R.⁹⁴

Est-ce qu'un contribuable peut effectuer un choix tardif en vertu de l'alinéa 88(1)d) et du paragraphe 87(11) L.I.R.?

Dans le contexte d'une fusion verticale visée au paragraphe 87(11), la désignation selon l'alinéa 88(1)d) L.I.R. doit être effectuée dans la première déclaration de revenus produite par la société issue de la fusion.

Il n'y a aucune disposition dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui permette une désignation tardive pour l'application de l'alinéa 88(1)d) et du paragraphe 87(11) L.I.R.

L'ARC accepte une désignation tardive dans certaines circonstances :

- 1) la société issue de la fusion accepte de répartir l'excédent calculé à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. proportionnellement entre les immobilisations qui sont admissibles à une augmentation de leur coût, en fonction de la marge disponible telle qu'elle est calculée au sous-alinéa 88(1)d)(ii) L.I.R.; ou
- 2) la société issue de la fusion accepte que l'ARC fixe, à sa convenance, quel montant de l'excédent sera ajouté au coût de quel bien.

⁹¹ 2003 D.T.C. 5506 (C.A.F.) (ci-après « *Kruco* »).

⁹² CCH FISCALITÉ, *Impôt sur le revenu du Québec*, interprétation technique 08-001651, 28 mars 2008.

⁹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 37, 15 février 2008.

⁹⁴ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0286111E5, 7 janvier 2009.

L'ARC donne des situations où elle n'acceptera pas de désignation tardive. Par exemple, il s'agit de planification fiscale rétroactive, la désignation fait partie d'un stratagème d'évitement fiscal, où s'il est nécessaire, pour donner effet à la désignation, d'établir un avis de cotisation ou de nouvelle cotisation pour une année d'imposition dont la période normale de nouvelle cotisation, au sens du paragraphe 152(3.1) L.I.R., est expirée.

L'ARC se donne la latitude d'accepter ou non une désignation tardive et sa décision sera fondée sur les faits particuliers relatifs au contribuable qui en fait la demande.

En ce qui trait aux modalités de production, le contribuable doit soumettre une demande écrite de désignation tardive au directeur du bureau des services fiscaux de sa localité.

11.4. AVIS DE RECTIFICATION⁹⁵

Une transaction est effectuée entre un actionnaire et une société où un condominium est transféré par l'individu à la société. Les parties se rendent compte que les documents légaux ne reflètent pas l'intention des parties.

Est-ce que l'ARC pourrait simplement ignorer le contrat?

L'ARC doit imposer le contribuable sur la base des documents légaux. C'est au contribuable d'obtenir un avis de rectification pour annuler la transaction.

Il faut se référer au bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22⁹⁶.

11.5. ROULEMENT – CHOIX TARDIF⁹⁷

En 2004, un contribuable transfère un immeuble à une société dont il est l'unique actionnaire. Aucun choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. n'a

⁹⁵ *Id.*, interprétation technique 2008-0269671E5, 30 octobre 2008.

⁹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

⁹⁷ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0296721E5, 30 avril 2009.

été effectué selon le délai prescrit au paragraphe 85(6) L.I.R. Selon le contrat initial, la contrepartie n'implique pas l'émission d'actions.

L'ARC a cotisé le contribuable pour de la récupération d'amortissement et le gain en capital lors du transfert de l'immeuble à la société.

Le contribuable veut signer un acte de rectification avec la société où des actions seraient émises lors du transfert de l'immeuble.

Le contribuable veut faire un choix tardif en vertu du paragraphe 85(7) L.I.R. et y joindre l'acte de rectification.

L'ARC n'acceptera pas de modifications *a posteriori* à moins qu'une ordonnance d'un tribunal ne soit rendue à cet effet.

Le contribuable n'aura d'autre choix que de s'adresser à un tribunal pour obtenir un acte de rectification.

11.6. REÇU POUR DON DE CHARITÉ DÉLIVRÉ À UNE AUTRE PERSONNE QUE LE DONATEUR

Dans un contexte de planification fiscale ou dans le but d'avoir plus de flexibilité, serait-il possible qu'un organisme de bienfaisance remette un reçu de charité à une autre personne que le donateur?

L'ARC conclut que le reçu de charité ne peut être délivré qu'au nom du donateur selon l'alinéa 3501(1)g) R.I.R.⁹⁸

Les contribuables ont intérêt à déterminer la personne qui pourra réclamer le crédit d'impôt ou la déduction avant de faire leur chèque.

11.7. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS⁹⁹

Est-ce que les administrateurs d'une société sont responsables en vertu de l'article 227.1 L.I.R. d'effectuer les retenues lorsqu'une société a été dissoute pendant plus de deux ans?

⁹⁸ *Id.*, interprétation technique 2008-0304871E5, 30 mars 2009.

⁹⁹ *Id.*, interprétation technique 2009-0320991I7, 12 mai 2009.

Selon le paragraphe 227.1(4) L.I.R., les procédures de recouvrement se prescrivent par deux ans à compter de la date à laquelle l'administrateur cesse pour la dernière fois d'être un administrateur de cette société.

L'ARC fait référence à deux causes, l'une en Colombie-Britannique et une autre au Québec, qui suggèrent qu'un administrateur cesse d'être administrateur durant la période de dissolution.

La question est posée pour une société incorporée en Ontario.

L'ARC propose donc de réactiver rétroactivement la société ontarienne à la date de dissolution en précisant dans le document de réactivation que les administrateurs n'ont jamais cessé d'être administrateurs. Dans ce cas, les administrateurs seraient toujours responsables.

11.8. FEUILLES DE TRAVAIL DES COMPTABLES¹⁰⁰

L'ARC avait discuté de l'accès aux feuilles de travail des comptables pour l'analyse des provisions d'impôt lors de la conférence annuelle de l'Association canadienne d'études fiscales en 2004.

L'ARC désire avoir accès aux feuilles de travail des comptables, mais les sociétés veulent protéger les communications avec leurs professionnels.

L'ARC a à nouveau indiqué lors de la conférence annuelle de l'Association canadienne d'études fiscales en 2006 qu'elle travaillait sur une politique.

En mai 2009, l'ARC indiquait qu'elle finalisait sa politique pour les demandes d'accès aux feuilles de travail des contribuables et des tiers comme les comptables externes. La politique devrait tenir compte des dernières décisions des tribunaux et des exigences en matière de gouvernance d'entreprise.

C'est une question à suivre au cours des prochains mois.

¹⁰⁰ *Id.*, interprétation technique 2009-0316711C6, 1^{er} mai 2009, Table ronde de la Canadian Life and Health Insurance Association Inc., mai 2009, question 8.

11.9. FORMULAIRE T1134¹⁰¹

Selon l'alinéa 233.4(2)a) L.I.R., c'est la société canadienne qui est l'actionnaire le plus direct de la société non résidente qui doit remplir le Formulaire T1134 dans un groupe lié.

Il peut y avoir duplication quant au report d'informations lorsque plus d'une société du groupe détient une participation directe de 1 % dans une société étrangère.

Est-ce que l'ARC pourrait réviser le Formulaire T1134 pour avoir un formulaire « consolidé » ou simplifier la production de rapports lorsque des groupes sont impliqués?

L'ARC analyse présentement la situation pour modifier le Formulaire T1134; elle suggère de communiquer avec le bureau de district lorsqu'une situation de duplication de production de Formulaire T1134 pourrait se produire pour réduire la conformité.

11.10. IMPÔT DE LA PARTIE I.3 L.I.R. ET PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS¹⁰²

La situation est la suivante : Canco a acquis des actifs et la transaction s'est faite à la JVM. Les parties n'ont pas fait le choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. La transaction a été comptabilisée à la valeur comptable. Un montant représentant la valeur nette des actifs a été présenté au débit et en contrepartie un montant est présenté au crédit du compte capital-actions.

Aux fins fiscales, le capital versé est différent du capital versé comptable.

L'ARC conclut que le sous-alinéa 181(3)b)(i) L.I.R. s'applique et que le capital doit être présenté selon les PCGR et non selon une autre méthode.

¹⁰¹ *Id.*, interprétation technique 2009-0316721C6, 1^{er} mai 2009.

¹⁰² *Id.*, interprétation technique 2008-0305241I7, 19 janvier 2009.

11.11. NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE¹⁰³

L'ARC prévoit publier un bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* avant la fin de l'année 2009 relativement à l'application des normes internationales d'information financière (ci-après « IFRS » pour International Financial Reporting Standards) avec les exigences et les implications sur la détermination du revenu imposable.

À l'automne 2008, l'ARC a mis sur pied une équipe pour les IFRS ayant comme mandat de s'occuper des éléments suivants :

- Faire une analyse détaillée des différentes IFRS;
- Faire une analyse des IFRS en termes de présentation d'informations et sur les procédés de l'ARC;
- Faire une analyse des implications sur la TPS et la TVH;
- Impact sur le Formulaire T2 et l'IGRF;
- Impact sur acomptes provisionnels;
- Impact sur les réorganisations d'entreprises;
- Impact sur les transactions internationales;
- Impact sur les transactions internes;
- Impact sur les secteurs spécialisés comme les ressources, les banques et les assurances.

Le site de l'ARC aura même une section sur les IFRS.

¹⁰³ *Id.*, interprétation technique 2009-0316371C6, 1^{er} mai 2009.

12. RÉORGANISATION D'ENTREPRISE

12.1. APPLICATION DES PARAGRAPHES 84(1) ET 85.1(2.1) L.I.R.¹⁰⁴

L'ARC avait soulevé dans une interprétation technique en 1992¹⁰⁵ la question de l'interaction des paragraphes 84(1) et 85(2.1) L.I.R. Ainsi, lors d'un échange d'actions au sein de la même société, des actions sont émises en contrepartie d'un capital versé correspondant à leur JVM.

Auparavant, l'interaction des paragraphes 84(1) et 85(2.1) L.I.R. était la suivante. Le paragraphe 84(1) L.I.R. s'appliquait à un « moment donné » pour entraîner un dividende réputé tandis que le paragraphe 85(2.1) L.I.R. s'appliquait alors à « un moment postérieur à l'émission » pour réduire le capital versé.

La réduction du capital versé selon le paragraphe 85(2.1) L.I.R. n'avait pas d'effet sur le dividende réputé selon le paragraphe 84(1) L.I.R.

Heureusement, le paragraphe 85(2.1) L.I.R. a été modifié en 1994 pour s'appliquer au moment de l'émission des actions et après ce moment pour réduire le capital versé.

En comparaison, les paragraphes 51(3) et 86(2.1) L.I.R. s'appliquaient à un « moment donné qui coïncide avec le moment de l'échange ou y est postérieur », donc il n'y avait pas de problème d'interaction avec le paragraphe 84(1) L.I.R.

La difficulté existe toujours en 2009 avec le paragraphe 85.1(2.1) L.I.R. Ce paragraphe fait mention d'un rajustement à « un moment postérieur à l'émission ».

L'ARC avisera le ministère des Finances.

¹⁰⁴ *Id.*, interprétation technique 2008-0293401E5, 26 février 2009.

¹⁰⁵ *Id.*, interprétation technique 9214595, 23 septembre 1992.

12.2. BÉNÉFICE POUR L'ACTIONNAIRE – RÉDUCTION DU CAPITAL VERSÉ¹⁰⁶

Est-ce qu'il y a un bénéfice pour l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. dans une situation où il y a réduction du capital versé?

Est-ce que la distribution réduit le PBR des actions?

La décision anticipée est la suivante :

- Parentco est une société publique canadienne ayant des activités au Canada et à l'extérieur directement et indirectement avec des filiales et des sociétés affiliées.
- Subco est la filiale de Parentco, une société canadienne imposable incorporée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹⁰⁷.
- Parentco incorpore Foreignco, une société, dans une juridiction étrangère.
- Parentco et Subco forment DC, une coopérative selon la juridiction étrangère qui est une société selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'investissement de Parentco et Subco dans DC est considéré comme un investissement dans des actions selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*.
- Parentco et Subco ont contribué au capital de DC.
- Parentco a contribué toutes les actions de Foreignco comme capital dans DC. Le capital de DC a augmenté d'un montant égal à la JVM des actions de Foreignco.
- Parentco a choisi d'utiliser la monnaie fonctionnelle pour déclarer ses résultats au Canada.
- DC fera une distribution partielle de son capital à Parentco.

¹⁰⁶ *Id.*, interprétation technique 2008-0297811R3, 4 février 2009.

¹⁰⁷ L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.

- La réorganisation est effectuée pour permettre à Parentco de transférer des ressources.

Selon l'ARC, le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'appliquera pas lors de la distribution de DC à Parentco.

Le PBR des actions de DC détenues par Parentco sera réduit d'un montant calculé selon l'article 261 « monnaie fonctionnelle » L.I.R. aux fins du sous-alinéa 53(2)b)(ii) L.I.R.

13. COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL

13.1. CALCUL DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL¹⁰⁸

La situation est la suivante : Sociétés A et B ont été constituées en vertu de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies*¹⁰⁹ du Québec.

Sociétés A et Société B sont des sociétés canadiennes imposables¹¹⁰ et des sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »)¹¹¹.

Société B a toujours détenu 100 % du capital-actions de Société A.

Société A n'a pas d'impôt en main remboursable au titre de dividendes¹¹².

Le solde du compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG ») à la fin de l'année d'imposition de Société A est de 3,5 M\$.

À la fin de cette année d'imposition donnée, Société A verse à Société B deux dividendes imposables : un premier de 3,5 M\$ que Société A désigne à titre de dividende déterminé et un deuxième de 1,5 M\$.

¹⁰⁸ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0271401E5, 23 décembre 2008.

¹⁰⁹ L.R.Q., c. C-38.

¹¹⁰ Par. 89(1) L.I.R.

¹¹¹ Par. 125(7) L.I.R.

¹¹² Par. 129(3) L.I.R.

Société B a droit à une déduction, en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R., à l'égard de ces deux dividendes imposables reçus de Société A.

Les deux dividendes reçus par Société B de Société A sont visés par l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.

Le revenu protégé en main attribuable aux actions de Société A détenues par Société B, avant le moment de détermination du revenu protégé, est de 3 M\$.

Société B a désigné des montants de 3 M\$ et de 500 000 \$, en vertu de l'alinéa 55(5)f) L.I.R., comme des dividendes imposables distincts à l'égard du dividende imposable de 3,5 M\$.

En raison de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R., Société B doit déclarer dans sa déclaration de revenus un dividende imposable de 3 M\$ et un gain en capital de 2 M\$.

En effet, le gain en capital de 2 M\$ résulte du fait que 500 000 \$ du premier dividende imposable de 3,5 M\$ reçu ainsi que le dividende imposable de 1,5 M\$ qu'elle a reçu sont réputés ne pas être des dividendes reçus par Société B, en vertu de l'alinéa 55(2)a) L.I.R., mais sont réputés être un gain en capital.

Question

Est-ce que la société B pourrait inclure dans son CRTG le montant total du dividende déterminé de 3,5 M\$ reçu de la société A malgré le fait qu'une partie du dividende soit réputée être un gain en capital en raison de l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.?

Commentaires

Il faut se référer à la formule pour le calcul du CRTG, soit :

A - B

où :

A représente la somme positive ou négative obtenue par la formule ci-après avant la prise en compte des conséquences fiscales futures déterminées pour l'année donnée :

$$C + 0,68 (D - E - F) + G + H - I$$

G le total des sommes représentant chacune :

- a) un dividende déterminé reçu par la société au cours de l'année donnée,
ou
- b) un montant déductible en vertu de l'article 113 L.I.R.

Selon l'ARC, lorsque l'alinéa 55(2)a L.I.R. s'applique à un dividende imposable, le dividende ne peut être inclus dans le calcul du CRTG de la société. Cependant, l'ARC accepte que la partie du dividende provenant du revenu protégé en main puisse être incluse dans le CRTG de la société bénéficiaire du dividende si une désignation en vertu de l'alinéa 55(5)f L.I.R. a été effectuée.

C'est la réponse donnée lors de la table ronde de l'ARC dans le cadre de la 9^e conférence nationale de la Society of Trust and Estate Practitioners¹¹³.

13.2. DIVIDENDES À MÊME LE COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL – DOCUMENTATION¹¹⁴

Est-ce que l'ARC pourrait prolonger sa politique administrative relativement à la documentation pour un dividende à même le CRTG pour les SPCC comme il l'a fait pour les sociétés publiques.

L'ARC ne veut pas modifier le paragraphe 89(14) L.I.R. pour lequel un choix tardif n'est pas possible. L'ARC considère que les exigences administratives sont plus lourdes pour les sociétés publiques qui doivent produire des documents pour leurs multiples actionnaires. Dans ce contexte, il n'est pas prévu de réduire les exigences documentaires pour les SPCC.

¹¹³ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2007-0233771C6, 8 juin 2007; « Practitioner/CRA Round table », dans *2007 STEP Canada National Conference, Society of Trust and Estate Practitioners*, 8 juin 2007, question 13.

¹¹⁴ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0300381C6, Tax Executive Institute/CRA Liaison Meeting, 9 décembre 2008.

13.3. CALCUL DU COMPTE DE REVENU À TAUX GÉNÉRAL¹¹⁵

L'ARC est appelée à commenter le calcul du CRTG.

La situation est la suivante :

- Mèreco et Filialco ont été constituées le 1^{er} janvier 2000. Mèreco détient toutes les actions de Filialco.
- Mèreco et Filialco sont des sociétés canadiennes imposables et des SPCC.
- Durant les années 2001 à 2005, Filialco a un revenu imposable annuel au taux complet de 160 000 \$.
- Filialco a versé un dividende annuel de 110 000 \$ à Mèreco durant les années 2001 à 2005.
- Mèreco n'a reçu aucun autre revenu et n'a versé aucun dividende durant les années 2001 à 2005.

L'ARC a confirmé que le CRTG de Mèreco en 2006 était de 504 000 \$ et celui de Filialco, 0 \$.

14. AUTRES ÉLÉMENTS

14.1. TRANSACTIONS SUR MARCHANDISES – REVENU D'ENTREPRISE OU GAIN EN CAPITAL¹¹⁶

Une société investit tous ses actifs pour acquérir des marchandises sans l'intention de les revendre à court terme et c'est la seule entreprise de la société.

Est-ce que les transactions peuvent être de nature capital comme le prévoit le *Bulletin d'interprétation* IT-346R¹¹⁷?

¹¹⁵ *Id.*, interprétation technique 2008-0264691E5, 8 décembre 2008.

¹¹⁶ *Id.*, interprétation technique 2008-0292461E5, 28 janvier 2009.

¹¹⁷ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-346R, « Opérations à terme sur marchandises et opérations sur certaines marchandises », 20 novembre 1978, par. 7.

Selon l'ARC, puisque c'est la seule activité de la société, le paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation* IT-346R s'applique et les revenus sont des revenus d'entreprise ou des revenus provenant d'une affaire de caractère commercial.

14.2. CHÈQUES-CADEAUX – MOMENT POUR RECONNAÎTRE LE REVENU¹¹⁸

À quel moment reconnaître le revenu lors de la disposition d'un chèque-cadeau?

En vertu du sous-alinéa 12(1)a)(i) L.I.R., le revenu doit être reconnu lors de la vente du chèque-cadeau.

Est-ce possible de réclamer une réserve?

Selon l'ARC, il est possible de réclamer une réserve selon le sous-alinéa 20(1)m)(i) L.I.R. Le contribuable doit estimer une réserve basée sur l'expérience passée. Il n'est pas possible de réclamer une réserve lorsqu'un chèque-cadeau est expiré en fin d'année.

14.3. REVENU ÉTRANGER ACCUMULÉ TIRÉ DE BIENS ET COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL¹¹⁹

Est-ce que le revenu étranger accumulé tiré de biens (FAPI pour Foreign Accrual Property Income) qui provient d'un gain en capital réalisé par une société étrangère affiliée (ci-après « SÉA ») peut s'ajouter au CDC de la société mère?

Selon l'ARC, le calcul du CDC de la société mère selon le paragraphe 89(1) L.I.R. n'inclut pas le gain en capital réalisé par une SÉA.

¹¹⁸ *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-030081117, 23 janvier 2009.

¹¹⁹ *Id.*, interprétation technique 2007-0228301E5, 24 novembre 2008.

14.4. DROITS OU BIENS – DIVIDENDE PAYÉ AVEC UN CHÈQUE POSTDATÉ¹²⁰

Est-ce qu'un chèque émis pour payer un dividende est un droit ou bien lorsque l'actionnaire décède la journée où le chèque est émis et qu'il n'a pas encaissé le chèque?

Il serait possible de produire une déclaration de revenus distincte pour droits ou biens.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-212R3¹²¹ confirme qu'un dividende déclaré et impayé à la date de décès est un droit ou bien; toutefois, selon l'ARC, un droit ou bien ne comprend pas un dividende payé avec un chèque négociable à la date de décès¹²².

14.5. TRANSFERT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE À UNE SOCIÉTÉ¹²³

Un particulier est titulaire d'une police d'assurance vie dont les caractéristiques sont les suivantes :

- Coût de base rajusté 45 000 \$
- Valeur de rachat 140 000 \$
- JVM 450 000 \$

Le particulier possède la totalité des actions d'une société. Il désire transférer la police d'assurance vie à la société en contrepartie d'un billet de 140 000 \$ et d'un second billet de 310 000 \$.

Le particulier et la société sont liés en vertu de l'alinéa 251(1)a) L.I.R. Le paragraphe 148(7) L.I.R. s'applique au transfert de la police d'assurance vie.

¹²⁰ Par. 70(2) L.I.R.

¹²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-212R3, « Revenu de personnes décédées - Droits ou biens », 21 mars 1990, par. 12.

¹²² *Tax Window Files, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2008-0300791E5, 20 mars 2009.

¹²³ *Id.*, interprétation technique 2008-0303971E5, 27 mai 2009.

Le particulier est réputé disposer de la police pour un produit de disposition correspondant à la valeur de rachat et la société est réputée acquérir la police d'assurance vie à sa valeur de rachat.

Le particulier devrait inclure dans son revenu la différence entre le montant qu'il a le droit de recevoir sur le montant du coût de base rajusté, soit 95 000 \$¹²⁴.

L'ARC n'a pas fait de commentaires sur l'application du paragraphe 15(1) L.I.R. parce que les informations n'étaient pas suffisantes.

¹²⁴ Par. 148(1.1) L.I.R.

LE TRAITEMENT FISCAL DES INSTRUMENTS FINANCIERS DÉRIVÉS

Benoît Millette
CA, M. Fisc.
Ernst & Young
s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	26:3
1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE DÉRIVÉS.....	26:4
1.1. SWAPS	26:4
1.2. OPTIONS	26:5
1.2.1. Options d'achat	26:6
1.2.2. Options de vente.....	26:6
1.3. CONTRATS À TERME	26:6
1.4. DÉRIVÉS INCORPORÉS.....	26:7
2. MODIFICATIONS RÉCENTES AUX NORMES COMPTABLES	26:8
3. UTILISATION DES DÉRIVÉS.....	26:13
3.1. OPÉRATIONS DE COUVERTURE.....	26:15
3.2. OPÉRATIONS SPÉCULATIVES	26:22

4.	IMPOSITION DES OPÉRATIONS DE COUVERTURE	26:23
4.1.	NATURE : À TITRE DE REVENU OU À TITRE DE CAPITAL.....	26:23
4.2.	MOMENT DE L'INCLUSION	26:28
4.2.1.	À titre de revenu.....	26:29
4.2.2.	À titre de capital.....	26:41
5.	IMPOSITION DES OPÉRATIONS SPÉCULATIVES	26:42
5.1.	NATURE : À TITRE DE REVENU OU À TITRE DE CAPITAL.....	26:42
5.2.	MOMENT DE L'INCLUSION	26:47
6.	DÉRIVÉS INCORPORÉS	26:48
	CONCLUSION	26:49

INTRODUCTION*

L'ouverture des marchés mondiaux, les structures de financement internationales complexes et la volatilité des prix de certaines matières premières et de l'énergie sont des facteurs qui sont venus complexifier la gestion des risques inhérents (trésorerie et autres) de nos entreprises d'aujourd'hui. En effet, il est fréquent maintenant qu'une société soit exposée à des risques de change et de taux d'intérêt (taux variable comparativement à taux fixe) et à la fluctuation des coûts des matières premières et de l'énergie. Ces risques créent de l'incertitude relativement à la rentabilité des entreprises. Par conséquent, afin de mieux gérer ces risques, de plus en plus d'entreprises ont recours à des instruments financiers dérivés (ci-après « dérivés ») afin de neutraliser totalement ou partiellement certains de ces risques. De plus, dans certaines situations, les dérivés sont utilisés à des fins spéculatives.

La *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ ne prévoit pas de dispositions particulières régissant l'imposition des dérivés, à l'exception de certaines dispositions isolées comme celles sur les options (art. 49 L.I.R.). Malgré le fait que les dérivés existent depuis longtemps, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») ne semble pas avoir de lignes directrices claires relativement à l'imposition des dérivés. Nos tribunaux ont eu à maintes reprises l'occasion d'analyser les conséquences fiscales attribuables aux différents dérivés sans pour autant avoir établi de principes d'imposition clairs. Néanmoins, certains principes généraux ont été établis et seront discutés plus en détail dans les pages qui suivent.

Il est important de mentionner que les récentes modifications apportées aux normes comptables relatives à la comptabilisation des instruments financiers (ce qui inclut les dérivés) sont venues mettre en avant-plan le traitement fiscal des dérivés. En effet, en vertu de ces nouvelles normes comptables, certaines sociétés doivent maintenant comptabiliser la plupart de leurs dérivés à leur juste valeur dans les états financiers. Par conséquent, il devient nécessaire de déterminer si les plus-values ou les moins-values

* L'auteur tient à remercier M^{me} Lucie Héту, CA, ainsi que M^e Sébastien Gagnon, avocat, d'Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l. de leur précieuse collaboration à la rédaction du présent texte. L'auteur demeure toutefois responsable de toute erreur ou imprécision qui se serait glissée dans le présent texte.

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

enregistrées à la fin de chaque année d'imposition doivent être considérées dans le calcul du revenu imposable de la société.

Le présent texte décrit sommairement le rôle et les différents types de dérivés ainsi que les incidences des récentes modifications apportées aux normes comptables relativement à la comptabilisation des instruments financiers sur le calcul du revenu aux fins des états financiers. De plus, le présent texte fait une revue des différents principes d'imposition applicables aux dérivés pour un contribuable qui n'est pas une « institution financière » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE DÉRIVÉS

Comme il a été mentionné précédemment, les dérivés sont généralement utilisés afin de gérer différents types de risques comme les risques relatifs à la trésorerie (risque de taux change, risque de taux d'intérêt, risque lié à la fréquence ou à l'échéance (*timing*) des paiements d'intérêt, etc.), les risques relatifs à la volatilité des prix des matières premières et de l'énergie ainsi que les risques liés au climat. Il est important de rappeler que dans certaines circonstances, les dérivés peuvent être utilisés à des fins spéculatives.

L'analyse détaillée des différents types de dérivés dépasse le cadre du présent texte. Cependant, vous trouverez ci-après une brève description des principaux dérivés utilisés soit : les *swaps*, les options d'achat et de vente (*call option* et *put option*) ainsi que les contrats à terme de gré à gré (*forward contract*) ou les contrats à terme standardisés (*futures contract*). De plus, le concept de dérivé incorporé, qui a été introduit dans le cadre de l'adoption des nouvelles normes comptables sur la comptabilisation des instruments financiers, sera également discuté.

1.1. SWAPS

Un *swap* est un contrat établi de gré à gré entre les parties; il est donc adapté aux besoins propres des parties au contrat.

Le *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière* définit un *swap* comme : « Opération par laquelle deux parties conviennent d'échanger des flux financiers selon les modalités prédéterminées prévoyant notamment

un notionnel, un indice de référence, un échéancier de versement et une durée². »

Les flux monétaires versés ou reçus en vertu d'un *swap* sont généralement calculés en utilisant un montant hypothétique (communément appelé « montant notionnel ») sur lequel est appliqué un indice de référence.

De la même manière, le *Black's Law Dictionary* définit un *swap* comme : « A financial transaction between two parties, usually involving an intermediary or dealer, in which payments or rates are exchanged over a specific period and according to specific conditions³. »

Les contrats de *swap* sont souvent utilisés dans la gestion de la trésorerie. Par exemple, les contrats de *swap* de taux d'intérêt permettent à une société de convertir, indirectement, un prêt à taux d'intérêt variable en un prêt à taux d'intérêt fixe. En effet, afin d'obtenir ce résultat, la société pourrait conclure un contrat de *swap* avec une institution financière de sorte qu'en vertu de celui-ci, la société recevrait un montant de l'institution financière correspondant à sa charge d'intérêt sur son prêt et, en contrepartie, la société paierait un montant correspondant à la charge d'intérêt qui aurait été payée sur son prêt si le taux d'intérêt avait été fixe. Par conséquent, lorsqu'on considère la charge d'intérêt payée sur le prêt et les flux monétaires relatifs au contrat de *swap*, il en résulte que le contribuable paierait, au net, un taux d'intérêt fixe sur son prêt. Les *swaps* sont également utilisés afin de modifier, encore une fois de façon indirecte, la fréquence des paiements sur un prêt en particulier (paiements semestriels au lieu de paiements mensuels).

1.2. OPTIONS

Les options peuvent être soit des options d'achat (*call option*) ou des options de vente (*put option*).

² Louis MÉNARD, *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*, 2^e éd., Toronto, ICCA, 2004 (ci-après « *Dictionnaire de la comptabilité* »).

³ Brian A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St-Paul, Minn., Thomson West, 2004 (ci-après « *Black's Law* »).

1.2.1. Options d'achat

Le *Dictionnaire de la comptabilité* définit une option d'achat comme :

« Option conférant à une personne (l'acheteur de l'option) le droit, mais non l'obligation, d'acheter à une autre personne (le vendeur de l'option) une quantité [...] d'un certain sous-jacent à un prix stipulé d'avance (le prix d'exercice) et à une date déterminée (option européenne) ou à tout moment avant l'échéance fixée (option américaine) moyennant le versement par l'acheteur au vendeur du prix de l'option. »

Le *Black's Law* définit une option d'achat comme suit : « An option to buy something (especially securities) at a fixed price even if the market rises; the right to require another to sell. »

1.2.2. Options de vente

Le *Dictionnaire de la comptabilité* définit une option de vente comme :

« Option conférant à une personne (l'acheteur de l'option) le droit, mais non l'obligation, de vendre à une autre personne (le vendeur de l'option) une quantité [...] d'un certain sous-jacent à un prix stipulé d'avance (le prix d'exercice), à une date déterminée (option européenne) ou à tout moment avant l'échéance fixée (option américaine), moyennant le versement par l'acheteur au vendeur du prix de l'option, appelé prime. »

Le *Black's Law* définit une option de vente comme étant : « An option to sell something (especially securities) at a fixed price even if the market declines; the right to require another to buy. »

1.3. CONTRATS À TERME

Selon le *Dictionnaire de la comptabilité*, les contrats à terme sont des contrats consistant à acheter ou à vendre un montant donné ou une quantité déterminée d'un sous-jacent à un prix convenu et à une date ultérieure fixée d'avance par les parties au contrat. Le contrat à terme peut être standardisé et négocié sur un marché organisé (*futures contract*) ou négocié de gré à gré et conçu sur mesure pour répondre aux besoins particuliers des parties au contrat (*forward contract*).

Le *Black's Law*, quant à lui, définit les contrats à terme de gré à gré comme : « An agreement to buy or sell a particular nonstandardized asset (usually currencies) at a fixed price on a future date. Unlike a futures contract, a forward contract is not traded on a formal exchange. »

Et les contrats à terme standardisés comme :

« An agreement to buy or sell a standardized asset (such as commodities, stock or foreign currency) at a fixed price at a future time, usually a particular time of a month. Futures contracts are traded on exchange such as the Chicago board of trade or Chicago Mercantile Exchange. »

Les contrats à terme sont généralement utilisés par les sociétés afin de se prémunir de la variation des taux de change ainsi que de la volatilité des prix de certaines matières premières et de l'énergie. En effet, par exemple, une société dans le domaine du transport dont le carburant est une composante importante de ses coûts pourrait acquérir des contrats à terme sur le carburant afin de réduire son exposition à la fluctuation des prix du carburant et ainsi mieux gérer ses coûts d'exploitation. Les contrats à terme peuvent également être utilisés afin de stabiliser les revenus d'une société. En effet, une société qui extrait des métaux précieux (l'or, par exemple) pourrait avoir recours aux contrats à terme afin de vendre sa production à un prix déterminé d'avance.

1.4. DÉRIVÉS INCORPORÉS

La notion de dérivés incorporés a été introduite par l'adoption du chapitre 3855 du *Manuel de l'Institut canadien des comptables agréés*, intitulé « Instruments financiers – Comptabilisation et évaluation »⁴. Selon celui-ci, « un dérivé incorporé est une composante d'un instrument hybride qui comprend un contrat hôte non dérivé, ce qui a pour effet de faire varier une partie des flux de trésorerie de l'instrument hybride d'une manière analogue à celle d'un dérivé autonome »⁵. Un dérivé qui est attaché à un instrument financier, mais qui est contractuellement transférable indépendamment du contrat hôte n'est pas un dérivé incorporé. Par conséquent, un dérivé incorporé est une composante intégrante du contrat hôte, même si ce dernier est généralement présenté séparément du contrat hôte aux fins des états financiers; il ne peut pas être disposé distinctement du contrat hôte.

⁴ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chap. 3855 (ci-après « *Manuel de l'ICCA* »).

⁵ *Id.*

2. MODIFICATIONS RÉCENTES AUX NORMES COMPTABLES

Une revue détaillée de l'application des nouvelles normes comptables relativement aux instruments financiers et aux opérations de couverture dépasse le cadre du présent texte. Par conséquent, les commentaires suivants sont d'ordre général. Ils ne visent pas toutes les situations possibles et n'abordent pas les règles qui pourraient s'appliquer dans certaines situations précises. Les commentaires relatifs aux modifications récentes aux normes comptables sont fournis uniquement afin de permettre aux lecteurs de mieux comprendre l'analyse relative à l'imposition des dérivés, telle qu'elle est discutée ci-après.

En avril 2005, l'Institut canadien des comptables agréés a publié de nouvelles normes relativement à la comptabilisation des instruments financiers et aux opérations de couverture. Ces normes sont applicables pour les « entités ayant une obligation publique de rendre des comptes »⁶ pour leurs états financiers annuels et intermédiaires des exercices ouverts à compter du 1^{er} octobre 2006. En ce qui concerne les autres entités, elles ne sont pas tenues d'appliquer ces nouvelles normes.

Les nouvelles normes comprennent, entre autres, les trois nouveaux chapitres du *Manuel de l'ICCA* suivants :

- le chapitre 3855;
- le chapitre 3865, intitulé « Couvertures »; et
- le chapitre 1530, intitulé « Résultat étendu ».

Sommairement, en vertu de ces nouvelles normes, les entités doivent maintenant présenter certains de leurs instruments financiers à leur juste valeur dans leurs états financiers. La définition d'« instrument financier » que nous retrouvons au paragraphe 3855.19 du *Manuel de l'ICCA* est suffisamment large afin d'inclure tous les dérivés (qu'ils soient autonomes ou incorporés dans un contrat hôte). En effet, selon cette définition :

« Un instrument financier désigne tout contrat qui donne lieu à un actif financier pour une partie [soit de la trésorerie, soit un droit contractuel de recevoir d'une

⁶ Les entités ayant une obligation publique de rendre des comptes comprennent, entre autres, les sociétés ouvertes, les institutions financières réglementées, les entreprises à tarifs réglementés et les coopératives.

autre partie de la trésorerie ou un autre actif financier, soit un droit contractuel d'échanger des instruments financiers avec une autre partie dans des conditions potentiellement favorables pour l'entité, ou soit un instrument de capitaux propres d'une autre entité] et à un passif financier [une obligation contractuelle de remettre à une autre partie de la trésorerie ou un autre actif financier et une obligation contractuelle d'échanger des instruments financiers avec une autre partie dans des conditions potentiellement défavorables pour l'entité] ou à un instrument de capitaux propres pour une autre entité⁷. »

De plus, le paragraphe 3855.19 du *Manuel de l'ICCA* définit un dérivé comme suit :

- « e) Un **dérivé** est un instrument financier ou un autre contrat entrant dans le champ d'application du présent chapitre (voir les paragraphes 3855.14 à .17) et qui réunit les trois caractéristiques suivantes :
- i) sa valeur fluctue en fonction de l'évolution d'un taux d'intérêt, du prix d'un instrument financier, du prix d'une marchandise, d'un cours de change, d'un indice de prix ou de cours, d'une notation ou d'un indice de crédit, ou d'une autre variable spécifiée (qu'on appelle parfois le "sous-jacent"), à la condition, s'il s'agit d'une variable non financière, que la variable ne soit pas propre à l'une des parties au contrat;
 - ii) il ne requiert aucun placement net initial ou encore requiert un placement net initial inférieur à celui qui serait nécessaire pour d'autres types de contrats dont on pourrait attendre des réactions similaires aux évolutions des facteurs de marché;
 - iii) il sera réglé à une date future⁸. »

Les paragraphes 3855.14 à 3855.17 du *Manuel de l'ICCA* excluent certains dérivés de l'application du chapitre 3855. En effet, cela est le cas pour les contrats conclus et maintenus en vue de la réception ou de la livraison d'un élément non financier conformément aux besoins prévus de l'entité en matière d'achat, de vente ou de consommation intermédiaire, sauf si le prix est fondé sur une variable qui n'est pas étroitement liée à l'élément acheté, vendu ou consommé. Par conséquent, cette exception est plus propice pour les contrats à terme. De façon générale, la plupart des contrats à terme conclus par une société ne se dénouent pas par la livraison physique d'actif. En effet, de façon générale, ces contrats comportent des clauses de règlement au comptant pour la différence entre le prix du marché et le prix

⁷ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *op. cit.*, note 4, par. 3855.19.

⁸ *Id.*

stipulé au contrat. Par conséquent, l'exception prévue aux paragraphes 3855.14 à 3855.17 du *Manuel de l'ICCA* ne devrait s'appliquer que dans de rares situations.

Maintenant, la plupart des dérivés doivent être comptabilisés à leur juste valeur au bilan. Il n'est plus permis de traiter ces dérivés hors bilan.

De plus, les nouvelles normes exigent qu'un dérivé incorporé (aussi appelé dérivé intégré) soit séparé du contrat hôte non dérivé. Un dérivé incorporé prend la forme d'une disposition contractuelle d'un contrat conventionnel qui a pour effet de modifier des éléments clés de ce contrat en fonction de l'évolution d'un taux, d'un prix, d'un indice ou d'une autre variable sous-jacente. Étant donné que la règle générale est d'évaluer les dérivés à leur juste valeur et de comptabiliser les fluctuations de valeurs (gains ou pertes) aux résultats nets lorsqu'ils surviennent, certaines entités pourraient être obligées de comptabiliser les dérivés incorporés séparément du contrat hôte. Un dérivé incorporé pourrait être, par exemple, un droit de conversion ou un prêt dont les versements d'intérêt ou de capital sont liés aux variations du prix d'une marchandise, d'un titre de capitaux propres ou d'une monnaie étrangère autre que celle dans laquelle le titre de créance est libellé.

Selon les nouvelles normes, tous les instruments financiers doivent être classés dans l'une ou l'autre des catégories présentées ci-après. C'est ce classement qui détermine la manière dont chaque instrument financier est évalué et le traitement comptable des gains et des pertes attribuables à ces instruments financiers.

- **Actifs financiers ou passifs financiers détenus à des fins de transaction** – De façon sommaire, cette catégorie regroupe tous les instruments financiers (actifs ou passifs) acquis ou pris en charge principalement en vue de leur revente ou de leur rachat à court terme, la plupart des dérivés ainsi que les instruments financiers qui n'entreraient pas autrement dans cette catégorie et que la société a désignés comme étant détenus à des fins de transaction. Les actifs et les passifs entrant dans cette catégorie sont évalués à leur juste valeur à la fin de chaque exercice financier. Toute fluctuation de la juste valeur est comptabilisée au niveau des résultats nets.
- **Placements détenus jusqu'à leur échéance** – Cette catégorie regroupe les actifs financiers non dérivés, assortis de paiements déterminés ou déterminables et d'une échéance fixe, que l'entité a l'intention bien arrêtée et la capacité de conserver jusqu'à leur échéance (sous réserve de

certaines exceptions). Les actifs inclus dans cette catégorie sont comptabilisés à leur coût amorti.

- **Prêts et créances** – Cette catégorie regroupe les actifs financiers non dérivés à paiements fixes ou déterminables qui ne sont pas cotés sur un marché actif (sous réserve de certaines exceptions). Les actifs inclus dans cette catégorie sont comptabilisés à leur coût amorti.
- **Actifs financiers disponibles à la vente** – Cette catégorie englobe tous les actifs financiers non dérivés qui n'ont pas été classés dans l'une ou l'autre des précédentes catégories. Les actifs financiers inclus dans cette catégorie doivent être évalués à leur juste valeur à la fin de chacun des exercices financiers, et toute fluctuation de valeur est comptabilisée dans les « autres éléments du résultat étendu » et virée aux résultats nets lorsque le gain ou la perte est réalisé (disposition de l'actif) ou bien lorsque l'actif subit une baisse de valeur durable.
- **Autres passifs financiers** – Les passifs financiers qui ne sont pas classés comme étant détenus à des fins de transaction continuent d'être évalués au coût après amortissement.

Comme il a été mentionné ci-dessus, les dérivés sont généralement classés par défaut dans la catégorie « Actifs financiers ou passifs financiers détenus à des fins de transaction ». Par conséquent, toute fluctuation de la juste valeur des dérivés est enregistrée à l'état des résultats nets de l'exercice au cours duquel la fluctuation est survenue. En vertu du chapitre 3865 du *Manuel de l'ICCA*, une entité peut recourir dans certaines situations à la comptabilité de couverture pour exclure la fluctuation de la juste valeur de certains dérivés des résultats nets. En effet, les fluctuations de la juste valeur des dérivés utilisés afin de fournir une couverture de flux de trésorerie sont comptabilisées dans la catégorie « Autres éléments du résultat étendu » pour la portion qui est considérée comme constituant une couverture efficace, au lieu d'être comptabilisées aux résultats nets. En ce qui concerne la partie d'un gain ou d'une perte attribuable à la portion d'une opération de couverture considérée comme étant inefficace, celle-ci doit être comptabilisée aux résultats nets.

En ce qui concerne les dérivés incorporés, toute fluctuation de la juste valeur doit être comptabilisée aux résultats nets dans l'exercice au cours duquel survient la fluctuation.

Comme il peut être constaté, les récentes modifications apportées aux normes comptables peuvent modifier de façon substantielle, dans certaines

situations, le revenu présenté aux états financiers des sociétés. Suivant le choix d'utiliser ou non la comptabilité de couverture, le revenu de la société présenté en résultat net pourrait différer. De plus, dans certaines situations, lorsque la comptabilité de couverture est utilisée, il est possible qu'une partie du gain ou de la perte attribuable à la fluctuation de la juste valeur d'un dérivé soit comptabilisée en partie aux résultats nets (partie considérée comme inefficace) et en partie dans la catégorie « Autres éléments du résultat étendu » (partie considérée comme efficace).

En prenant en considération les modifications apportées aux normes comptables au cours des dernières années, et plus particulièrement l'incidence que celles-ci ont eue sur la comptabilisation des dérivés, il convient d'analyser leurs effets sur le calcul du revenu imposable. Dans l'éventualité où une société décide de suivre les règles comptables aux fins du calcul de son revenu aux fins de l'impôt, cela permettrait aux contribuables d'influencer dans une certaine mesure, par ces choix à l'égard de l'application des normes comptables, leur revenu aux fins de l'impôt. Par exemple, un contribuable pourrait utiliser la comptabilité de couverture pour les dérivés sur lesquels il y a des plus-values importantes et ne pas l'utiliser pour les dérivés sur lesquels il y a des moins-values. De plus, dans la situation où le contribuable utilise la comptabilité de couverture, ce dernier pourrait se retrouver dans une situation où une portion de la plus-value d'un dérivé est incluse immédiatement dans le calcul du revenu aux fins de l'impôt (la partie considérée comme inefficace) et où une portion du gain ne sera incluse dans le calcul du revenu aux fins de l'impôt que lorsqu'elle sera réalisée (la partie considérée comme efficace).

L'ARC a confirmé dans une interprétation technique que l'interprétation de la notion de profit aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas modifiée par l'introduction de nouvelles normes comptables, dont particulièrement les chapitres 3855 et 3865 du *Manuel de l'ICCA*. L'ARC mentionne que :

« To the extent that well-accepted business principles may influence the calculation of income, they will do so only on a case-by-case basis, depending on the facts of the taxpayer's financial situation, and only for the purpose of achieving an accurate picture of profit. Accordingly, we confirm that our interpretation of the Act is not altered by the new accounting standards except that we will take into consideration how the taxpayer reports under the new

accounting standards, as part of our review of the taxpayer's determination of profit under GAAP⁹. »

De plus, dans le numéro 38 du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*¹⁰, l'ARC a ajouté, sans donner de directives précises, que la comptabilité de couverture prévue dans le chapitre 3865 du *Manuel de l'ICCA* sera un élément pertinent à prendre en considération dans la détermination du profit aux fins de l'impôt sur le revenu, mais que l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'était pas modifiée par les nouvelles normes comptables :

« L'ARC prendra en compte en tant qu'élément de son examen la façon dont le contribuable a présenté les nouvelles normes de comptabilité lors de la détermination de son bénéfice selon les PCGR. Ainsi, les nouvelles normes de comptabilité, incluant les directives sur la comptabilité de couverture au chapitre 3865 du *Manuel de l'ICCA*, ne feraient pas en sorte que l'ARC modifie l'interprétation et l'application de la Loi à l'effet qu'un instrument financier peut constituer une couverture pour fins fiscales¹¹. »

Après ce résumé des positions publiées par les autorités fiscales relativement aux nouvelles normes comptables, il ressort que le choix par le contribuable d'utiliser une méthode comptable en particulier ne devrait pas influencer la détermination du revenu aux fins fiscales.

3. UTILISATION DES DÉRIVÉS

Les dérivés sont des instruments financiers parfois complexes qui peuvent donner lieu à divers types de droits et d'obligations. Les dérivés peuvent avoir différents dénouements. Ils peuvent mener à la livraison physique de l'actif sous-jacent, au règlement en espèces ou à la conclusion d'un contrat symétrique. Le dérivé est un instrument financier autonome qui ne modifie pas la nature de l'élément auquel il se rattache. Par exemple, un contrat de *swap* de taux d'intérêt permettant à une société de convertir son prêt à taux variable en un prêt à taux fixe ne vient pas changer les clauses du prêt. C'est la combinaison du prêt et du contrat de *swap* qui donne le résultat escompté.

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0178661E5, « New Accounting Standards for Financial Instruments », 9 mars 2007.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 38, 22 septembre 2008.

¹¹ *Id.*, section « Critères pour déterminer l'efficacité de la couverture pour fins fiscales ».

On peut prendre l'exemple d'un contrat à terme sur le sucre afin d'illustrer les effets des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires découlant d'un dérivé. Dans le cadre de son processus de fabrication, la société utilise une grande quantité de sucre. La société a conclu une entente avec son fournisseur afin que celui-ci l'approvisionne en sucre à un prix correspondant au prix du marché. Afin de se prémunir contre les fluctuations du prix du sucre sur le marché, le contribuable a conclu un contrat à terme avec une institution financière d'une durée de deux ans en vertu duquel le contribuable s'engage à acheter 100 tonnes de sucre par année à un prix fixe de 1 000 \$ la tonne. De plus, ce contrat comporte une clause de règlement au comptant. Le tableau suivant résume les effets du dérivé :

Année 1		2	
Quantité de tonnes de sucre acquises du fournisseur		100	100
Prix moyen du marché durant l'année		1 250 \$/t	990 \$/t
Prix fixé selon le contrat à terme		1 000 \$/t	1 000 \$/t
Montant reçu (payé) en vertu du contrat au net	(a)	25 000 \$ ¹²	(1 000 \$) ¹³
Montant payé au fournisseur	(b)	(125 000 \$)	(99 000 \$)
Coût	(a) - (b)	(100 000 \$)	(100 000 \$)
Plus-values hypothétiques en fin d'année		10 000 \$ ¹⁴	0 \$

En plus des différents échanges de flux monétaires comme illustrés ci-dessus, il est probable que l'une des parties au contrat soit dans

¹² Prix du marché	1 250 \$/t	
Prix selon le contrat		<u>1 000 \$/t</u>
Montant net		250 \$/t
Quantité acquise		100 t
Montant reçu en vertu du contrat	<u>25 000 \$</u>	

¹³ Prix du marché	990 \$/t	
Prix selon le contrat		<u>1 000 \$/t</u>
Montant net		(10 \$/t)
Quantité acquise		100 t
Montant reçu en vertu du contrat	<u>(1 000 \$)</u>	

¹⁴ Selon que la société a utilisé ou non la comptabilité de couverture, ce montant serait présenté soit à l'état des résultats étendus, soit aux résultats nets.

l'obligation de faire un paiement final à l'autre partie dans la situation où les parties s'entendent pour mettre fin au contrat à terme.

Comme le démontre l'exemple précédent, les parties à un dérivé peuvent soit être tenues d'effectuer des paiements ou en droit de recevoir des montants en vertu du dérivé, soit réaliser un gain ou une perte lors du règlement du dérivé (conjointement ci-après « flux monétaires ») ou avoir une plus-value ou une moins-value accumulée à la fin d'une année.

Les dérivés existent déjà depuis un certain temps. Néanmoins, ce qui est nouveau, c'est que la plupart des dérivés qui sont détenus par des sociétés ayant une obligation publique de rendre des comptes doivent maintenant être présentés à leur juste valeur dans les états financiers. Dans le cadre de ce texte, nous allons revoir les principes d'imposition applicables aux dérivés comme établis par nos tribunaux ainsi que les différentes positions administratives établies au cours des années à l'égard de ceux-ci. Plus particulièrement, cette analyse est effectuée en regard aux plus-values et aux moins-values ainsi qu'aux flux monétaires attribuables aux dérivés.

Le traitement fiscal des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires relatifs à un dérivé dépend de plusieurs facteurs. Il est avant tout important de déterminer si le dérivé est utilisé dans le cadre : i) d'une opération de couverture; ou ii) d'une opération de nature spéculative. En effet, les dérivés peuvent généralement être utilisés afin soit de réduire certains risques inhérents à la gestion d'une entreprise (opération de couverture), soit de réaliser un profit en fonction des fluctuations du marché (opération spéculative).

3.1. OPÉRATIONS DE COUVERTURE

La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit la notion d'opération de couverture dans le cadre de la limitation de la déduction des intérêts sur les dettes en devise faible (arrangement communément appelé « prêts kiwi »). Le paragraphe 20.3(1) L.I.R. définit une « opération de couverture » comme suit :

« En ce qui concerne la dette d'un contribuable qui est une dette en devise faible à un moment quelconque, convention conclue par le contribuable et qui répond aux conditions suivantes :

- a) il est raisonnable de considérer que le contribuable l'a conclue principalement en vue de réduire le risque que présentent pour lui, en ce qui concerne les paiements de principal et d'intérêts sur la dette, les fluctuations de la valeur de la devise faible;

- b) le contribuable indique qu'il s'agit d'une opération de couverture relative à la dette dans un formulaire prescrit présenté au ministre au plus tard le trentième jour suivant le jour où il conclut la convention.» (Notre soulignement)

Cette définition a une portée limitée puisqu'elle s'applique seulement aux fins du paragraphe 20.3(1) L.I.R. et non à l'ensemble de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Néanmoins, il est intéressant de noter qu'elle a été rédigée de sorte que l'intention du contribuable de réduire un risque soit l'élément déterminant afin de conclure qu'un dérivé est utilisé à des fins de couverture. Compte tenu de la portée limitée de cette définition, il faut analyser les critères établis par la jurisprudence afin de déterminer si un dérivé est utilisé dans le cadre d'une opération de couverture ou d'une opération spéculative.

L'arrêt *Salada Foods Ltd. c. La Reine*¹⁵ est l'un des premiers arrêts abordant la notion de couverture dans un contexte d'utilisation de dérivés. Dans cette affaire, le contribuable prétendait craindre que la dévaluation de la livre sterling ait des conséquences négatives sur certains de ses placements dans des filiales au Royaume-Uni. Afin de protéger la valeur de ses placements dans ses filiales, le contribuable a acquis un contrat de vente à terme (*forward sale contract*) sur la livre sterling. Dans ses états financiers, la perte sur les placements dans les filiales a été compensée par le gain réalisé sur le contrat de vente à terme. Le contribuable prétendait que le gain de change sur le contrat de vente à terme était lié aux placements dans les filiales, donc de nature capital (non imposable à cette époque), alors que les autorités fiscales prétendaient qu'il s'agissait d'un revenu d'entreprise imposable. Le contribuable n'a pas été en mesure de convaincre la Cour que son intention véritable était de protéger la valeur de ses placements dans ses filiales. Par conséquent, la Cour a conclu que le contribuable était engagé dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial (ci-après « affaire de caractère commercial ») et que le gain de change sur le contrat de vente à terme était un profit d'entreprise :

« It seems to me that there is little or no relationship between the gain received by the plaintiff on its forward sale contract and its actual investment loss occurring as a result of the devaluation of the pound. To that extent then, in my view, the evidence of the witness and the arguments advanced by counsel for the plaintiff in support of the propositions that the gain was offset by the loss in investment and was attributable to capital account and not income tend to be specious and cannot be supported by other evidence nor withstand close scrutiny as to the result achieved by the transaction in question.

¹⁵ 74 D.T.C. 6171 (C.S.C.) (ci-après « *Salada* »).

In arranging the forward sale contract the plaintiff acted in exactly the same fashion as a dealer or speculator in currencies would act. There was never any intention on the part of Salada that the transaction be in any way an investment in its normal sense and, in fact, it was acknowledged by the plaintiff to be wholly speculative¹⁶. »

La Cour a établi qu'il n'y avait pas de lien suffisant entre le dérivé et l'élément à couvrir (le placement dans les filiales) pour établir que le gain de change découlait d'une opération de couverture.

La notion de lien entre le dérivé et l'élément couvert a aussi été analysée dans l'arrêt *Atlantic Sugar Refineries Ltd. c. La Reine*¹⁷. Afin de contrer une hausse mondiale du prix du sucre, le contribuable, un raffineur de sucre, a investi dans des contrats à terme standardisés (*futures*) sur le New York Coffee and Sugar Exchange. Il a réalisé un profit sur le contrat et un gain de change à la suite de cette opération qu'il prétendait de nature capital, alors que l'ARC prétendait qu'il s'agissait d'un revenu d'entreprise. La Cour suprême du Canada a conclu que ce contrat avait été négocié dans le cours normal des opérations de l'entreprise du contribuable :

« The Company was not investing idle capital funds nor was it disposing of a capital asset. In no sense may it be said that the operations were unconnected with the appellant's business and it is at least an added circumstance that the speculation was made in raw sugar. Even if it were the only transaction of that character, it should be held, in the light of all the evidence, that it was part of the appellant's business or calling and therefore a profit from its business within section 3 of the Act¹⁸. »

Dans cette affaire, la Cour dénote qu'il existe un lien entre le dérivé et l'élément couvert.

La Cour fédérale a analysé la notion de couverture dans le domaine minier dans l'arrêt *Echo Bay Mines Ltd. c. La Reine*¹⁹. Le contribuable exploitait une mine d'argent et, dans le cours normal de l'exploitation de son entreprise, négociait de façon courante des contrats de vente à terme d'argent afin de stabiliser ses revenus et de se prémunir contre une éventuelle baisse des prix. Aucune quantité d'argent n'a été livrée par le contribuable en vertu des contrats de vente à terme, ceux-ci étant réglés au comptant. Aux fins de

¹⁶ *Id.*, 6175.

¹⁷ 49 D.T.C. 602 (C.S.C.) (ci-après « *Atlantic Sugar* »).

¹⁸ *Id.*, 603.

¹⁹ 92 D.T.C. 6437 (C.F.) (ci-après « *Echo Bay* »).

la déduction relative à des ressources prévue à l'alinéa 20(1)v.1) L.I.R., la Cour devait déterminer si les gains réalisés sur les contrats de vente à terme d'argent devaient être inclus dans les « bénéfiques relatifs à des ressources » du contribuable. Le juge MacKay a conclu que les contrats de vente à terme étaient liés à la production du contribuable et faisaient partie intégrante de son entreprise. Les contrats de vente à terme étaient donc des opérations de couverture, et les gains ou les pertes réalisés faisaient partie des bénéfices tirés de son exploitation minière :

« The difference between hedging and speculating is that in the former the company engaged in hedging sells forward or commits a product it has the capability of producing and that it intends to produce: if it has neither the capability nor the intention of meeting its commitments through production it is speculating in engaging in forward sales contracts.

[...]

The forward sales contracts were hedging, undertaken to assure returns by fixing the price for future production in a fluctuating market, that the sales contracts did not exceed anticipated production, and further the admission of counsel that a number of the forward sales contracts were settled in advance of their date for maturity.

[...]

I turn to the issue whether, if the activities of the plaintiff constituted hedging, there is sufficient inter-connection or integration with the business of production of silver that a gain from hedging activities can be considered to be income from that business²⁰. »

Cependant, le juge nuance le lien entre la capacité de production et l'instrument de couverture en ajoutant que : « Exact matching was not feasible from a practical point of view, nor is it required in order to constitute hedging²¹. »

La Cour suprême du Canada s'est aussi penchée sur la notion de couverture dans l'arrêt *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (ministre des Finances)*²². Il s'agissait d'une cause relative à l'imposition des droits miniers ontariens en vertu de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*

²⁰ *Id.*, 6447.

²¹ *Id.*

²² [2006] 1 R.C.S. 715 (ci-après « *Placer Dome* »).

(Ontario)²³. Le contribuable exploitait une mine d'or et ses activités minières étaient assujetties aux droits miniers ontariens. Pour se protéger des fluctuations du prix de l'or, le contribuable concluait régulièrement des contrats à terme sur l'or, mais ne livrait jamais les biens couverts par les contrats à terme, ceux-ci étant réglés au comptant. Les recettes assujetties aux droits miniers incluaient les profits découlant des « opérations de couverture », telles qu'elles sont définies en vertu de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Selon les politiques administratives, la définition d'« opération de couverture » excluait les gains et les pertes attribuables aux contrats à terme, sauf s'ils donnaient lieu à la livraison de la production d'une mine ontarienne. Le contribuable n'avait donc pas inclus le montant des gains ou des pertes découlant des contrats à terme sur l'or conclus dans le cadre de sa stratégie lui permettant de réduire ses risques en rapport à la fluctuation éventuelle des prix de l'or. Cependant, entre-temps, la politique administrative a changé, de sorte que tous les gains et pertes attribuables à des contrats à terme utilisés dans le cadre d'opérations de couverture doivent être pris en considération, pour autant que les contrats soient conclus avant la livraison de la production et que le volume de ces opérations ne dépasse pas la capacité de production de la mine ontarienne. La question en litige était donc de savoir si les contrats à terme sur l'or qui ne donnaient pas lieu à la livraison physique du bien sous-jacent constituaient une opération de couverture aux fins de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*.

Dans cette affaire, le juge LeBel a indiqué que : « Il y a opération de couverture lorsque des éléments d'actif ou de passif de la partie qui l'effectue sont véritablement exposés aux fluctuations du marché²⁴. » De plus, concernant l'existence d'un lien entre la production et les opérations de couverture, la Cour suprême ajoute :

« [14] Le juge Cullity a rejeté l'appel de PDC contre la ratification des cotisations par le ministre. Il s'est appuyé en partie sur les principes exposés dans la décision *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, concernant l'objectif général, les caractéristiques et la forme des opérations de couverture, et il a conclu que ces principes devaient servir à préciser le sens de la définition du terme "couverture" figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. À son avis, le texte de la définition légale montre clairement qu'il doit exister un lien entre la production de la mine et l'opération financière, mais considérer que cette définition ne vise que les opérations aboutissant à la livraison de la production de la mine créerait une forte redondance dans la Loi.

²³ L.R.O. 1990, c. M.15.

²⁴ *Placer Dome*, précité, note 22, par. 29.

[...]

[49] Selon moi, compte tenu de l'économie et du contexte de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, la définition légale du terme "couverture" doit viser plus que les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. Le critère de "l'existence d'un lien" appliqué par le juge Cullity constitue un bon moyen de combler le vide que la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* a laissé en ne clarifiant pas davantage ce qu'est la "fixation d'un prix" pour la production d'une mine. De plus, il s'accorde avec les pratiques comptables générales²⁵. »

Même si les principes établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Placer Dome* sont relatifs à la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, ceux-ci devraient également être applicables aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le raisonnement de la Cour suprême du Canada s'appuie notamment sur l'arrêt *Echo Bay* qui est une décision en matière d'impôt sur le revenu. Il n'y a rien qui nous porte à croire que les principes établis dans les arrêts *Echo Bay* et *Placer Dome* devraient être limités aux domaines miniers. Par conséquent, ils peuvent être appliqués à l'ensemble des dérivés. Il ressort donc de ces jugements qu'un lien entre l'élément couvert et le dérivé doit exister pour affirmer qu'il s'agit d'une opération de couverture.

Il ressort également des arrêts *Echo Bay* et *Placer Dome* que les principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») peuvent jouer un rôle complémentaire afin de déterminer si une transaction est une opération de couverture. Comme il est mentionné dans l'arrêt *Canderel Ltd. c. La Reine*²⁶, les PCGR ne sont pas des règles de droit, mais des outils d'interprétation. Dans les deux causes, la comptabilité de couverture était utilisée par le contribuable. Il s'agissait d'un élément favorable afin de confirmer qu'il était question d'une opération de couverture.

Cependant, même si la comptabilité de couverture s'applique à une transaction, celle-ci ne sera pas nécessairement une opération de couverture aux fins fiscales. Par exemple, dans l'arrêt *Saskferco Products ULC c. La Reine*²⁷, afin de couvrir le risque de change relatif à ses futures ventes aux États-Unis en dollars américains, le contribuable avait emprunté les fonds nécessaires à la construction de son usine en dollars américains. Dans

²⁵ *Id.*, par. 14 et 49.

²⁶ [1998] 1 R.C.S. 147 (ci-après « *Canderel* »).

²⁷ 2008 D.T.C. 6698 (C.A.F.) (ci-après « *Saskferco* »).

l'année d'imposition, le contribuable a réalisé un gain de change sur ses ventes en dollars américains et une perte de change sur le prêt contracté pour la construction de l'usine. Le contribuable a appliqué la comptabilité de couverture afin de compenser dans ses états financiers et dans le calcul de son revenu imposable les gains de change sur ses ventes avec les pertes de change sur le prêt. L'ARC a renversé, aux fins fiscales, les effets de la comptabilité de couverture imposant le gain de change sur les ventes à titre de revenu et la perte de change sur le prêt à titre de capital. La Cour a conclu que la comptabilité de couverture utilisée par le contribuable ne modifiait pas les règles du calcul du revenu imposable et qu'il n'était pas clair que l'intention du contribuable d'emprunter des fonds en dollars américains était uniquement de couvrir les risques de change relatifs aux ventes faites aux États-Unis. Contrairement aux arrêts *Echo Bay* et *Placer Dome*, même si la comptabilité de couverture avait été appliquée, la transaction ne fut pas considérée comme une opération de couverture aux fins fiscales. La Cour d'appel fédérale appliqua donc les règles établies par la jurisprudence en matière de gain et de perte de change, soit que la nature du gain ou de la perte de change est la même que l'élément auquel il se rattache. Le résultat fut que le gain de change sur les ventes en dollars américains a été imposé à titre de revenu d'entreprise et que la perte de change sur le prêt a été considérée comme une perte en capital.

Il est à noter que la problématique soulevée dans l'arrêt *Saskferco* aurait probablement pu être évitée s'il y avait eu une bonne planification de l'utilisation des dérivés. En effet, cette situation ne se serait pas produite si Saskferco avait utilisé des dérivés neutralisant les risques de change sur les deux composantes, soit les ventes en dollars américains et le prêt.

Malgré la décision *Saskferco*, il convient toujours de se référer aux PCGR afin de déterminer si un dérivé est utilisé ou non à des fins de couverture. Selon le chapitre 3865 du *Manuel de l'ICCA*, une opération de couverture est :

« Une opération destinée à modifier l'exposition de l'entité à un ou à plusieurs risques, par une compensation entre les variations de juste valeur de l'élément couvert et de l'élément de couverture ou entre les variations des flux de trésorerie attribuables respectivement à l'élément couvert et à l'élément de couverture (ou encore entre les variations résultant d'une exposition à un risque particulier associé à ces éléments)²⁸. »

²⁸ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *op. cit.*, note 4, chap. 3865.

Il faut mentionner qu'une société n'est pas tenue d'appliquer la comptabilité de couverture aux fins de ses états financiers. Par conséquent, il est possible qu'une société effectue des opérations de couverture sans pour autant utiliser la comptabilité de couverture aux fins des états financiers.

Quant à eux, les auteurs Reily et Brown décrivent de la façon suivante l'objectif d'une opération de couverture :

« The goal of a *hedge* transaction is to create a position that, once added to an investor's portfolio, will offset the price risk of another, more fundamental holding. The word offset is used here rather than "eliminate" because the hedge transaction attempts to neutralize an exposure that remains on the balance sheet²⁹. »

Quant aux PCGR et à la doctrine, on indique aussi qu'il doit y avoir un lien entre l'élément à couvrir et le dérivé pour qu'une opération soit considérée comme une opération de couverture.

De façon sommaire, les principes établis par la jurisprudence afin de déterminer si un dérivé est utilisé dans le cadre d'une opération de couverture sont les suivants :

- l'intention du contribuable;
- le degré de corrélation et de relation entre le dérivé et l'élément couvert;
- le traitement comptable du dérivé (sans que celui-ci soit déterminant); et
- l'absence de nécessité que l'instrument financier soit couvert à tout moment ou entièrement afin de conclure qu'il y a une opération de couverture.

3.2. OPÉRATIONS SPÉCULATIVES

En principe, un dérivé qui n'est pas utilisé à des fins de couverture devrait être utilisé dans le cadre d'une opération spéculative. L'ARC a indiqué à quelques reprises ce qu'elle considère comme une opération

²⁹ Frank K. REILLY et Keith C. BROWN, *Investment Analysis and Portfolio Management*, 7^e éd., Thomson Southwestern, 2003, chap. 22.

spéculative. Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-346R³⁰, l'ARC indique qu'un spéculateur est une personne qui s'engage dans une ou plusieurs opérations à terme autrement que dans le cours normal de l'exploitation de son entreprise, à l'aide de renseignements particuliers sur les opérations à terme où sa principale ou seule activité consiste à négocier des opérations à terme sur des marchandises.

4. IMPOSITION DES OPÉRATIONS DE COUVERTURE

Lorsqu'il a été déterminé, selon les critères énoncés précédemment, qu'un dérivé est utilisé dans le cadre d'une opération de couverture, il faut déterminer : i) la nature des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires découlant du dérivé (revenu ou capital); et ii) le moment de l'inclusion dans le calcul du revenu imposable.

4.1. NATURE : À TITRE DE REVENU OU À TITRE DE CAPITAL

L'un des principes sous-jacents de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est que les revenus et les dépenses d'un contribuable peuvent être de deux natures : soit à titre de revenu, soit à titre de capital. L'imposition des dérivés ne fait pas exception à ce principe de base. Il faut donc déterminer la nature des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires relatifs aux dérivés.

L'arrêt de principe sur la nature des gains et des pertes attribuables à un dérivé est *Shell Canada Ltée c. Canada*³¹. De façon sommaire, Shell avait besoin de 100 000 000 \$ US aux fins générales de son entreprise. Shell a donc emprunté 150 000 000 \$ NZ à un taux d'intérêt de 15,4 % (au lieu de 9,1 % si le prêt avait été en dollars américains). Shell a ensuite converti le montant de 150 000 000 \$ NZ en 100 000 000 \$ US. Cette somme a ensuite été utilisée par Shell dans l'exploitation de son entreprise. Au même moment, elle a conclu un contrat de change à terme avec une institution financière lui permettant d'échanger un montant déterminé de dollars américains contre des dollars néo-zélandais le jour du versement des intérêts et au moment du remboursement du principal de la dette. Shell a donc pu déduire de son revenu un montant d'intérêt supérieur à celui qu'elle aurait pu déduire si le prêt avait été contracté directement en dollars américains et a

³⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-346R, « Opérations à terme sur marchandises et opérations sur certaines marchandises », 20 novembre 1978.

³¹ [1999] 3 R.C.S. 622 (ci-après « *Shell* »).

réalisé un gain de change de 21 000 000 \$ sur ses contrats de change à terme conclus avec l'institution financière. Shell a traité le gain de change comme un gain en capital. À la suite de la revue de cette transaction, l'ARC a tenté de limiter le montant d'intérêt déductible du revenu d'entreprise à 9,1 % et d'imposer le gain de change à titre de revenu. La Cour suprême du Canada a conclu que les intérêts étaient pleinement déductibles et que le gain de change était de nature capital.

La Cour suprême du Canada a établi que la nature du gain ou de la perte découlant d'un dérivé utilisé dans une opération de couverture aura la même qualification que l'élément sous-jacent :

« [68] La question en litige est de savoir si les gains de change réalisés par Shell constituent un revenu, auquel cas ils sont imposables en totalité ou s'ils constituent un gain en capital, de telle sorte que les trois quarts seulement sont imposables. La qualification du gain ou de la perte de change découle généralement de la qualification de l'opération en cause [références omises]. Par conséquent, si l'opération en cause a été conclue en vue d'obtenir des fonds devant servir de capitaux, le gain de change réalisé ou la perte de change subie relativement à cette opération constitue un gain ou une perte en capital.

[...]

[70] La qualification à titre de revenu ou de gain en capital d'un gain de change issu d'une opération de couverture dépend de la qualification de la dette à laquelle se rapporte l'opération de couverture. Comme je le mentionne précédemment, Shell a conclu le contrat de change à terme pour se couvrir, au moyen de dollars américains, contre le risque du marché auquel l'exposaient les contrats d'achat de débentures libellés en monnaie néo-zélandaise. Shell n'aurait pas conclu les contrats d'achat de débentures sans le contrat de change à terme. Le gain réalisé sur les contrats d'achat de débentures a été qualifié de gain en capital, et le gain réalisé sur le contrat de change à terme doit l'être aussi³². »

Malgré le fait que l'arrêt aborde le traitement fiscal des gains et des pertes de change issus d'une opération de couverture, il n'y a rien qui porte à croire que les concepts exposés dans cet arrêt ne s'appliqueraient pas à l'ensemble des dérivés.

Donc, selon les critères établis par la jurisprudence, si l'élément couvert par le dérivé est lié aux activités courantes du contribuable (comptes clients, comptes fournisseurs, achat de matières premières, etc.), les plus-values ou les moins-values ainsi que les flux monétaires relatifs au dérivé devraient

³² *Id.*, par. 68 et 70.

être considérés à titre de revenu. À l'inverse, si l'élément couvert par le dérivé est lié à une opération de nature capital (acquisition d'une immobilisation, dette à long terme, investissement, fonds de roulement permanent), les plus-values ou les moins-values ainsi que les flux monétaires relatifs au dérivé devraient être considérés à titre de capital.

Il est à noter qu'un contribuable ne peut pas faire le choix du paragraphe 39(4) L.I.R. afin que tous les gains et les pertes découlant des dérivés soient présumés être des gains ou des pertes en capital. Les dérivés ne sont pas des « titres canadiens » comme il est défini au paragraphe 39(6) L.I.R. (soit une action du capital-actions d'une société qui réside au Canada, une unité d'une fiducie de fonds commun de placement ou quelque obligation, effet, billet, créance hypothécaire ou titre semblable émis par une personne qui réside au Canada).

Les positions de l'ARC relativement à la nature des flux monétaires attribuables à un dérivé sont principalement énoncées dans le *Bulletin d'interprétation* IT-346R. Il est à noter que l'ARC n'a fourni aucune position pour l'instant relativement à l'imposition des plus-values ou des moins-values relatives à un dérivé. Dans le cadre du *Bulletin d'interprétation* IT-346R, l'ARC indique que les principes élaborés dans le *Bulletin d'interprétation* IT-95R³³ relatifs aux gains et aux pertes de change étaient aussi applicables afin de déterminer la nature du gain ou de la perte de change découlant d'un contrat à terme. Bien que ces deux bulletins d'interprétation datent de plusieurs années, l'ARC a confirmé cette position en 2004 dans le cadre d'une interprétation technique³⁴. Cependant, il est important de mentionner que l'ARC a indiqué, dans le cadre d'une autre interprétation technique³⁵, que le *Bulletin d'interprétation* IT-95R n'avait pas été mis à jour et ne reflétait pas nécessairement la jurisprudence récente.

Compte tenu des commentaires mentionnés dans l'interprétation technique 2002-0160807, il serait important de s'assurer, avant de calculer son revenu aux fins de l'impôt en s'appuyant sur une des positions administratives énoncées ci-dessus, soit dans le *Bulletin d'interprétation* IT-346R ou dans le *Bulletin d'interprétation* IT-95R, que la position retenue

³³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-95R, « Gains et pertes sur change étranger », 16 décembre 1980.

³⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0028891E5, « Perte sur change relative à des contrats de change », 28 janvier 2004.

³⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0160807, « Foreign Exchange – Hedged Receivables », 16 avril 2003.

est toujours valable et reflète toujours la position de l'ARC et de la jurisprudence.

Le principe exposé par la Cour suprême du Canada relativement à la détermination de la qualification des gains et des pertes de change attribuables aux dérivés peut créer certaines ambiguïtés. En effet, ce principe se limite à qualifier les gains et les pertes de change issus d'opérations de couverture dans l'une des deux catégories suivantes : à titre de revenu ou à titre de capital. La Cour ne mentionne pas que le gain ou la perte de change relatif à un dérivé utilisé dans le cadre d'une opération de couverture doit être caractérisé de la même nature que l'élément sous-jacent. Par exemple, les paiements effectués en vertu d'un dérivé sur les taux d'intérêt ne seraient pas caractérisés comme étant une dépense d'intérêt, mais plutôt comme un paiement contractuel. L'ARC a d'ailleurs indiqué que les flux monétaires découlant d'un *swap* de taux d'intérêt ne sont pas assujettis à l'impôt de la Partie XIII L.I.R., car ils ne sont pas considérés comme de l'intérêt puisqu'un *swap* ne crée pas une relation prêteur-emprunteur entre les parties³⁶.

L'application de ce principe aux montants versés ou reçus en vertu d'un dérivé utilisé à des fins de couverture relatif à la fluctuation des taux d'intérêt pourrait faire en sorte que ces montants ne seraient pas déductibles ou imposables. En effet, une dépense d'intérêt est généralement considérée comme une dépense à titre de capital. À cet égard, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Gifford c. La Reine*, mentionne ce qui suit :

« [26] On n'a pas établi que les intérêts représentaient systématiquement des dépenses en capital. Au Canada, le consensus veut que la somme empruntée s'ajoute généralement au capital financier de l'emprunteur et que les intérêts constituent généralement des paiements au titre de ce capital financier³⁷. »

Cependant, il est à noter que l'ARC s'est prononcée à plusieurs reprises au cours des années en indiquant que les flux monétaires attribuables à un *swap* de taux d'intérêt (incluant les frais de résiliation) seraient inclus ou déduits du revenu en vertu de l'article 9 L.I.R.³⁸

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0020781E5, « Payments under Swap Agreement and Part XIII », 24 mars 2004.

³⁷ 2004 D.T.C. 6128 (C.S.C.), par. 26.

³⁸ Voir notamment AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2003-0048555, « Vanilla Type Interest SWAP », 2 décembre 2003 et 2007-0255401R3, « Swap Termination », 1^{er} janvier 2008.

La position de l'ARC semble être soutenue par une interprétation du principe de qualification qui est en lien avec la déductibilité du montant sous-jacent et non avec la nature (à titre de capital ou à titre de revenu) de ce dernier, tel qu'il est établi par la Cour suprême du Canada. Par conséquent, si l'élément sous-jacent est pleinement déductible, peu importe qu'il soit à titre de capital ou à titre de revenu, les montants versés ou reçus en vertu du dérivé seraient pleinement imposables ou déductibles. Cette position semble procurer un résultat équitable.

Néanmoins, dans la situation où il est considéré que le principe de qualification établi par la Cour suprême du Canada devrait être interprété comme étant en lien avec la détermination de la nature des montants reçus ou versés en vertu d'un dérivé, cela pourrait faire en sorte que ces montants ne seraient pas déductibles ou imposables. En effet, étant donné qu'une dépense d'intérêt est généralement considérée comme une dépense à titre de capital, tous les paiements qui seraient versés ou reçus relativement à un contrat de *swap* sur taux d'intérêt seraient de nature capital. Par conséquent, leur déduction devrait être refusée en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R., sauf si l'une des exceptions prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'applique. En prenant en considération que les montants versés en vertu d'un dérivé utilisé afin d'obtenir une protection relativement à la fluctuation des taux d'intérêt ne sont pas réputés être une dépense d'intérêt, ils ne peuvent être déduits en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Par contre, certains arguments peuvent être invoqués afin de soutenir une déduction en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. (déduction sur une période de cinq ans). En effet, un contribuable pourrait argumenter que les paiements attribuables à un dérivé sur taux d'intérêt sont effectués dans le cadre d'un emprunt d'argent qu'il utilise en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien³⁹.

Cependant, le traitement fiscal des montants qui seraient reçus en vertu de ces dérivés est plus incertain. Les montants reçus à titre de capital sont généralement inclus dans le calcul du revenu à titre de gain ou de perte en capital lorsqu'ils résultent de la disposition d'un bien (par. 39(1) L.I.R.) ou lorsque le gain ou la perte résulte de la fluctuation de la valeur de la monnaie ou des monnaies d'un ou de plusieurs pays étrangers par rapport à la monnaie canadienne (par. 39(2) L.I.R.). En prenant en considération que, de façon générale, les montants reçus ou versés en vertu d'un dérivé ne résultent pas de la disposition d'un bien, le paragraphe 39(1) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer. De plus, le paragraphe 39(2) L.I.R. ne devrait pas trouver application étant donné que les montants versés ou reçus en vertu de

³⁹ S.-al. 20(1)e)(ii) L.I.R.

ce type de dérivé ne découlent pas de la fluctuation de la valeur d'une monnaie. Par conséquent, en utilisant cette approche, il semblerait que les montants qui seraient reçus en vertu de tels dérivés ne seraient pas imposables.

4.2. MOMENT DE L'INCLUSION

Une fois que la nature du dérivé a été établie, il faut déterminer le moment de l'inclusion des variations des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires attribuables à ce dérivé dans le calcul du revenu imposable.

À ce jour, la seule décision portant sur le moment de l'inclusion des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires relatifs aux dérivés est l'arrêt *La Reine c. Friedberg*⁴⁰ de la Cour suprême du Canada. Dans cette cause, le contribuable spéculait sur le prix de l'or à l'aide des contrats à terme. Le contribuable achetait des contrats à terme sur l'or (position longue) et vendait au même moment des contrats à terme sur l'or (position courte). Aux fins du calcul de son revenu imposable, le contribuable utilisait pour ses contrats à terme la méthode du moindre du coût ou de la juste valeur marchande (ci-après « JVM »). Selon cette méthode, les gains étaient inclus dans le revenu lorsqu'ils étaient réalisés, alors que les pertes non réalisées pouvaient être déduites immédiatement du revenu imposable. Cependant, dans les faits, le contribuable réalisait toujours ses positions à perte avant la fin de l'année et attendait après la fin de l'année pour réaliser ses gains afin de pouvoir en différer l'imposition. L'ARC plaidait que la méthode de l'évaluation au cours du marché (*mark-to-market*), incluant ou déduisant les gains ou les pertes non réalisés, aurait mieux reflété la situation économique du contribuable. La Cour a conclu que le contribuable avait calculé son revenu conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le juge Iacobucci a fait les commentaires suivants sur la méthode de l'évaluation au cours du marché :

« Même si la méthode comptable de l'«évaluation au cours du marché» peut, à certaines fins, mieux décrire la situation du contribuable sur le plan de son revenu, nous ne sommes pas convaincus qu'elle peut décrire son revenu aux fins de l'impôt sur le revenu [...]»⁴¹.

⁴⁰ [1993] 4 R.C.S. 285 (ci-après « *Friedberg* »).

⁴¹ *Id.*

Le moment de l'inclusion dans le calcul du revenu aux fins de l'impôt des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires attribuables à un dérivé peut varier en fonction de leur nature : qu'elle soit « à titre de revenu » ou « à titre de capital ».

4.2.1. À titre de revenu

Dans le cadre de cette section, il sera analysé dans un premier temps le moment de l'inclusion des plus-values ou des moins-values relatives aux dérivés et, dans un deuxième temps, le moment de l'inclusion des flux monétaires relatifs aux dérivés.

4.2.1.1. Plus-values ou moins-values relatives aux dérivés

Comme il a été mentionné précédemment, l'introduction des nouvelles normes comptables sur la comptabilisation des instruments financiers a eu une incidence sur le calcul du revenu net présenté aux états financiers de certaines sociétés. En effet, en vertu de ces nouvelles règles de comptabilisation, les plus-values ou les moins-values relatives à la plupart des dérivés sur lesquelles la société n'applique pas la comptabilité de couverture doivent être présentées aux résultats nets de la société. De plus, lorsque la comptabilité de couverture est utilisée, la portion de la plus-value ou de la moins-value attribuable à la partie de la couverture considérée comme inefficace doit être également comptabilisée aux résultats de cette société.

Ces modifications de normes comptables soulèvent certaines questions relativement aux incidences que celles-ci ont sur le calcul du revenu imposable.

Le point de départ pour le calcul du revenu imposable est le paragraphe 9(1) L.I.R., qui se lit comme suit : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, 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 terme « bénéfice » ou « profit » n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, on doit s'en remettre à la jurisprudence afin d'en déterminer le sens. La jurisprudence a établi un cadre d'interprétation du terme « profit ». La cause toujours dominante à cet égard est l'arrêt *Canderel*. La Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Iacobucci, résume ainsi les principes relatifs au calcul du profit :

- « (1) La détermination du bénéfice est une question de droit.
- (2) Le bénéfice tiré d'une entreprise pour une année d'imposition est déterminé en déduisant des revenus tirés de l'entreprise pour l'année en question les dépenses engagées pour gagner ces revenus.
- (3) Dans la détermination du bénéfice, l'objectif est d'obtenir une image fidèle du bénéfice du contribuable pour l'année visée.
- (4) Dans la détermination du bénéfice, le contribuable est libre d'adopter toute méthode qui n'est pas incompatible avec :
- a) les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
 - b) les principes dégagés de la jurisprudence ou les "règles de droit" établis;
 - c) les principes commerciaux reconnus.
- (5) Les principes commerciaux reconnus, notamment ceux codifiés formellement dans les PCGR, ne sont pas des règles de droit, mais des outils d'interprétation. Dans la mesure où ils peuvent influencer le calcul du revenu, ils ne le feront qu'au cas par cas, selon les faits relatifs à la situation financière du contribuable.
- (6) En cas de nouvelle cotisation, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image qui est compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, il incombe alors au ministre de prouver que le chiffre fourni ne donne pas une image fidèle ou qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle⁴². »

La détermination du revenu est donc une question de droit et le contribuable doit établir une image fidèle de son revenu aux fins de l'impôt sur le revenu. Il faut donc déterminer si le revenu imposable d'un contribuable calculé en utilisant les nouvelles normes comptables relatives à la comptabilisation des instruments financiers présente une image fidèle du revenu du contribuable et respecte les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les principes établis par la jurisprudence.

Comme il a été mentionné précédemment, l'ARC a confirmé que l'adoption des nouvelles normes comptables, plus particulièrement les chapitres 3855 et 3865 du *Manuel de l'ICCA*, ne change pas leur

⁴² *Canderel*, précité, note 26, par. 53.

interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement à la notion de profit⁴³.

Plus-values sur dérivés

De façon générale, un gain sera inclus dans le calcul du revenu aux fins de l'impôt sur le revenu quand il est considéré comme réalisé. Le principe de réalisation sous-tend qu'un gain couru, mais non réalisé, est éventuel. Puisque le gain n'est pas assuré, il ne peut être déterminé avec certitude (il peut ne jamais se réaliser). Le principe de réalisation n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce dernier ayant été établi par la jurisprudence au cours des années. Il faut donc voir les critères établis par la jurisprudence.

En droit fiscal canadien, le principe de réalisation est tiré de l'arrêt *MRN c. Consolidated Glass Co. Ltd.*⁴⁴ Dans cette affaire, le contribuable voulait déduire de ses revenus une perte en capital non réalisée sur des actions (les actions avaient été dévaluées aux fins comptables). Dans le cadre de son jugement, le juge Rand mentionne ce qui suit :

« “Losses sustained” and “profits and gains made” are clearly correlatives and of the same character; but how can profits and gains be considered to have been made in any proper sense of the words otherwise than by actual realization? This is no inventory valuation feature in relation to capital assets. That the words do not include mere appreciation in capital values is, in my opinion, beyond controversy. It is difficult if not impossible to say that where only value is being considered in which a variable inheres you can have any other than a fluctuating estimate. The word “loss” in the context means absolute and irrevocable, finality. That state of things is realized upon a sale; it can also be said to be realized in the case of stock in a company which is hopelessly insolvent and has ceased business. When, on the other hand, the business is maintained and all that can be said is that in the most likely prospect the value of the shares cannot exceed a maximum, there is still no more than an estimate: the actual loss cannot in fact be so determined and unless there is that determination the statute is not satisfied. The element of appreciation illustrates the quality of fluctuation more clearly perhaps than that of depreciation, but they are essentially of the same nature. If, then, appreciation must be ruled out as I think it must be, similarly mere loss of some value while a company remains in business must be treated in the same manner⁴⁵. »

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 9 et *op. cit.*, note 10.

⁴⁴ [1957] R.C.S. 167.

⁴⁵ *Id.*, 174.

Dans l'affaire *Kenneth B.S. Robertson c. MRN*⁴⁶, la Cour de l'Échiquier a établi les conditions pour déterminer si une somme reçue avait la qualité de revenu. La Cour mentionne ce qui suit :

« [...] where an amount is paid as a deposit by way of security for the performance of a contract and held as such, it cannot be regarded as profit or gain to the holder until the circumstances under which it may be retained by him to his own use have arisen and, until such time, it is not taxable income in his hands, for it lacks the essential quality of income, namely, that the recipient should have an absolute right to it and be under no restriction, contractual or otherwise, as to its disposition, use or enjoyment⁴⁷. »

Plus tard, dans l'arrêt *Ikea Ltd. c. Canada*⁴⁸, la Cour suprême du Canada devait établir si des paiements d'incitation à la location devaient être inclus dans le calcul du revenu au moment de leur réception ou être plutôt amortis sur la durée du bail. Considérant que, dans l'affaire en cause, les paiements incitatifs avaient été reçus et que dans aucune circonstance ces derniers ne devaient être remboursés, la Cour a conclu qu'ils étaient imposables dans l'année où ils ont été reçus. La Cour suprême du Canada a donc réaffirmé l'application du principe de réalisation et les critères établis dans l'arrêt *Robertson* :

« Mis ensemble, ces passages ont pour effet de confirmer ce qui, en droit fiscal, est maintenant connu sous le nom de "principe de réalisation", qui tient compte du fait qu'une somme peut avoir la nature d'un revenu même si elle n'est pas effectivement reçue par le contribuable, mais seulement "réalisée" conformément à la méthode de la comptabilité d'exercice. En fin de compte, l'effet de ce principe est clair : les sommes reçues ou réalisées par un contribuable – libres de conditions ou restrictions assortissant leur utilisation – sont imposables dans l'année où elles sont réalisées, sous réserve de toute disposition contraire de la Loi ou d'une autre règle de droit⁴⁹. »

Il est important de mentionner que les plus-values calculées sur les dérivés à la fin de chacun des exercices financiers selon les normes comptables sont établies à partir de l'information disponible à cette date. Une telle plus-value constitue une estimation du gain économique accumulé à cette date. Cependant, le contribuable n'est pas en droit d'exiger de l'autre partie au contrat de dérivé un paiement à la suite de cette estimation de la

⁴⁶ 2 D.T.C. 655 (C. de l'É.), 6 juin 1944 (ci-après « *Robertson* »).

⁴⁷ *Id.*, 661.

⁴⁸ [1998] 1 R.C.S. 196.

⁴⁹ *Id.*

plus-value. Ce gain économique est incertain et éventuel et ne devrait pas avoir la qualité de revenu tel qu'il est établi par la jurisprudence (c'est-à-dire un droit absolu sans restriction de disposer, d'utiliser ou de jouir de ce revenu). Cependant, il est important de faire une distinction entre une estimation d'une plus-value déterminée à la fin de l'année et les montants à recevoir en fin d'année et payables l'année suivante, car ces derniers pourraient être considérés comme étant réalisés.

Peu importe la méthode comptable choisie par le contribuable pour établir son revenu aux fins comptables, comme il est indiqué par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canderel*, le calcul du bénéfice doit tenir compte des principes dégagés par la jurisprudence ou des « règles de droit » établies. Par conséquent, malgré que de nouvelles normes comptables puissent exiger que les plus-values sur les dérivés soient comptabilisées aux résultats, il est fort probable que celles-ci doivent être exclues aux fins du calcul du revenu imposable. Ces plus-values devraient être incluses dans le calcul du revenu aux fins fiscales lorsqu'elles seront réalisées (c'est-à-dire lorsque le contribuable sera en droit d'en exiger le paiement).

Moins-values sur dérivés

En ce qui concerne les moins-values sur dérivés, il faut déterminer si elles peuvent être déductibles au moment où elles sont estimées ou à un moment ultérieur. Dans l'arrêt *Symes c. Canada*⁵⁰, la Cour suprême du Canada a fait une analyse détaillée de ce qui constitue une dépense. Dans le cadre de cet arrêt, la Cour suprême du Canada indique qu'afin d'établir si un montant est déductible du calcul du revenu aux fins de l'impôt, il faut d'abord déterminer si ce montant est selon des principes bien reconnus de la pratique courante des affaires une dépense. De plus, elle mentionne que, même si la déduction est par ailleurs conforme aux principes régissant les affaires commerciales, elle peut encore être refusée en vertu des dispositions limitatives prévues au paragraphe 18(1) L.I.R.

Il semble clair que la déductibilité des moins-values à l'égard des résultats est conforme aux principes régissant les affaires commerciales étant donné qu'elle résulte de l'application des PCGR. Par conséquent, il faut donc déterminer si la déductibilité des moins-values serait refusée en vertu d'une disposition limitative prévue au paragraphe 18(1) L.I.R. Ainsi, il faut tout d'abord établir si une moins-value attribuable à un dérivé constitue une

⁵⁰ [1993] 4 R.C.S. 695.

dépense au sens de l'alinéa 18(1)a) L.I.R. L'alinéa 18(1)a) L.I.R. se lit comme suit :

« 18. (1) Exceptions d'ordre général — Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles :

a) Restriction générale — les dépenses, sauf dans la mesure où elles ont été engagées ou effectuées par le contribuable en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou du bien. »

Selon la jurisprudence, une dépense n'est engagée, et déductible en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R., que lorsqu'il existe une obligation légale de payer un montant. Dans l'affaire *Wawang Forest Products Ltd. et autres c. La Reine*⁵¹, le contribuable souhaitait déduire la totalité des montants payés à ses sous-traitants, incluant la retenue de 10 % imposée par une loi sur la sécurité au travail, afin d'obliger les employeurs (dans le cas présent, les sous-traitants) à la respecter. La Cour d'appel fédérale devait déterminer si la totalité des montants était engagée à titre de dépenses. La juge Sharlow a indiqué que :

« De façon générale, le contribuable effectue une dépense lorsqu'il a l'obligation juridique de payer une somme d'argent. Dans la majorité des cas, l'obligation juridique naît de l'exécution des obligations contractuelles auxquelles le paiement se rattache. Il n'est pas important de savoir si le paiement de l'obligation est exigible à ce moment précis ou dans une année subséquente. Par exemple, la plupart du temps, l'obligation de payer le loyer est une dépense effectuée dans l'année où le locataire a le droit d'occuper les lieux loués, peu importe si le contrat de location stipule que le paiement du loyer est dû en cours d'année ou à une date ultérieure⁵². »

Le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale mentionne également ce qui suit dans l'affaire *La Reine c. Burnco Industries Ltd. et autres*⁵³ :

« In our opinion, an expense, within the meaning of paragraph 18(1)(a) of the Income Tax Act, is an obligation to pay a sum of money. An expense cannot be said to be incurred by a taxpayer who is under no obligation to pay money to anyone. Contrary to what was decided by the Trial Division, an obligation to do

⁵¹ 2001 D.T.C. 5212 (C.A.F.) (ci-après « *Wawang* »).

⁵² *Id.*

⁵³ 84 D.T.C. 6348 (C.A.F.).

something which may in the future entail the necessity of paying money is not an expense⁵⁴. »

Comme pour les plus-values sur dérivés, les moins-values comptabilisées aux résultats sont généralement des estimations basées sur l'information disponible à une date donnée. Le calcul de la juste valeur d'un dérivé à une date donnée ne crée pas une obligation légale de payer un montant. Par conséquent, les moins-values estimées en fin d'année ne devraient pas respecter les critères nécessaires afin d'être considérées comme des dépenses engagées et devraient être refusées en vertu de l'alinéa 18(1)a L.I.R.

Dans l'hypothèse où il serait déterminé que les moins-values estimées en fin d'année constituent des dépenses « engagées » aux fins de l'alinéa 18(1)a L.I.R., la déduction devrait être refusée en vertu de l'alinéa 18(1)e) L.I.R. si les dépenses constituent un montant au titre d'une provision ou d'une éventualité.

La définition généralement acceptée afin de déterminer si une obligation est éventuelle vient de l'arrêt *Winter v. Inland Revenue Commissioners*⁵⁵. La question soulevée dans l'arrêt *Winter* consistait à déterminer si l'obligation de payer des impôts sur la récupération pour amortissement à la vente d'un bateau était une obligation éventuelle. Le Lord Guest indique à la page 262 : « I should define a contingency as an event which may or may not occur and a contingent liability as a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen⁵⁶. »

Il ajoute :

« The third class is “contingent liabilities”, which must mean sums, payment of which depends on a contingency, that is, sums which will only become payable if certain things happen, and which otherwise will never become payable. [...]

The essence of a contingent liability must surely be that it may never become an existing legal liability because the event on which it depends may never happen. [...]

⁵⁴ *Id.*, 6348-6349.

⁵⁵ [1963] A.C. 235 (H.L.) (ci-après « *Winter* »).

⁵⁶ *Id.*, 262.

Contingent liabilities must, therefore, be something different from future liabilities which are binding on the company, but are not payable until a further date. I should define a contingency as an event which may or may not occur and a contingent liability as a liability which depends for its existence upon an event which may or may not happen⁵⁷. »

L'affaire *Wawang* est l'arrêt de principe sur la notion d'obligation éventuelle qui clarifie les critères établis dans l'arrêt *Winter* :

« [...] la question qu'il faut se poser, pour décider du caractère éventuel ou non d'une obligation juridique à un moment précis, est de savoir si l'obligation juridique existe à ce moment précis ou si elle ne naîtra qu'au moment où surviendra un événement, qui pourrait ne pas se produire⁵⁸. »

Dans l'arrêt *Fédération des Caisses populaires Desjardins de Montréal et de l'ouest du Québec c. La Reine*⁵⁹, la Cour d'appel fédérale a aussi clairement établi la distinction entre le moment où l'obligation est créée et celui de son exécution. Dans cet arrêt, le contribuable souhaitait déduire immédiatement ses quotes-parts d'employeur des charges sociales relatives aux vacances accumulées non prises de ses employés. La Cour a indiqué :

« [36] Il ressort clairement de ces textes – et c'est là, à mon avis, l'opinion établie par le juge La Forest – qu'il faut faire une distinction entre le moment où l'obligation de l'employeur de contribuer au régime prend naissance et le moment où l'employeur doit exécuter cette obligation. L'obligation de contribuer prend naissance dès lors qu'il y a une prestation suffisante de services. [...] Elle n'est cependant exigible ou payable qu'à une date subséquente, celle qui suit le versement du salaire, par exemple, ou celle qui suit le moment où l'employé prend ses vacances, ou encore dans les jours qui suivent la réception d'un avis de cotisation. [...] Mais ce que ces lois indiquent clairement, à mon sens, c'est que l'engagement de l'employeur à payer sa contribution, prend naissance bien avant le versement de l'indemnité de vacances⁶⁰. »

Donc, une obligation éventuelle est une obligation qui n'existe pas légalement. Il faut cependant distinguer l'existence d'une dette de son exigibilité. Les moins-values attribuables aux dérivés à la fin de l'exercice sont des estimations et ne constituent pas une obligation légale de payer un montant. Par conséquent, les moins-values attribuables aux dérivés déduites

⁵⁷ *Id.*, 248, 251 et 262.

⁵⁸ *Wawang*, précité, note 51, par. 16.

⁵⁹ 2001 D.T.C. 5173 (C.A.F.).

⁶⁰ *Id.*, par. 36.

aux résultats en vertu des nouvelles normes comptables ne devraient pas être déduites dans le calcul du revenu imposable puisqu'elles sont éventuelles. Selon l'arrêt *Canderel*, si les PCGR contreviennent aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ils ne peuvent être utilisés afin de déterminer le revenu imposable d'un contribuable.

4.2.1.2. Flux monétaires

Les flux monétaires représentent des montants qui ont été soit payés ou reçus dans le cadre de l'application des conditions d'un dérivé ou bien courus en fin d'année, mais payables ultérieurement. En effet, comme il a été mentionné précédemment, il est possible dans certaines situations que le droit de recevoir un montant ou l'obligation légale de payer un montant en vertu d'un dérivé naisse avant la fin de l'année, mais que ce droit ou cette obligation soit exerçable ou payable après la fin de l'année selon les conditions du dérivé.

Les flux monétaires devraient être pris en considération dans le calcul du revenu aux fins de l'impôt dans l'année d'imposition où ils sont reçus, exigibles, payés ou payables.

4.2.1.3. Positions administratives

L'ARC a émis plusieurs positions administratives concernant le moment de l'imposition des gains et des pertes attribuables à un dérivé au cours des années. Dans son *Bulletin d'interprétation IT-95R*, elle mentionne qu'elle acceptera aux fins fiscales toute méthode comptable utilisée pour déterminer le moment de l'inclusion des gains et des pertes sur change lors d'opérations afférentes aux revenus pourvu qu'elle soit conforme aux PCGR. Dans son *Bulletin d'interprétation IT-346R*, elle indique que les principes généraux énoncés dans le *Bulletin d'interprétation IT-95R* s'appliquent également aux gains ou aux pertes résultant d'opérations à terme sur des monnaies étrangères lorsque ces opérations font partie de l'exploitation commerciale du contribuable. Néanmoins, il faut souligner que l'ARC a mentionné, dans le cadre d'une interprétation technique, que les positions indiquées dans le *Bulletin d'interprétation IT-95R* ne reflétaient pas nécessairement l'état actuel de la jurisprudence.

« First, it should be noted that IT-95R Foreign Exchanges Gains or Losses which was dated December 16, 1980 (i.e., over 20 years ago) is somewhat outdated as it does not reflect certain relevant courts' decisions (such as *Gaynor* (91 DTC 5288), *Netupsky* (92 DTC 2283), *Koontenay* (92 DTC 6023), *Friedberg* (93 DTC 5507), and *Canderel* (98 DTC 6100)), the substantial amendments to section 1650 of the CICA Handbook in 1983 and the

announcements of the Canada Customs and Revenue Agency (the “CCRA”) at the 1984 Canadian Tax Foundation Annual Conference and in Income Tax Technical News No. 14 of December 9, 1998. More importantly, IT-95R does not deal with foreign exchange gains or losses involving hedging transactions. Therefore, while some of the general principles expressed in the bulletin are still applicable, certain positions expressed in the bulletin may not be relied upon as representing current law or the interpretative position of the CCRA in the area of the taxation of foreign exchange gains or losses. For example, the statement in paragraph 7 of that bulletin indicating that “the Department will accept any method used to determine foreign exchange gains or losses on income transactions provided that method is, under the circumstances, in accordance with generally accepted accounting principles” may not be applicable as a result of the decisions in *Friedberg* and *Canderel*. In those cases, the courts looked at whether the method used to determine income is consistent with the provisions of the Act (the legislation), the legal principles (the case law) and the well-accepted business practices. If more than one method is acceptable, then the method that represents the more accurate picture of profits should be used (see *Canderel*)⁶¹. »

De plus, dans le cadre d’une interprétation technique publiée en 2004, l’ARC discutait de la méthode de comptabilité d’exercice prévue au paragraphe 8 du *Bulletin d’interprétation* IT-95R pour les pertes sur change relatives à des contrats à terme. L’ARC a indiqué que malgré les positions énoncées dans le *Bulletin d’interprétation* IT-95R et le *Bulletin d’interprétation* IT-346R, les pertes sur change relatives à des contrats à terme qui étaient non réalisées et déduites aux fins comptables ne pourraient être déduites dans le calcul du revenu aux fins de l’impôt du contribuable en vertu des alinéas 18(1)a) et 18(1)e) L.I.R.⁶²

Dans le cadre d’une autre interprétation technique, l’ARC discute des gains ou des pertes de change sur des contrats de change à terme utilisés afin de couvrir le risque de change sur ses comptes clients en dollars américains. L’ARC indique que la méthode de comptabilisation à la valeur du marché pourrait être acceptable afin de déterminer le revenu du contribuable. Aux fins fiscales, les gains ou les pertes de change sur les comptes clients pourraient être compensés par les gains ou les pertes de change sur les contrats à terme. L’ARC émet aussi les commentaires suivants relativement à l’arrêt *Friedberg* :

« However, while the CCRA recognizes the realization method of computing income in respect of a financial instrument for a trader in commodity future, it does not mean that the Supreme Court of Canada precluded the use of the

⁶¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 35.

⁶² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 34.

“mark-to-market” method (or the margin account balance method) in computing income for income tax purposes. In fact, the Federal Court of Appeal in *Friedberg* recognized that both accounting experts who testified before the trial judge agreed that the “mark-to-market” method would be a more accurate reflection of the true financial position of the taxpayer, it was only that no legislation required that this method be used. The Supreme Court of Canada in *Canderel* stated that while the “mark-to-market” accounting method proposed by the Minister may better describe the taxpayer’s income position for some purposes, it was not satisfied that it can describe income for income tax purposes. However, it did not say that the “mark-to-market” method is not an acceptable method. Therefore, if the taxpayer in this case did not want to use the realization method, it is perfectly legitimate if the method that the taxpayer wanted to use is also acceptable for income tax purposes in that it does not conflict with any provisions of the Act, the case law or the generally accepted business practices⁶³. »

Il est important de mentionner que dans le cadre de cette interprétation technique, l’ARC nuance sa position en indiquant qu’elle se limite aux faits énoncés et pourrait ne pas être applicable aux *swaps*, aux options ou aux contrats à terme de gré à gré (*forward contract*).

L’ARC a aussi confirmé dans une interprétation technique que si les règles fiscales relatives aux biens évalués à la valeur du marché (*mark-to-market*) ne s’appliquent pas aux dérivés, une institution financière peut utiliser soit la méthode de réalisation, soit celle de l’évaluation à la valeur marchande aux fins du calcul de son revenu imposable pour autant que la même méthode soit utilisée de façon constante d’une année à l’autre⁶⁴.

De plus, dans le numéro 14 du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, l’ARC a indiqué que dans la mesure où les gains et les pertes attribuables aux dérivés sont comptabilisés en utilisant la même méthode d’une année à l’autre, un fonds commun de placement peut utiliser la méthode de réalisation ou la méthode de l’évaluation à la valeur marchande⁶⁵. En effet, dans le cadre de cette nouvelle technique, l’ARC répondait à une question qui avait été soulevée par l’Institut des fonds d’investissement du Canada (ci-après « IFIC »). Certains membres de l’IFIC utilisaient la méthode de réalisation, alors que d’autres utilisaient la méthode de l’évaluation à la juste valeur pour déclarer les gains et les pertes sur les

⁶³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 35.

⁶⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0001327, « Index Linked GIC Contingent Liability », 11 avril 2000.

⁶⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 14, 9 décembre 1998.

dérivés. Cependant, il est important de noter que le numéro 14 du bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* a été archivé depuis. De plus, selon l'ARC, la portée de cette position doit être limitée au contexte dans lequel elle a été émise :

« It should also be noted that the position in Income Tax Technical News No. 14 dealt with the reporting of derivative income by mutual funds governed by the securities legislation of a province or territory of Canada that allow investments in futures, forwards and options that are on income account. The CRA position in Income Tax Technical News No. 14 has not been extended beyond the scope indicated therein⁶⁶. »

Il semble que la position de l'ARC relativement à la possibilité d'utiliser la méthode de l'évaluation à la valeur marchande soit appuyée par l'arrêt *Canadian General Electric Co. c. MRN*⁶⁷. Dans cette cause, le contribuable était une filiale d'une société américaine. Dans le cadre de l'exploitation de son entreprise, le contribuable finançait l'achat, en dollars américains, de fournitures auprès de sa société mère à un taux d'intérêt plus avantageux que ses banquiers canadiens. Entre 1950 et 1952, plusieurs billets à payer en dollars américains ont été émis par le contribuable à sa société mère afin de régler ses achats de fournitures. Au cours de la même période, le contribuable a inclus dans son revenu les gains de change courus sur les billets à payer (environ 511 000 \$). Le contribuable a remboursé les billets en 1951 et en 1952. Le ministère du Revenu a cotisé de nouveau le contribuable en alléguant que les gains de change devaient être inclus aux revenus lorsqu'ils sont réalisés et non lorsqu'ils sont courus. La Cour suprême du Canada a accepté la méthode de calcul du revenu du contribuable.

« With respect, I do not reach the conclusion that the decided authorities precluded the appellant from computing its "profits", in relation to the notes, in the manner which it adopted – a method which, in relation to trade liabilities payable in U.S. funds other than the notes, the respondent has never challenged, but in which, according to the uncontradicted evidence, the respondent had acquiesced, and which he had required⁶⁸. »

À la lecture des différentes positions administratives émises au cours des années, il semble que celles-ci soient, dans une certaine mesure, contradictoires et peuvent ne pas refléter l'état du droit fiscal tel qu'il est

⁶⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 9.

⁶⁷ 61 D.T.C. 1300 (C.S.C.) (ci-après « *General Electric* »).

⁶⁸ *Id.*, 1307.

établi par la jurisprudence. Il pourrait donc être risqué pour un contribuable de se fier uniquement aux positions administratives de l'ARC pour déterminer l'imposition des dérivés. En effet, comme l'a mentionné la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*⁶⁹, les politiques et les interprétations administratives ne sont pas déterminantes même si elles peuvent être un facteur important.

Pour les exercices débutant le ou après le 1^{er} janvier 2011, les normes internationales d'information financière (ci-après « IFRS ») remplaceront les PCGR actuels au Canada pour les sociétés ayant une obligation publique de rendre des comptes. Les IFRS contiennent des normes comptables semblables à celles énoncées au chapitre 3855 du *Manuel de l'ICCA* concernant l'imposition des instruments financiers, incluant les dérivés. L'ARC a formé un comité consultatif des IFRS sur l'administration de l'impôt avec le milieu des affaires qui analyse présentement l'incidence fiscale de l'application des nouvelles normes IFRS. Par conséquent, il est possible que l'ARC profite de cette occasion pour revoir ses positions relativement à l'imposition des dérivés.

4.2.2. À titre de capital

Lorsqu'il a été établi que l'élément sous-jacent au dérivé est présenté à titre de capital, les gains et les pertes découlant de ce dérivé sont également considérés de même nature. Les gains et les pertes découlant de dérivés qui sont les plus susceptibles d'être considérés à titre de capital sont ceux relatifs aux dérivés utilisés afin de couvrir les fluctuations de change sur des instruments de dettes libellés en devises étrangères ou sur des placements de nature capital. Par conséquent, l'analyse ci-dessous est effectuée essentiellement à l'égard du traitement fiscal des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires attribuables aux dérivés utilisés pour couvrir les risques de change.

De façon générale, les gains ou les pertes à titre de capital résultant de la fluctuation d'une devise sont inclus ou déduits du calcul du revenu en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R. Par conséquent, les gains ou les pertes attribuables à ces dérivés devraient être visés par cette disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En vertu du paragraphe 39(2) L.I.R., le gain réalisé ou la perte subie au cours d'une année d'imposition à la suite de la fluctuation de la valeur de la monnaie ou des monnaies d'un pays ou de plusieurs pays étrangers par rapport à la monnaie canadienne est réputé être

⁶⁹ [1983] 1 R.C.S. 29 (ci-après « *Nowegijick* »).

un gain ou une perte en capital découlant de la disposition de la monnaie d'un pays étranger. Alors, tous gains ou toutes pertes attribuables à ces dérivés devraient être considérés dans le calcul du revenu du contribuable à 50 % lorsqu'ils sont réalisés ou subis.

En tenant compte des commentaires ci-dessus, il est raisonnable de conclure que les plus-values ou les moins-values comptabilisées dans les états financiers à la fin de l'année relatives aux dérivés utilisés afin de couvrir des risques de change sur des instruments de dettes libellés en devises étrangères ou sur des placements de nature capital ne devraient pas être considérées dans le calcul du revenu aux fins fiscales. En effet, ces plus-values ou ces moins-values sont appuyées sur des estimations de la variation de la valeur marchande de ces dérivés à une date donnée; elles ne sont donc pas des gains réalisés ou des pertes subies au cours de l'année comme il est exigé en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R. Cependant, les flux monétaires relatifs à ces dérivés seront pris en considération dans le calcul du revenu aux fins fiscales du contribuable à titre de gain en capital imposable ou de perte en capital déductible au cours de l'année où ces montants ont été payés ou reçus.

5. IMPOSITION DES OPÉRATIONS SPÉCULATIVES

Lorsqu'il est établi qu'un dérivé n'est pas utilisé à des fins de couverture, celui-ci sera généralement considéré comme étant utilisé à des fins spéculatives, soit dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, soit dans celui d'une affaire de caractère commercial. Comme pour les dérivés utilisés à des fins de couverture, il est important de déterminer la nature des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires attribuables à ces dérivés afin de déterminer le traitement fiscal de ces derniers.

5.1. NATURE : À TITRE DE REVENU OU À TITRE DE CAPITAL

Contrairement aux opérations de couverture, la qualification des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires relatifs à un dérivé utilisé à des fins spéculatives n'est pas en fonction de la nature d'un élément sous-jacent. En effet, cette détermination doit plutôt s'effectuer selon les principes généraux établis par la jurisprudence.

Les plus-values ou les moins-values ainsi que les flux monétaires attribuables à un dérivé utilisé à des fins spéculatives seront considérés à titre de revenu s'il peut être démontré qu'ils se rattachent à l'entreprise du contribuable. Les tribunaux se sont penchés, à maintes reprises, sur la question de ce que constitue une « entreprise ». À cet égard, ils ont souvent

utilisé la définition d'« entreprise » telle qu'elle est formulée par Jessel M.R. dans l'affaire *Smith c. Anderson*⁷⁰. À cet effet, se reporter entre autres aux arrêts *Canadian Marconi Co. c. La Reine*⁷¹, *MRN c. Freud*⁷² et *Schultz et autres c. La Reine*⁷³. Jessel M.R. a défini ce qu'est une « entreprise » comme suit : « tout ce qui occupe le temps, l'attention et les efforts d'un homme et qui a pour objet la réalisation d'un profit ». Cependant, la *Loi de l'impôt sur le revenu* vient élargir la notion d'entreprise. En effet, le paragraphe 248(1) L.I.R. définit le terme « entreprise » comme suit :

« «entreprise» – Sont compris parmi les entreprises les professions, métiers, commerces, industries ou activités de quelque genre que ce soit et, sauf pour l'application de l'alinéa 18(2)c), de l'article 54.2, du paragraphe 95(1) et de l'alinéa 110.6(14)f), les projets comportant un risque ou les affaires de caractère commercial, à l'exclusion toutefois d'une charge ou d'un emploi. »

La définition d'« entreprise » est rédigée de sorte à inclure une affaire de caractère commercial. Cependant, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas ce qui constitue une affaire de caractère commercial. Il faut donc s'en remettre aux principes établis par la jurisprudence afin d'effectuer cette détermination.

La jurisprudence a établi une liste de critères qui doivent être soupesés afin d'établir si une opération peut être considérée comme une affaire de caractère commercial comparativement à une opération de nature capital.

L'arrêt de principe sur cette question est *MRN c. Taylor*⁷⁴. À la suite d'une pénurie de plomb au Canada, le dirigeant d'une société a entrepris, en son nom, d'en importer dans le but de le revendre à sa société. La Cour devait donc déterminer si cet achat représentait une affaire de caractère commercial ou une transaction isolée de nature capital pour le contribuable. À la suite de la revue de la jurisprudence au Royaume-Uni, le juge Thorson a établi certaines lignes directrices permettant de déterminer si une transaction est une affaire de caractère commercial ou non. Dans un premier temps, le juge Thorson a relevé les critères négatifs, dont les suivants :

⁷⁰ (1880), 15 Ch. D. 247 (C.A.).

⁷¹ 84 D.T.C. 6267 (C.A.F.).

⁷² 68 D.T.C. 5279 (C.S.C.).

⁷³ 95 D.T.C. 5657 (C.A.F.).

⁷⁴ 56 D.T.C. 1125 (C. de l'É.) (ci-après « *Taylor* »).

« [TRADUCTION]

i) Le fait que l'opération soit unique ou isolée n'est pas un critère à savoir s'il s'agit d'une affaire de caractère commercial. C'est la nature de la transaction elle-même qui est déterminante et non le fait qu'elle soit isolée ou unique.

ii) Il n'est pas essentiel pour qu'une opération soit une affaire de caractère commercial qu'une organisation soit établie afin de l'exécuter.

iii) Le fait que la nature d'une transaction soit entièrement différente de toutes les autres transactions du contribuable et que ce dernier n'ait jamais conclu pareille opération auparavant ou depuis ne l'exclut pas, en soi, de la catégorie d'une affaire de caractère commercial.

iv) Une opération peut être une affaire de caractère commercial même si la personne qui l'a conclue l'a fait sans avoir l'intention de vendre un bien à profit. L'intention de vendre à profit un bien acheté ne constitue pas en elle-même un critère pour déterminer si le profit est imposable, car l'intention de faire un profit peut être autant le but d'un investissement que le but d'une affaire de caractère commercial. Les raisons ayant motivé l'opération peuvent être de natures tellement commerciales que l'opération sera caractérisée comme une affaire de caractère commercial, même en l'absence d'intention de réaliser un profit à la vente de la marchandise achetée⁷⁵. »

De plus, le juge Thorson a établi certains critères positifs, dont les suivants :

« [TRADUCTION]

i) Si l'opération est de la même nature et est conclue de la même manière qu'une opération d'un commerçant ou d'un courtier ordinaire dans des biens de la même nature que celle de l'objet de l'opération, elle peut raisonnablement être caractérisée comme une affaire de caractère commercial. En termes plus simples, il peut être dit que si une personne traite la marchandise qu'elle a achetée de la même manière que le ferait habituellement un courtier dans cette marchandise, cette activité est une affaire commerciale.

ii) La nature et le nombre des biens ayant fait l'objet de l'opération peuvent être tels qu'ils excluent la possibilité que la vente de ces biens constituait la réalisation d'un placement ou par ailleurs d'une nature capitale ou qu'ils auraient pu être aliénés autrement que dans le cadre d'une opération commerciale⁷⁶. »

⁷⁵ *Id.*, 1137-1138.

⁷⁶ *Id.*, 1139.

Dans cette cause, puisque le contribuable connaissait le marché du plomb, qu'il avait l'intention de vendre avec un profit et que la transaction avait un caractère spéculatif, la Cour a conclu que l'opération était une affaire de caractère commercial.

La Cour suprême du Canada a aussi analysé ces principes dans l'arrêt *Irrigation Industries Ltd. c. MNR*⁷⁷. Le contribuable avait emprunté de l'argent pour acquérir des actions d'une société minière. Cinq mois plus tard, le contribuable avait disposé de la totalité de ses actions, remboursé son prêt et réalisé un profit. Le ministère du Revenu prétendait que les actions de la société minière avaient été acquises dans le cadre d'une opération de nature spéculative et, par conséquent, que le profit réalisé à la disposition des actions devait être inclus dans les revenus comme un revenu d'entreprise. La Cour suprême du Canada a appelé les tests établis par la jurisprudence :

« The positive tests to which he refers as being derived from the decided cases as indicative of an adventure in the nature of trade are: (1) Whether the person dealt with the property purchased by him in the same way as a dealer would ordinarily do and (2) whether the nature and quantity of the subject-matter of the transaction may exclude the possibility that its sale was the realization of an investment, or otherwise of a capital nature, or that it could have been disposed of otherwise than as a trade transaction.

[...]

The only test which was applied in the present case was whether the appellant entered into the transaction with the intention of disposing of the shares at a profit as soon as there was a reasonable opportunity of so doing. Is that a sufficient test for determining whether or not this transaction constitutes an adventure in the nature of trade? I do not think that, standing alone, it is sufficient⁷⁸. »

La Cour suprême du Canada a donc conclu que le gain réalisé lors de la disposition des actions était un gain en capital. L'intention secondaire de revendre des actions à profit n'était pas suffisante en soi pour établir qu'il s'agissait d'une affaire de caractère commercial⁷⁹.

⁷⁷ 62 D.T.C. 1131 (C.S.C.).

⁷⁸ *Id.*, 1133 et 1135.

⁷⁹ Voir un résumé dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-479R, « Transactions de valeurs mobilières », 29 février 1984. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-459, « Projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial », 8 septembre 1980.

La détermination d'une opération à titre d'affaire de caractère commercial ou de nature capital est donc une question de fait. Elle ne peut être établie qu'une fois que l'ensemble de la situation du contribuable est connue.

Dans son *Bulletin d'interprétation* IT-346R, l'ARC émet une position administrative qui semble permettre aux « spéculateurs » d'opérations à terme de choisir de traiter le résultat de ces transactions comme des gains ou des pertes en capital :

« 7. En règle générale, il est permis aux spéculateurs de déclarer à titre de gains et de pertes en capital tous leurs gains et leurs pertes découlant d'opérations sur des marchandises, avec le résultat que seulement la moitié du gain est imposable et seulement la moitié de la perte est déductible, sous réserve de certaines restrictions (à ce sujet, on parle ci-dessous de la "méthode du capital"), pourvu que ce mode de déclaration soit respecté d'année en année.

8. Si un spéculateur préfère utiliser la méthode du revenu pour déclarer ses gains et ses pertes découlant d'opérations à terme sur marchandises ou d'opérations sur des marchandises, il peut le faire pourvu qu'il conserve la même méthode d'une année à l'autre. S'il a utilisé la méthode du revenu en 1976 ou pour une année d'imposition subséquente, le Ministère ne lui permettra pas de la modifier⁸⁰. »

Il est à noter qu'à la suite d'une revue sommaire des différentes interprétations techniques publiées au cours des années par l'ARC relativement à ce sujet, celle-ci ne semble pas avoir réitéré la position qu'elle a adoptée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-346R.

Dans l'éventualité où un contribuable désirerait s'appuyer sur la position administrative décrite dans le *Bulletin d'interprétation* IT-346R aux fins du calcul de son revenu imposable, il est important de mentionner qu'il peut être imprudent de s'en remettre à une position administrative datant de 1978. Comme il a été mentionné précédemment, les positions administratives des autorités fiscales ne sont pas déterminantes pour les tribunaux⁸¹. De plus, l'ARC a indiqué dans des interprétations techniques à de nombreuses reprises que le choix de la méthode du capital pour un spéculateur dépendait des faits applicables à chaque situation⁸². L'ARC a même déjà contesté en

⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 30, par. 7-8.

⁸¹ Voir l'arrêt *Nowegijick*, précité, note 69.

⁸² Voir, entre autres, AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2008-029461E5, « Income/Capital Treatment – Commodity Transactions », 28 janvier 2008; 2008-0269481E5, « Income/Capital Treatment – Foreign Currency Trades », (à suivre...)

Cour canadienne de l'impôt le choix d'un contribuable d'utiliser la méthode du revenu pour ses pertes découlant d'opérations à terme, et ce, même si cette façon de faire était conforme à la position de l'ARC mentionnée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-346R, en prétendant que selon les faits, les transactions étaient plutôt de nature capital⁸³.

Selon un auteur, les transactions relatives à un dérivé qui n'ont pas de lien avec une transaction sous-jacente et qui ne peuvent être qualifiées d'opérations de couverture devraient être imposées à titre de revenu : « Finally, if the transaction is insufficiently linked to any another underlying transaction, it will be regarded as a speculation or adventure in the nature of trade, with any resulting gain or loss being characterized on income account⁸⁴. »

En tenant compte des critères établis par la jurisprudence et de l'aspect spéculatif de la transaction, il est difficile de voir comment une opération de nature spéculative, entreprise dans le but de réaliser un profit lors de la vente du dérivé ou en fonction des fluctuations de l'élément de référence (taux d'intérêt, indice boursier, taux de change ou prix des matières premières), pourrait être considérée comme une opération de nature capital. Cependant, cette détermination demeure une question de fait.

Il en ressort donc que la qualification des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires relatifs à un dérivé détenu à des fins spéculatives est une question de fait que l'on doit analyser en fonction des critères établis par la jurisprudence. Néanmoins, il est fort probable que dans la plupart des situations, ces plus-values ou moins-values et flux monétaires soient considérés à titre de revenu.

5.2. MOMENT DE L'INCLUSION

Les commentaires relatifs au moment de l'inclusion dans le calcul du revenu des plus-values ou des moins-values ainsi que des flux monétaires relatifs à un dérivé utilisé dans le cadre d'une opération de couverture sont

(...suite)

16 décembre 2008; 9829965, « Commodity Futures », 1^{er} décembre 1998 et 9500235, « Derivatives Held by Mutual Funds », 2 août 1995.

⁸³ *Latendresse c. La Reine*, [1996] 1 C.T.C. 2489 (C.C.I.).

⁸⁴ P. Mark MEREDITH, « "Linkage" – Characterizing Hedging Profits or Losses », (1993), *Corporate Finance*, Federated Press.

également applicables aux dérivés utilisés à des fins spéculatives. Par conséquent, veuillez vous référer à la section 4.2. ci-dessus pour de plus amples détails.

Cependant, il faut ajouter quelques précisions concernant la déduction des moins-values relatives à un dérivé. Si le dérivé est acquis dans le cadre d'une affaire de caractère commercial et qu'il se qualifie de bien en inventaire en vertu du paragraphe 10(1.01) L.I.R., le contribuable ne peut pas évaluer son inventaire selon la méthode du moindre du coût ou de la JVM pour calculer son revenu aux fins fiscales. Le paragraphe 10(1.01) L.I.R. a été introduit à la suite de la décision dans l'arrêt *Friesen c. Canada*⁸⁵. Dans cet arrêt, le contribuable était engagé dans une affaire de caractère commercial, puisqu'il avait acheté des terrains à des fins spéculatives. Il souhaitait déduire aux fins fiscales les pertes non réalisées sur ses terrains en vertu de la règle générale d'évaluation de l'inventaire (c'est-à-dire le moindre du coût ou de la JVM). La Cour suprême du Canada a donné raison au contribuable, ce qui a mené aux changements législatifs. Donc, dans le cadre d'une affaire de caractère commercial, toute méthode pour déterminer le revenu fiscal du contribuable utilisant un montant inférieur au coût d'un dérivé qui est un bien en inventaire serait contraire à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et aux principes établis dans l'arrêt *Canderel*.

6. DÉRIVÉS INCORPORÉS

De façon générale, lorsque les conditions du chapitre 3855 du *Manuel de l'ICCA* sont respectées, les dérivés incorporés sont séparés du contrat hôte et comptabilisés distinctement en tant que dérivés à leur juste valeur. Toute fluctuation de valeur est présentée en résultat net de la société dans l'année où elle survient.

La notion de dérivés incorporés est un concept établi par les PCGR afin de refléter la substance économique des transactions et une meilleure évaluation de la situation financière de l'entreprise du point de vue comptable. Cependant, aux fins fiscales, il faut respecter la forme juridique des transactions (voir à cet égard l'arrêt *Shell*). Donc, si aucun événement taxable (par exemple, une disposition ou un paiement de dette) relatif au contrat hôte ne survient, aucune somme ne devrait être incluse ou déduite du revenu relativement aux dérivés incorporés. Toute variation de la juste valeur d'un dérivé incorporé ne devrait pas être considérée dans le calcul du revenu aux fins fiscales en vertu de l'article 9 L.I.R.

⁸⁵ [1995] 3 R.C.S. 103.

CONCLUSION

Même si les dérivés existent depuis de nombreuses années et qu'il y a plusieurs jugements et écrits à leur égard, ils continuent de susciter des questions. En effet, la complexité inhérente aux dérivés, leur grande diversité et les différents usages que font les contribuables de ces instruments financiers sont tous des facteurs qui font en sorte qu'il est difficile pour le législateur de prévoir des règles précises quant à l'imposition de ceux-ci. Par conséquent, l'imposition des dérivés n'a pas fini de faire couler beaucoup d'encre.

NOUVEAUTÉS ET PRÉCISIONS EN TPS/TVQ QUOI DE NEUF EN 2009?



Maryse Janelle
Avocate, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant
Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	27:3
1. CONSTITUTION EN UNE SOCIÉTÉ DE PROFESSIONNELS :	
SECTEURS EXONÉRÉS	27:4
1.1. RAPPEL DES RÈGLES GÉNÉRALES	27:4
1.2. QUALIFICATION ET NATURE DES ACTIVITÉS.....	27:5
1.3. RÈGLES APPLICABLES LORS DE LA VENTE D'ACTIFS	27:6
1.3.1. Vente de biens meubles	27:6
1.3.2. Vente d'immeubles.....	27:6
1.4. VENTE D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE PARTIE D'ENTREPRISE	27:7
1.4.1. Immeuble utilisé.....	27:8
1.4.2. Effet du choix de vente d'entreprise.....	27:9
1.5. APPLICATION DES TAXES APRÈS LA RÉORGANISATION.....	27:10

2.	TAXE DE VENTE HARMONISÉE : ONTARIO ET COLOMBIE-BRITANNIQUE	27:10
2.1.	HISTORIQUE ET CONTEXTE	27:10
2.2.	IMPACT FINANCIER DE LA TVA	27:11
2.3.	ASPECTS PRATIQUES	27:12
2.4.	RÈGLES ACTUELLES DU LIEU DE FOURNITURE	27:13
2.5.	LIMITES À LA RÉCLAMATION DE CTI	27:16
2.6.	TRANSITION	27:17
2.7.	PRÉOCCUPATIONS DES INSCRITS	27:17
3.	NOUVEAUTÉS.....	27:19
3.1.	JURISPRUDENCE RÉCENTE.....	27:19
3.2.	NOUVELLE VERSION DU BULLETIN DE REVENU QUÉBEC SUR LES REMBOURSEMENTS DE DÉPENSES	27:20
3.3.	POLITIQUE ADMINISTRATIVE RELATIVEMENT À LA PROCÉDURE DE TRAITEMENT ACCÉLÉRÉ (<i>FAST TRACK</i>)	27:22
4.	ERREURS FRÉQUENTES	27:22
4.1.	LOYERS ADDITIONNELS	27:22
4.2.	CRÉANCES IRRÉCOUVRABLES	27:23
4.3.	DEVISES ÉTRANGÈRES	27:23
4.4.	DOCUMENTATION	27:25
	CONCLUSION	27:25

INTRODUCTION*

Au Québec, la fiscalité des taxes à la consommation est souvent considérée comme le parent pauvre de la fiscalité, notamment en raison du fait que, pour la plupart des entreprises commerciales, la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») peut faire l'objet d'une récupération au moyen de crédits de taxes sur les intrants (ci-après « CTI »). L'existence de ce mécanisme laisse croire à certains que l'effet des taxes n'est qu'une simple question de liquidités. C'est dans ce contexte que, bien souvent, les personnes responsables des réorganisations d'entreprise communiquent avec un spécialiste des taxes à la consommation dans un dernier effort en vue de minimiser les risques et de se faire confirmer que les étapes déterminées et projetées après de longues analyses n'auront pas d'incidences défavorables pour leur client en matière de taxes à la consommation. Or, l'expérience démontre que, souvent, les transactions projetées peuvent être planifiées différemment afin de limiter ou de reporter le fardeau fiscal lié aux taxes à la consommation.

Les thèmes traités dans le cadre du présent texte ont trait en premier lieu à certaines particularités liées à la constitution en une société de professionnels. Ce sujet a notamment été choisi en raison du fait que bien souvent les transactions projetées ont lieu entre parties liées et que les principaux intervenants ont généralement le contrôle des différents éléments de la transaction et des personnes concernées, ce qui leur donne beaucoup de latitude dans la planification des transactions. Par ailleurs, étant donné que certains secteurs englobent des entités qui exercent des activités exonérées aux fins de la TPS, il faut tenir compte de leurs particularités lors d'éventuelles transactions, lesquelles peuvent générer certains coûts en taxes, qui n'auraient pas été engendrés en l'absence d'une telle réorganisation. C'est donc de cet angle particulier que nos commentaires doivent être considérés.

Le deuxième sujet abordé tient compte des mesures d'harmonisation de la TPS annoncées dernièrement par les ministères des Finances de l'Ontario

* L'auteure tient à remercier M^{me} Nancy Bouchard, qui a contribué à la rédaction de ce texte. Les commentaires qui y sont présentés sont ceux énoncés par l'auteure lors de la conférence prononcée en octobre 2009 au congrès de l'Association de planification fiscale et financière. Depuis ce moment, diverses annonces et projets de loi ont été déposés notamment à l'égard de la coordination de la taxe de vente harmonisée (ci-après « TVH ») et des services financiers. Ces commentaires doivent être analysés en tenant compte des récents développements.

et de la Colombie-Britannique. Ces modifications auront des impacts importants sur les activités courantes des entreprises québécoises et canadiennes.

Finalement, nous aborderons certaines nouveautés dans le domaine des taxes à la consommation d'une application et d'un intérêt plus général.

Afin de simplifier le présent texte, et sous réserve de la section concernant l'harmonisation de la TPS en Ontario et en Colombie-Britannique, ou de mention contraire, seules les références à la *Loi sur la taxe d'accise*¹ sont indiquées, la *Loi sur la taxe de vente du Québec*² étant généralement harmonisée à la *Loi sur la taxe d'accise*.

1. CONSTITUTION EN UNE SOCIÉTÉ DE PROFESSIONNELS : SECTEURS EXONÉRÉS

1.1. RAPPEL DES RÈGLES GÉNÉRALES

Lors d'une réorganisation en vue de la constitution en une société de professionnels, il est important de garder à l'esprit que certaines entités qui ne sont pas reconnues aux fins de l'impôt sur le revenu constituent des personnes au sens de la *Loi sur la taxe d'accise* et ont des obligations quant à l'inscription et à la perception éventuelle des taxes. Ainsi, une fiducie et une société de personnes sont des « personnes » au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, et les transactions entre ces entités en vue d'aboutir à une pratique professionnelle constituée peuvent représenter des fournitures au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*. Une réorganisation en plusieurs étapes, c'est-à-dire les transactions obligées d'un point de vue légal ou les fournitures réputées en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, pourra avoir plusieurs incidences pour les intervenants, y compris les intervenants temporaires. Ainsi, les transactions entre une société de personnes et ses associés avant que certains des associés transfèrent les biens dans une société dont ils sont actionnaires constituent différentes étapes ou « fournitures » qui peuvent être assujetties à la *Loi sur la taxe d'accise*. Il en est de même, par exemple, lorsqu'un associé acquiert la totalité des participations de ses associés (c'est-à-dire une

¹ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

² L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

fourniture d'effets financiers), alors la société est réputée dissoute et les biens sont réputés fournis par la société à cette personne³ aux fins de la TPS.

1.2. QUALIFICATION ET NATURE DES ACTIVITÉS

La TPS est payable par l'acquéreur d'une fourniture taxable, soit une fourniture par le vendeur dans le cadre de son activité commerciale. Cette TPS/TVQ payée ou payable peut être récupérée par l'acquéreur inscrit qui acquiert les fournitures dans le cadre de son activité commerciale.

Bien que les notions de fournitures taxables et d'activités commerciales excluent toute activité de nature exonérée, notamment les services de santé⁴, un professionnel de la santé pourrait par ailleurs exercer des activités taxables qui pourraient justifier la perception de taxe sans être inscrit, ou encore son inscription au régime de la TPS.

Il convient de garder également à l'esprit les règles générales concernant la notion d'activités commerciales lors de la réalisation des différentes étapes menant à une réorganisation. Ainsi, une personne non inscrite au régime de la TPS pourrait acquérir des biens qu'elle fournirait à nouveau immédiatement. Dans un tel cas, et bien que la jurisprudence témoigne plutôt d'une interprétation restrictive des notions d'« initiative » et d'« activités commerciales », les autorités fiscales considèrent, notamment dans le cas d'un pharmacien, que ces transactions sont effectuées par le professionnel dans le cadre de l'exercice de sa profession, de l'exploitation de son entreprise et de son activité commerciale⁵. Cette position permet donc aux intervenants de s'inscrire et de récupérer les taxes qui pourraient devenir payables dans le cadre de la réorganisation.

³ Table ronde de l'Association du Barreau canadien et Agence du revenu du Canada, question 5, « Choix de l'article 167 lors de la dissolution d'une société de personnes », 26 février 2009. Cette fourniture pourrait être soumise à l'application de l'article 167 L.T.A. si toutes les conditions sont par ailleurs réunies.

⁴ Aux fins de la TPS seulement. Les services financiers sont détaxés en taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ »).

⁵ Julie MONAGHAN, Carole THÉRIAULT, Philippe RAYMOND, Robert DEMERS et Jean LANOUE, « Tribune d'échange sur des questions techniques avec Revenu Québec », dans *Colloque – Symposium sur les taxes à la consommation*, 186, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, diapositives n^{os} 27 et 28.

1.3. RÈGLES APPLICABLES LORS DE LA VENTE D'ACTIFS

La vente des actifs d'une entreprise devrait en général être considérée comme une fourniture taxable⁶, à moins que la fourniture de cet actif spécifique ne constitue une fourniture exonérée.

1.3.1. Vente de biens meubles

La vente d'un bien meuble (autre qu'une immobilisation) qui est utilisé à plus de 10 % à des fins commerciales constitue une fourniture taxable aux fins de la TPS⁷. Au contraire, si le bien est utilisé à 90 % ou plus à des fins exonérées, alors la vente de ce bien sera exonérée.

Pour les biens meubles qui sont des immobilisations, la TPS s'applique si l'immobilisation est utilisée à plus de 50 % dans le cadre d'activités commerciales⁸. Autrement, la vente sera exonérée. Le terme d'« immobilisation », au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, vise les biens qui sont des immobilisations au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹, à l'exclusion des biens visés aux catégories 12, 14 et 44 de l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu*¹⁰.

1.3.2. Vente d'immeubles

La définition de l'expression « activité commerciale » aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* inclut expressément la fourniture d'un immeuble autre qu'un immeuble exonéré¹¹. Par contre, des règles spécifiques existent afin de limiter l'impact de l'acquisition d'un immeuble sur les liquidités d'une entreprise. Ainsi, lorsqu'une personne vend un immeuble commercial à un inscrit au régime de la TPS, il n'est généralement pas tenu de percevoir la taxe de l'acquéreur, ce dernier étant responsable de déclarer, et de remettre le cas échéant, le montant de taxes payables aux autorités fiscales lors de la

⁶ Sous réserve de différents choix et allègements prévus à la *Loi sur la taxe d'accise* et à la TVQ.

⁷ Art. 141.1 L.T.A.

⁸ Par. 200(3) L.T.A.

⁹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod.

¹⁰ C.R.C., 1978, c. 945 et mod.; art. 123 L.T.A.; art. 1 « immobilisation » L.T.V.Q.

¹¹ Sous réserve des mesures d'exonération qui pourraient s'appliquer, notamment en ce qui a trait aux immeubles d'habitation.

déclaration de taxes nettes qui comprend le moment de l'acquisition de l'immeuble¹².

Une personne qui effectue une fourniture d'immeuble taxable peut dans certains cas obtenir un remboursement de la taxe payable qui n'a pas déjà été récupérée si l'immeuble était utilisé dans le cadre d'activités exonérées ou si le vendeur n'était pas inscrit¹³.

Lorsqu'un immeuble qui comprend à la fois un immeuble d'habitation et un immeuble commercial est fourni, une analyse particulière devrait être effectuée puisque des règles spécifiques s'appliquent aux immeubles d'habitation¹⁴.

1.4. VENTE D'UNE ENTREPRISE OU D'UNE PARTIE D'ENTREPRISE

Tous connaissent le choix de vente d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise. Par contre, ce choix est souvent effectué alors que les critères d'application ne sont pas respectés. En premier lieu, il convient de noter que l'article 167 L.T.A. ne s'applique pas lorsque le vendeur est inscrit et que l'acquéreur ne l'est pas. De plus, le choix conjoint doit être produit par l'acquéreur au plus tard au moment où celui-ci est tenu de produire sa déclaration pour la période comprenant le moment de la transaction.

Afin d'être admissible au choix, la transaction projetée doit effectivement être une vente d'entreprise ou d'une partie d'entreprise au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, ce qui peut comprendre certaines activités exonérées exercées par des professionnels. En effet, bien que les notions d'« entreprise » et d'« activité commerciale » soient toutes deux définies dans la *Loi sur la taxe d'accise*, la notion d'entreprise n'exclut pas les fournitures exonérées.

Le second test est lié aux actifs acquis. La convention de vente d'entreprise doit prévoir un transfert de la propriété, de la possession ou de l'utilisation de plus de 90 % des actifs qui sont raisonnablement nécessaires à l'exploitation, par l'acquéreur, de l'entreprise du vendeur. À cet effet, il convient de noter que c'est la nature spécifique de l'entreprise qui détermine les actifs raisonnablement nécessaires à son exploitation. Ainsi, lorsque des

¹² Par. 221(2) et 228(4) L.T.A.

¹³ Art. 193 et 257 L.T.A.

¹⁴ Art. 136 L.T.A.

biens nécessaires à l'exploitation d'une entreprise sont liés à une personne plutôt qu'à l'entreprise elle-même et qu'ils ne peuvent légalement être cédés par le vendeur, ces biens peuvent être exclus des biens de l'entreprise et leur cession ne sera pas nécessaire aux fins de l'application des tests de l'article 167 L.T.A.¹⁵

1.4.1. Immeuble utilisé

Lorsque la propriété de l'immeuble où est exploitée l'entreprise n'est pas cédée, il y a lieu de s'assurer que les actifs cédés représentent quand même 90 % des actifs nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, puisque la valeur du loyer doit être incluse au dénominateur. Lorsque la convention de vente d'entreprise prévoit la cession du bail, la position des autorités fiscales pour permettre la production du choix de l'article 167 L.T.A. requiert que le vendeur soit l'auteur du transfert de l'utilisation de l'immeuble à l'acquéreur, et non un tiers¹⁶.

Par mesure de conservatisme, et étant donné la position prise par les autorités fiscales, bien des transactions seront exclues de la production du choix compte tenu du doute quant à son acceptation par les autorités fiscales et de la possibilité pour le vendeur de recevoir une cotisation pour la taxe percevable, en plus des pénalités et intérêts¹⁷. Il convient de noter que si le professionnel est propriétaire de l'immeuble et qu'il désire le conserver personnellement, il faudrait prévoir de signer le bail en même temps que la convention de vente d'entreprise et en tant que partie intégrante de celle-ci. Dans un tel cas, les loyers sont exclus de l'application de l'article 167 L.T.A. et demeurent taxables.

Par ailleurs, la cession d'un bail étant considérée au Québec comme une fourniture d'immeuble, elle sera couverte par le choix de l'article 167 L.T.A., sous réserve que l'acquéreur soit un inscrit¹⁸. Dans un tel cas,

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-188, « Fourniture de tout ou partie d'une entreprise », 25 octobre 1995; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN ET AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 3, question 15.

¹⁶ J. MONAGHAN, C. THÉRIAULT, P. RAYMOND, R. DEMERS et J. LANOUE, *loc. cit.*, note 5, diapositives n^{os} 14 et 15.

¹⁷ La taxe pourrait alors être récupérée par le vendeur auprès de l'acquéreur de l'entreprise, mais la cotisation pour les pénalités et intérêts reste payable par le vendeur, sous réserve de clauses contractuelles particulières.

¹⁸ S.-al. 167(1.1)a)(iii) L.T.A.

l'article 167 L.T.A. aura préséance sur la présomption de transaction à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») autrement prévue à l'article 155 L.T.A. Si toutefois l'acquéreur n'était pas inscrit, la fourniture de l'immeuble serait assujettie à la taxe selon les règles habituelles et le vendeur devrait percevoir la taxe calculée sur la JVM du bail cédé.

1.4.2. Effet du choix de vente d'entreprise

La production du choix prévu à l'article 167 L.T.A. crée une présomption selon laquelle aucune taxe n'est payable à l'égard de la transaction, sauf pour les fournitures suivantes :

- fourniture taxable d'un immeuble par vente¹⁹ à une personne qui n'est pas inscrite;
- service à rendre par le fournisseur;
- fourniture taxable d'un bien par bail.

La production du choix crée certaines présomptions qui peuvent entraîner des coûts en matière de TPS lorsque des immobilisations²⁰ sont utilisées par l'acquéreur à des fins exonérées.

Lorsque la fourniture d'une immobilisation aurait été taxable, si le choix n'avait pas été produit, et que cette immobilisation demeure une immobilisation pour l'acheteur, ce dernier est réputé avoir acquis l'immobilisation pour utilisation exclusive dans le cadre de ses activités commerciales, c'est-à-dire pour rendre des fournitures taxables. Les règles de changement d'usage pourraient être applicables à l'acquéreur qui compte utiliser l'immobilisation principalement afin de rendre des services exonérés. Dans un tel cas, bien que la production du choix de l'article 167 L.T.A. permette au vendeur d'éviter la perception de la taxe à l'égard de certains éléments visés par la transaction, c'est l'acquéreur qui est assujéti au paiement de la taxe directement aux autorités fiscales. Le montant de taxe

¹⁹ La fourniture d'immeubles comprend la fourniture d'immobilisations qui ont également le caractère immobilier, c'est-à-dire qui sont incorporées à l'immeuble, perdent leur individualité et assurent l'utilité de l'immeuble (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 901).

²⁰ Les biens des catégories 12, 14 et 44 ne sont pas considérés comme des immobilisations aux fins de l'application de ces règles.

nette payable pour cet acquéreur sera variable selon la possibilité ou non pour celui-ci de récupérer cette taxe au moyen de CTI.

La présomption inverse est aussi valable : si la TPS n'a pas été payable sur l'immobilisation, n'eût été la production du choix de l'article 167 L.T.A., l'acheteur est réputé acquérir l'immobilisation afin de l'utiliser pour rendre des services dans le cadre d'activités qui ne sont pas commerciales. Dans un tel cas, les règles de changement d'usage ne seront pas applicables et le vendeur n'aura pas à percevoir, ni l'acquéreur à payer les taxes sur les actifs visés par le choix de l'article 167 L.T.A.²¹

1.5. APPLICATION DES TAXES APRÈS LA RÉORGANISATION

L'application des taxes après la réorganisation est fonction des activités exercées par les personnes concernées. Si des fournitures taxables sont effectuées entre des parties liées après la réorganisation, la TPS devra être calculée sur la JVM des biens et services si les activités de l'acquéreur ne sont pas exclusivement des activités commerciales. Qu'il suffise de penser notamment à la fourniture de locaux ou de services administratifs ou à certains services de laboratoire qui pourraient aussi être fournis à un membre du groupe des parties liées.

2. TAXE DE VENTE HARMONISÉE : ONTARIO ET COLOMBIE-BRITANNIQUE

2.1. HISTORIQUE ET CONTEXTE

Le 1^{er} avril 1997 entraient en vigueur les modifications au régime de la taxe d'accise mettant en application la TVH dans les « provinces participantes ». À l'époque, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve-et-Labrador avaient accepté de remplacer leur taxe de vente provinciale (ci-après « TVP ») par la composante provinciale de la taxe d'accise et d'être dorénavant assujettis à la TVH.

Les ministères des Finances de l'Ontario²² et de la Colombie-Britannique²³ ont annoncé que leur taxe de vente au détail provinciale serait

²¹ S.-al. 167(1.1)b)(ii) L.T.A.

²² ONTARIO, ministère des Finances, *Budget de l'Ontario 2009*, 26 mars 2009.

²³ COLOMBIE-BRITANNIQUE, ministère des Finances, *News Release, Harmonized Sales Tax to Boost Investment, Job Creation*, 23 juillet 2009.

abolie pour être plutôt combinée avec la TPS du gouvernement fédéral, pour créer, à compter du 1^{er} juillet 2010, une taxe de vente unique administrée par le gouvernement fédéral et composée de la TPS à 5 % et d'une composante provinciale de 8 % en Ontario et de 7 % en Colombie-Britannique. À ce jour, le projet de loi fédéral n'a pas été déposé et le ministère des Finances prévoit le faire au plus tard au printemps 2010. Les gouvernements provinciaux ont quand même annoncé que des documents administratifs seraient publiés au cours de l'automne afin de mettre en lumière certains des changements qui seront proposés.

À défaut d'avoir en main des avis de motion de voies et de moyens du gouvernement fédéral qui modifieraient expressément la *Loi sur la taxe d'accise* pour y intégrer la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après « TVA ») de l'Ontario ou de la Colombie-Britannique, les annonces faites nous laissent croire que les mesures retenues lors de la mise en place de la TVH en 1997 pourraient inspirer la nouvelle TVA. Compte tenu de l'importance économique du marché ontarien, certaines préoccupations ont toutefois été soulevées quant à la possibilité d'appliquer les règles actuelles du lieu de la fourniture notamment aux services et aux intangibles, afin de déterminer si la fourniture est effectuée en Ontario ou en Colombie-Britannique²⁴.

2.2. IMPACT FINANCIER DE LA TVA

Contrairement au régime de la TPS, les taxes actuellement applicables en Ontario et en Colombie-Britannique sont des taxes de vente au détail (ci-après « TVD ») qui s'appliquent généralement lors de la vente **au détail** de **biens meubles corporels**. Différents processus permettent d'exempter les transactions au cours d'une chaîne de transactions afin de ne taxer que la vente à la consommation, c'est-à-dire la vente au particulier ou à l'entreprise qui consommera le bien. La TVD ne s'applique généralement pas aux services, ni aux biens meubles incorporels ou aux immeubles²⁵.

Le principe connu en TPS concernant la récupération des CTI n'est pas applicable pour la TVD payable. Ainsi, les personnes ayant des activités en Ontario ou en Colombie-Britannique supportent actuellement le coût de la

²⁴ Nos commentaires tiennent compte des annonces effectuées au 25 septembre 2009 et des règles appliquées en 2001 lors de la mise en place de la TVH dans certaines provinces de l'Atlantique. La situation pourrait évoluer dans les mois qui viennent. Une analyse détaillée des règles sera nécessaire lorsque celles-ci seront connues.

²⁵ Sous réserve de la notion de « fixture » qui pourrait être considérée comme un bien meuble corporel.

TVD sur les dépenses engagées pour les biens et services utilisés ou consommés dans le cadre de leurs activités, sous réserve des exceptions, notamment pour la revente et le secteur manufacturier.

La nouvelle TVA payable sur des fournitures acquises dans le cadre d'une activité commerciale pourra généralement être récupérée au moyen de CTI, tout comme la TPS. Pour la plupart des entreprises ayant une activité commerciale au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, comme les entreprises manufacturières, ou le secteur des télécommunications ou de la technologie, la TVA devrait représenter une diminution importante des coûts. Bien que les entreprises de services bénéficieront aussi de la diminution de leurs coûts, elles auront à considérer un impact sur leur prix de vente de leurs services qui deviennent taxables, notamment quant à l'impact de la TPS lorsque l'acquéreur est un consommateur ou qu'il évolue dans des secteurs exonérés.

Comme dans le régime actuel de la TPS, les entreprises évoluant dans les secteurs d'activité exonéré ne pourront avoir droit aux CTI pour la TVH payable. L'augmentation du taux de la taxe aura donc une incidence importante sur les coûts de certaines entreprises, notamment celles évoluant dans le secteur des services financiers.

Des remboursements partiels de la portion provinciale de la TVA seront accordés aux organismes de services publics et des règles particulières seront établies pour le secteur financier. Les taux de remboursement proposés varient selon le type d'organisme et la province concernée et tiennent compte des exemptions actuellement applicables à ces différents organismes dans chacune des provinces concernées.

Des mesures spéciales sont également destinées au secteur immobilier afin de tenir compte de la TVP incluse dans les coûts de construction qui seront assujettis dorénavant à la TVH.

2.3. ASPECTS PRATIQUES

Les personnes qui effectuent la vente ou la location de biens meubles corporels au détail ou de services taxables en Ontario ou en Colombie-Britannique sont tenues d'être inscrites aux fins de la TVD et de la percevoir sur leurs ventes au détail de biens meubles corporels. *A contrario*, les entreprises absentes de ces provinces ne sont généralement pas inscrites aux fins de la TVD actuelle.

La nouvelle TVA exigera plus de suivi de la part des entreprises inscrites au régime de la TPS et ayant des relations commerciales en Ontario

ou en Colombie-Britannique. En effet, les entreprises inscrites au régime de la TPS ou qui sont tenues de l'être devront, à partir du 1^{er} juillet 2010, percevoir la TVA sur toute fourniture taxable effectuée en Ontario ou en Colombie-Britannique (meubles, immeubles ou services), et ce, peu importe leur présence ou non dans ces provinces.

De façon générale, la fourniture de biens et de services en Ontario sera dorénavant taxable au taux de 13 % (lequel taux inclut la TPS à 5 % et la composante provinciale de 8 %). Les fournitures en Colombie-Britannique seront généralement taxables au taux de 12 %, la province ayant choisi d'appliquer une composante provinciale de 7 % plutôt que 8 % comme les autres provinces participantes.

La TVA aura la même assiette fiscale que la TPS, sous réserve de certains allègements au point de vente, notamment pour les livres, les vêtements et chaussures pour enfants, les sièges de bébé et d'appoint pour les voitures, les couches et les produits d'hygiène féminine. De plus, pour la Colombie-Britannique, l'essence et le diesel seront aussi visés par des allègements de la composante provinciale.

Compte tenu du principe de l'harmonisation, les provinces de l'Ontario et de la Colombie-Britannique seront éventuellement considérées comme des « provinces participantes » au sens de la TVH et, en conséquence, les règles prévues à l'annexe IX L.T.A. s'appliqueront afin de déterminer le lieu de la fourniture d'un bien ou d'un service. Après 12 ans d'application de la TVH dans les provinces de l'Atlantique, il est également possible que ses règles soient rafraîchies lors des annonces officielles et la publication d'un avis de motion de voies et moyens. À titre indicatif, voici un sommaire des règles qui seraient applicables en vertu du régime actuel afin de déterminer si une fourniture est effectuée dans une province donnée aux fins de la TVH.

2.4. RÈGLES ACTUELLES DU LIEU DE FOURNITURE

Biens meubles corporels

Les fournitures de biens meubles corporels sont actuellement réputées effectuées dans une province si le fournisseur participe à la livraison, par exemple en engageant le transporteur au nom de son client et en lui transférant la possession du bien en vue de la livraison dans cette province²⁶.

²⁶ Partie II de l'annexe IX L.T.A.

Quant à la location de biens meubles corporels, le lieu de la fourniture est généralement déterminé par l'endroit où est habituellement situé le bien au début de chaque période de location. Si le bail est d'une durée de plus de trois mois, la fourniture est réputée effectuée à l'endroit où le bien est situé au moment de la convention portant sur la fourniture. Des règles spécifiques existent pour certains véhicules.

Les règles actuelles du lieu de la fourniture pour les biens meubles corporels fonctionnent plutôt bien. Toutefois, il convient de noter que celles concernant la location de biens meubles corporels à court terme peuvent être difficiles à appliquer par le fournisseur. En effet, celui-ci n'ayant plus de contrôle sur le bien, il lui est parfois difficile de connaître « l'endroit où est habituellement situé le bien au début de la période » et de déterminer la taxe applicable qu'il doit percevoir, et à quel taux.

Services²⁷

Actuellement, un service est réputé effectué dans une province si 90 % ou plus de la portion canadienne du service est exécutée dans cette province. Une seconde règle crée une présomption selon laquelle le service est réputé rendu dans une province si le lieu où se rapporte la personne ayant négocié la fourniture pour le fournisseur est situé dans la province où au moins 10 % du service est rendu. Finalement, le service est également réputé rendu dans la province où la partie la plus importante du service est rendue si 50 % ou plus du service est exécuté dans les provinces participantes²⁸.

Des règles particulières existent pour certains services spécifiques, notamment les télécommunications et les services de transport²⁹.

²⁷ De nouvelles règles sur le lieu de la fourniture ont été annoncées par le ministère des Finances du Canada le 26 février 2010 et s'appliqueront à partir du 1^{er} mai 2010. Voir CANADA, ministère des Finances, *Communiqué 2010-014*, « Taxe de vente harmonisée (TVH) : règles concernant le lieu de fourniture, l'autocotisation et les remboursements », 26 février 2010. Ces mesures modifient les critères applicables afin de déterminer le lieu de la fourniture des services et des biens meubles incorporels. Le concept de « lieu de négociation de la fourniture » ne sera plus applicable à partir du 1^{er} mai 2010 pour dorénavant laisser plus d'importance au lieu où les biens meubles corporels ou les services seront utilisés.

²⁸ Cette règle est soumise à une exception lorsque le lieu de négociation de la fourniture se trouve à l'étranger et qu'il ne s'agit pas d'un cas où le service est exécuté en totalité ou presque au Canada.

²⁹ *Règlement sur le lieu de fourniture*, DORS/2001-170.

Compte tenu de l'importance de l'Ontario et de la Colombie-Britannique dans l'économie canadienne, il est possible que les règles actuelles soient modifiées afin que la détermination du lieu de la fourniture soit plus représentative de la province où est consommé le service. En effet, les règles applicables accordent une importance à l'établissement où se rapporte le vendeur qui agit pour le fournisseur lors de la négociation du contrat dans la mesure où 10 % des services sont rendus dans la province où est situé cet établissement. Compte tenu du nombre de sièges sociaux dans la mégapole de Toronto et les villes avoisinantes, et compte tenu d'une portion des services qui seraient rendus à ce même endroit, la règle n° 2 telle qu'elle est actuellement rédigée ferait en sorte d'assujettir à la TVA ontarienne beaucoup de services dont la consommation réelle pourrait plutôt être à l'extérieur de la province.

Il est possible que ces règles soient modifiées en vue de l'implantation de la TVA au 1^{er} juillet 2010.

Biens incorporels³⁰

Les règles actuellement applicables concernant le lieu de la fourniture de biens incorporels sont assez semblables aux règles concernant les services et pourraient également être modifiées³¹.

Immeubles

Actuellement, les immeubles sont généralement réputés fournis dans la province où ils sont situés³². Ces règles sont assez simples d'application.

³⁰ *Supra*, note 27.

³¹ Partie III de l'annexe IX L.T.A.

³² Partie IV de l'annexe IX L.T.A.

2.5. LIMITES À LA RÉCLAMATION DE CTI³³

Comme lors de la mise en place de la TVQ en 1992, des restrictions temporaires à la récupération de la TVA pour les grandes entreprises ont été annoncées. Il convient de noter que les remboursements de taxe sur les intrants (ci-après « RTI ») restreints aux fins de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* ont été une source d'inspiration lors de l'établissement des restrictions aux CTI pour la portion provinciale de la TVA.

Comme pour les RTI restreints dans le régime de la TVQ³⁴, les grandes entreprises dont les ventes taxables annuelles dépassent 10 M\$ ne pourront pas récupérer la portion provinciale de la TVA (8 % en Ontario et 7 % en Colombie-Britannique) à l'égard de certaines dépenses bien précises.

Les dépenses visées par les restrictions aux grandes entreprises pour la composante provinciale ontarienne sont les suivantes :

- énergie, à l'exception de l'énergie acquise pour les exploitations agricoles ou utilisée pour fabriquer des produits destinés à la vente;
- télécommunications, à l'exception des services d'accès à Internet et des numéros de téléphone sans frais;
- véhicules routiers de moins de 3 000 kilogrammes (y compris les pièces et certains services) et carburant pour les alimenter;
- aliments, boissons et divertissements.

Le ministère des Finances de la Colombie-Britannique a annoncé des restrictions semblables sans toutefois préciser les détails de celles-ci.

³³ De nouvelles règles ont été publiées le 1^{er} février 2010 par le ministère du Revenu de l'Ontario concernant la récupération des CTI pour la composante provinciale de l'Ontario et de la Colombie-Britannique. Voir ONTARIO, ministère du Revenu, *Avis d'information n° 5*, « Exigence de récupération temporaire des crédits de taxe sur les intrants », 1^{er} février 2010. Le mécanisme proposé diffère du régime applicable en TVQ en ce que l'ensemble des CTI sont admissibles, sous réserve des règles habituelles. Les « grandes entreprises » doivent toutefois remettre ou « récupérer » (selon la terminologie proposée) la portion ontarienne ou britannico-colombienne de la TVH payée ou payable pour les biens et services déterminés.

³⁴ Art. 206.1 et suiv. L.T.V.Q.

La définition de « grande entreprise » n'est pas encore publiée, mais à titre indicatif il convient de noter qu'aux fins de la TVQ, les grandes entreprises sont certaines institutions financières ainsi que toute personne dont la valeur des contreparties des fournitures taxables effectuées au Canada (ou hors du Canada par l'entremise d'un établissement stable au Canada) par elle ou par une personne à laquelle elle est associée excède 10 M\$.

Les restrictions devraient normalement s'appliquer pour une période maximale de cinq ans, après quoi elles devraient être abrogées progressivement sur une période de trois ans. Si les circonstances le permettent, les restrictions aux CTI pourraient être retirées avant ce terme.

Il convient de noter que certaines informations circulent concernant la possibilité que les inscrits soient tenus d'établir et de déclarer séparément la composante provinciale applicable aux CTI restreints.

2.6. TRANSITION

Il est probable que les règles transitoires s'inspireront de celles adoptées lors de la mise en place de la TVH en 1997 afin de favoriser une transition harmonieuse et d'éviter le chevauchement de l'application de la TVA et de la TVD. En principe, la TVA devrait s'appliquer sur les biens consommés en Ontario ou en Colombie-Britannique après le 1^{er} juillet 2010.

Étant donné que le moment où la contrepartie est payée ou payable sera déterminant, les règles de présence prévues dans le régime actuel de la TPS auront également un impact sur l'application de la TVA.

Étant donné que le changement de régime peut avoir un impact considérable sur le secteur immobilier, des règles transitoires ont été annoncées concernant les immeubles, les remboursements partiels et les remboursements transitoires.

Les règles devront être analysées en détail lorsqu'elles seront publiées.

2.7. PRÉOCCUPATIONS DES INSCRITS

Les entreprises doivent être prêtes à appliquer la TVA à leurs achats et ventes et devraient planifier les achats importants en conséquence afin de favoriser la récupération intégrale de la TVA payable après le 1^{er} juillet 2010.

L'arrivée de la TVA pourrait avoir des incidences sur les liquidités des entreprises ainsi que sur leur planification budgétaire. La nature des activités exercées, les achats et les ventes devraient être revus afin de profiter des avantages qu'apportera le nouveau régime et de limiter les incidences négatives liées à sa modification. De même, les termes de financement, l'achat d'immeubles commerciaux par des personnes exerçant des activités exonérées et la possibilité d'augmenter ou de baisser le prix de vente ou de renégocier le prix d'achat constituent des éléments qui pourraient influencer sur les finances d'une entreprise en raison de la modification du régime.

Les fournisseurs devraient également revoir la nature des biens et services qu'ils fournissent afin de s'assurer d'un traitement adéquat des taxes, principalement concernant les biens assujettis aux allègements provinciaux et l'application des règles du lieu de fourniture.

Lorsque les dispositions particulières de la TVA concernant les restrictions aux CTI pour la portion provinciale de la TVA seront connues, les entreprises canadiennes qui acquièrent des biens et services en Ontario ou en Colombie-Britannique devront déterminer rapidement si elles se qualifient de grandes entreprises afin de planifier, le cas échéant, les achats qui pourraient être visés par ces restrictions. Les grandes entreprises devront aussi prendre des mesures afin d'évaluer leur consommation en électricité dans le cadre de la fabrication.

Des règles particulières seront requises afin de tenir compte des limites à la réclamation du CTI pour la TVA des petites et des grandes entreprises à l'égard des remboursements de dépenses à leurs employés. Il est possible que des méthodes différentes soient proposées pour les grandes entreprises qui sont soumises aux restrictions des CTI sur la portion provinciale de la TVA. Les employeurs devront analyser ces propositions en détail, le cas échéant, afin d'utiliser la méthode la plus avantageuse à leur égard.

Compte tenu du fait que le taux de la TVA est plus élevé que celui de la TPS à 5 %, les avantages ou inconvénients liés à la production de certains choix sont amplifiés. Les entreprises auront donc intérêt à réfléchir afin de maximiser les différentes possibilités offertes dans la *Loi sur la taxe d'accise* et de produire les choix requis afin de tirer avantage de ces dispositions.

3. NOUVEAUTÉS

3.1. JURISPRUDENCE RÉCENTE³⁵

La Cour d'appel fédérale a rendu deux décisions très attendues le 16 avril 2009. Il s'agit de l'affaire *Canada c. General Motors du Canada Ltée*³⁶ ainsi que l'affaire *Canada c. Canadian Medical Protective Association*³⁷. Étant donné les questions similaires qui y étaient traitées, les deux causes ont été entendues le même jour.

Dans l'affaire *GM*, la Cour a rendu une décision en faveur du mandataire en reconnaissant à l'employeur le droit aux CTI. Une deuxième question se posait dans ce dossier, à savoir si les services de gestion de placement étaient exonérés. Étant donné la réponse à la première question, la Cour n'a toutefois pas jugé nécessaire de se prononcer sur la seconde.

De plus, il convient de noter que, dans l'affaire *CMPA*, la Cour a conclu que des services de gestion de placement discrétionnaire constituaient des services financiers exonérés aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* et non des services de conseil taxables. Si l'on applique la même logique au régime de la TVQ, le service de placement discrétionnaire devrait être détaxé en TVQ³⁸. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») n'a pas interjeté appel de la décision, mais elle maintient sa position que ces services de placement discrétionnaires sont taxables. Il n'est pas impossible d'ailleurs que la *Loi sur la taxe d'accise* soit amendée rétroactivement afin de clarifier la situation. Les gestionnaires de placement devraient donc continuer à facturer les taxes sur de tels services afin d'éviter un risque éventuel de cotisation. De plus, il est prudent pour les acquéreurs de tels services qui se verraient facturer des taxes de transmettre aux autorités fiscales des

³⁵ Le 14 décembre 2009, le ministère des Finances du Canada a proposé d'apporter certaines modifications au régime de la *Loi sur la taxe d'accise* afin de faire en sorte que les services de gestion de placement, y compris les services discrétionnaires, seront dorénavant taxables. Voir CANADA, ministère des Finances, *Communiqué 2009-115*, « Le gouvernement du Canada réagit à de récentes décisions judiciaires sur l'application de la TPS aux services financiers », 14 décembre 2009. Ces services seront dorénavant clairement exclus de la définition de « service financier » aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*. Les modifications proposées pourraient avoir une portée rétroactive.

³⁶ 2009 CAF 114 (ci-après « *GM* »).

³⁷ 2009 CAF 115 (ci-après « *CMPA* »).

³⁸ Sous le régime de la TVQ, les services financiers sont détaxés.

demandes de remboursements pour taxes payées par erreur afin de protéger leurs droits.

3.2. NOUVELLE VERSION DU BULLETIN DE REVENU QUÉBEC SUR LES REMBOURSEMENTS DE DÉPENSES

Le 30 juin 2009, Revenu Québec a révisé le *Bulletin d'interprétation* TVQ 212-1/R2³⁹. Ce bulletin traite de la politique administrative de Revenu Québec relativement aux méthodes simplifiées qu'un employeur peut utiliser pour calculer les RTI auxquels il a droit lorsqu'il rembourse des dépenses à ses salariés. Parmi les méthodes simplifiées, rappelons la règle du 4,1 % pour les grandes entreprises. Selon cette méthode administrative, l'employeur peut réclamer 4,1 % du montant des dépenses totales⁴⁰ remboursées au salarié si la totalité ou presque (90 %) des dépenses mentionnées sur une note de frais sont taxables. La règle du 4,1 % permet à l'employeur de réclamer ce pourcentage même sur les dépenses restreintes reliées aux grandes entreprises, telles que les frais de représentation, l'essence, la location d'automobile à court terme, le service de téléphone, etc.

Aux fins de déterminer si un inscrit peut utiliser la méthode du 4,1 % pour une note de frais spécifique, on indique aussi que l'inscrit n'a pas à tenir compte du pourboire dans le calcul du pourcentage de fournitures taxables, à moins que celui-ci ne soit inclus dans la facture du fournisseur. La condition du 90 % est donc plus facilement atteignable pour un inscrit dont les dépenses des employés constituent principalement des frais de repas. De plus, la mesure prévue à l'article 457.1.4. de la *Loi sur les impôts*⁴¹ (limite de 1,25 % à l'égard des frais de représentation) ne s'appliquerait pas pour les inscrits qui utilisent la méthode 4,1 %.

Dans les bulletins révisés, on vient préciser ce qu'est une note de frais, à savoir « un relevé des dépenses à caractère personnel engagées par un salarié dans le cadre des activités de son employeur et qui font l'objet de remboursements par ce dernier ». À cet effet, la dépense d'un salarié qui achète des billets de spectacle à donner aux clients de son employeur alors

³⁹ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ 212-1/R3, « Méthodes simplifiées de calcul d'un remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard d'un remboursement de dépenses », 30 juin 2009.

⁴⁰ Incluant la TPS, la TVQ et les pourboires, le cas échéant.

⁴¹ L.R.Q., c. I-3 et mod.

qu'il n'accompagne pas les clients ne pourrait constituer une dépense à caractère personnel engagée dans le cadre des activités de l'employeur. Une grande entreprise ne pourrait donc réclamer de RTI sur cette dépense en utilisant la méthode du 4,1 % puisqu'il ne s'agirait pas d'une dépense remboursée par note de frais. Le mandataire n'aurait droit dans ce cas à aucun RTI puisqu'il ne pourrait utiliser la méthode simplifiée et qu'il s'agit d'une dépense visée par les restrictions.

La dépense liée à l'acquisition d'un véhicule, incluant une location de plus de 30 jours, est exclue des dépenses pouvant faire l'objet de la méthode du 4,1 %.

Le bulletin prévoit aussi qu'un inscrit ne peut utiliser la méthode rétroactivement sur une note de frais alors qu'il a déjà réclamé des RTI basés sur le montant exact de la TVQ.

La méthode administrative du 4,1 % comporte de nombreuses particularités auxquelles il faut être attentif. Notons finalement que d'autres bulletins d'interprétation sur des sujets similaires ont aussi été ajoutés, modifiés et/ou annulés par Revenu Québec. Voici la liste de ces bulletins :

Nouveau :

TVQ. 211-5, « Méthode simplifiée de calcul d'un remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard d'une allocation de dépenses », 30 juin 2009.

Modifié :

TVQ. 211-3/R2, « Remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard d'une allocation de dépenses » (intègre le TVQ. 211-2 et le TVQ. 211-4/R1), 30 juin 2009.

Annulés :

TVQ. 211-2/R1, « Caractéristiques d'une allocation de dépenses », 30 juin 2009;

TVQ. 211-4/R2, « Indemnité pour frais de déplacement versée en vertu du Décret de la construction », 30 juin 2009.

3.3. POLITIQUE ADMINISTRATIVE RELATIVEMENT À LA PROCÉDURE DE TRAITEMENT ACCÉLÉRÉ (FAST TRACK)

Il existait une politique administrative par l'entremise de laquelle un acquéreur pouvait, dans certains cas, recevoir un remboursement plus rapide de taxes et ainsi payer les taxes dues au fournisseur relativement à cette transaction sans avoir à attendre son remboursement. Pour des raisons administratives, Revenu Québec et l'ARC ont suspendu temporairement la procédure de traitement accéléré.

4. ERREURS FRÉQUENTES

4.1. LOYERS ADDITIONNELS

Lors de la signature d'un bail commercial, il arrive souvent que l'on y prévoie le paiement de montants nommés « loyers additionnels » en plus du loyer de base. Ces montants supplémentaires pourraient être, par exemple, des frais liés aux aires communes, aux primes d'assurance, aux taxes foncières, aux redevances municipales pour l'eau, aux taxes d'affaires ou aux ventes. La question se pose souvent à savoir si ces montants additionnels sont taxables ou non. Il faut savoir que, si ces sommes sont exigées au terme d'une convention de bail à titre de loyer additionnel, elles seront taxables puisqu'elles seront considérées comme faisant partie de la contrepartie du loyer commercial taxable. Dans certains cas, les inscrits omettent de taxer les montants en considérant que certains de ces frais ne sont pas taxables lorsque le propriétaire les paie directement à la municipalité (exempt de taxes foncières). La facturation de ces frais au locataire par le propriétaire de l'immeuble a pour effet de rendre les montants taxables, le remboursement de ces frais n'étant qu'une façon d'établir le montant du loyer additionnel payable par le locataire pour l'utilisation de l'immeuble.

Il convient également de noter que ces montants demeurent du loyer même si le locataire verse directement le montant à la tierce personne (municipalité). Par contre, si le locataire a l'obligation de verser une taxe à une tierce personne en vertu d'une loi, alors le montant ne sera pas taxable comme du loyer, et ce, même si le bail prévoyait que le locataire avait l'obligation de payer directement cette taxe à l'autorité concernée.

4.2. CRÉANCES IRRÉCOUVRABLES

La *Loi sur la taxe d'accise*⁴² permet de faire une déduction dans le calcul de la taxe nette d'un fournisseur lorsque tout ou partie de la contrepartie et des taxes payables à l'égard d'une fourniture est devenu une créance irrécouvrable et a été radié des livres comptables du fournisseur. Ainsi, lorsque l'acquéreur n'a aucun lien de dépendance avec le fournisseur et que ce dernier a déjà déclaré et versé la totalité des taxes payables relativement à la fourniture, il peut, dans les quatre ans suivant la date limite de production du formulaire visant la période au cours de laquelle la créance irrécouvrable a été radiée, réduire sa taxe payable dans sa prochaine déclaration.

Cette règle est de plus en plus connue et utilisée par les inscrits. Cependant, il est important de garder à l'esprit l'application de la règle inverse lors du recouvrement d'une créance irrécouvrable. En effet, la *Loi sur la taxe d'accise* prévoit aussi des rajustements de taxes lors du recouvrement d'une créance irrécouvrable⁴³. Mentionnons que la *Loi sur la taxe d'accise* prévoit des formules précises afin de déterminer le montant exact qui peut être déduit dans le calcul de la taxe nette lors d'une créance irrécouvrable ainsi que le montant qui doit être ajouté dans le calcul de la taxe nette lors d'un recouvrement de créance irrécouvrable.

4.3. DEVICES ÉTRANGÈRES

Dans le contexte économique actuel, il peut être tentant de tirer avantage de la fluctuation du taux de change lors de transactions en devises étrangères. Or, nous vous rappelons qu'en plus de la *Loi sur la taxe d'accise*, l'ARC a depuis longtemps publié une politique administrative⁴⁴ relativement à la détermination de la valeur en monnaie canadienne de la contrepartie d'une fourniture lorsque celle-ci est exprimée en devise étrangère.

Tout d'abord, l'article 159 L.T.A. édicte que la conversion de la contrepartie exprimée en devise étrangère s'effectue selon le taux de change en vigueur le jour où la taxe est payable ou un autre jour que le ministre juge acceptable. Le paragraphe 168(1) L.T.A. prévoit la règle générale selon laquelle la taxe est payable par l'acquéreur au premier en date suivant le jour

⁴² Par. 231(1) L.T.A.

⁴³ Par. 231(3) L.T.A.; art. 446 L.T.V.Q.

⁴⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Série des mémorandums sur la TPS/TVH G300-7-100*, « Devise étrangère (TPS 300-7-100) », 15 mars 1994.

où la contrepartie de la fourniture taxable est payée et suivant le jour où cette contrepartie « devient due ». De plus,

« la contrepartie d'une fourniture taxable est réputée devenir due le premier en date des jours suivants :

- le premier en date du jour où le fournisseur délivre, pour la première fois, une facture pour tout ou partie de la contrepartie et du jour apparaissant sur la facture;
- le jour où le fournisseur aurait délivré une facture pour tout ou partie de la contrepartie n'eût été d'un retard injustifié;
- le jour où l'acquéreur est tenu de payer tout ou partie de la contrepartie au fournisseur conformément à une convention écrite »⁴⁵.

Quant à savoir quels sont les autres jours que le ministre juge acceptables pour effectuer la conversion en devises canadiennes, la *Série des mémorandums sur la TPS/TVH G300-7-10*, « Devise étrangère (TPS 300-7-10) », indique ce qui suit :

- le jour où la contrepartie de la fourniture est payée;
- le jour où les devises étrangères ont été acquises;
- le taux de change moyen pendant le mois dans lequel la taxe est payable.

L'ARC exige que toute autre méthode lui soit soumise par écrit avant d'être utilisée afin qu'elle l'approuve. De plus, toute méthode utilisée doit être appliquée de façon uniforme pendant au moins un an. Le fournisseur doit conserver des pièces justificatives et doit tenir ses livres et registres de manière à démontrer la méthode employée.

L'ARC mentionne que l'on doit utiliser les taux de change établis par une banque à charte canadienne, par la Banque du Canada ou encore le taux indiqué par la Direction générale des douanes du ministère pour la conversion de la valeur dans le cas des droits sur les marchandises importées. Des pièces justificatives doivent aussi être conservées afin d'établir le taux de change utilisé qui était en vigueur le jour de la conversion. Il faut être prudent lorsque l'on tente de profiter des fluctuations des taux de change.

⁴⁵ Art. 152 L.T.A.

4.4. DOCUMENTATION

Finalement, l'un des sujets qui fait actuellement couler beaucoup d'encre et qui fait l'objet de négociations avec les autorités fiscales est sans conteste la question de la documentation justifiant les demandes de CTI/RTI. À cet égard, il convient de rappeler qu'un inscrit doit avoir en sa possession l'ensemble de la documentation justifiant la demande de CTI/RTI au moment où il en fait la demande. Ces informations devraient idéalement figurer sur la facture du fournisseur, mais elles peuvent également être mentionnées sur un ensemble de documents en la possession de l'acquéreur. Parmi les éléments clés figurent le nom ou le nom commercial du fournisseur et de l'acquéreur, ou le nom de son agent ainsi que les numéros de TPS/TVQ du fournisseur et une description suffisante de la fourniture. Les dossiers fournisseurs doivent être étoffés et complets afin de pouvoir démontrer lors d'une vérification que l'ensemble des informations requises est bien disponible. Ce commentaire est particulièrement important dans le contexte de transactions au sein d'un groupe lié lorsque des changements majeurs sont intervenus dans le groupe à la suite d'une réorganisation qui peut inclure une liquidation, une dissolution ou une fusion.

CONCLUSION

Pour conclure, il est important d'allouer un peu de temps dans notre planification de projet afin de pouvoir analyser en détail les conséquences possibles en TPS/TVQ dans le cadre d'une réorganisation ou de la constitution d'une pratique professionnelle en société. Les analyses doivent tenir compte des activités exercées par les différentes parties ainsi que des actifs transférés. Elles doivent aussi comprendre une revue des incidences des différentes étapes de la transaction en plus d'une revue des transactions courantes après la réorganisation.

L'harmonisation annoncée des provinces de l'Ontario et de la Colombie-Britannique pourra aussi changer bien des choses pour les entreprises québécoises en augmentant leurs responsabilités fiscales à l'égard de la perception des taxes. Différentes mesures peuvent être prises dès maintenant afin de s'assurer que les entreprises seront prêtes à gérer ce changement au 1^{er} juillet 2010 et qu'elles pourront bénéficier du régime le plus avantageux pour les transactions pouvant faire l'objet d'une planification. À cet effet, il convient aussi de souligner la rumeur quant à un changement de taux anticipé de la TVQ dès janvier 2010, ce qui tient les praticiens des taxes indirectes en alerte.

Périodiquement, les pratiques des vérificateurs se modifient en raison de la conjoncture économique, des changements législatifs ou des pratiques commerciales. Les nouveautés et erreurs fréquentes établies ne sont que quelques-uns des éléments qui font souvent l'objet de cotisation et dont nous avons choisi de vous faire part dans le cadre de ce texte et qui démontrent les tendances en matière de cotisation.

Sous une apparence simple, la TPS et la TVQ nous réservent encore bien des surprises. L'intervention d'un spécialiste des taxes à la consommation peut aider les mandataires à déterminer leurs risques et les remboursements auxquels ils ont droit et à prendre les mesures afin de rectifier des situations potentiellement problématiques.

**PRÊTS, PAS PRÊTS... J'ARRIVE!
LES INCIDENCES DES IFRS SUR LA FISCALITÉ**



Jason Doucet
CA
Ernst & Young
s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

SURVOL..... 28:3

1. LA CONSTATATION DES REVENUS..... 28:9

2. PROVISIONS..... 28:12

3. IMMOBILISATION CORPORELLE..... 28:13

3.1. AMORTISSEMENT..... 28:13

3.2. MAINTIEN ET RÉPARATION 28:15

3.3. CHOIX DE LA JUSTE VALEUR MARCHANDE..... 28:17

4. DÉPRÉCIATION D'ACTIFS..... 28:18

CONCLUSION 28:39

SURVOL*

Avec les normes internationales d'information financière (ci-après « IFRS ») s'amorce une nouvelle ère pour les sociétés canadiennes. D'ici 2011, toutes les sociétés canadiennes ayant une obligation publique de rendre des comptes devront adopter ces nouvelles règles comptables et relever les défis qui en découlent. Bien que les premiers états financiers à préparer selon les IFRS ne soient requis que pour les exercices ouverts à compter de 2011, les entreprises seront tenues de présenter des données comparatives pour l'exercice 2010. C'est pourquoi la planification en vue de la transition commence maintenant!

Dates importantes

En prenant comme exemple une société canadienne publique avec une fin d'exercice au 31 décembre, la « date de transition » aux fins de la conversion aux IFRS sera le 1^{er} janvier 2010. Cela étant dit, bien que la société soit tenue de préparer des états financiers selon les nouvelles normes seulement qu'à compter de 2011, la société doit calculer l'ajustement transitoire requis en vertu des IFRS en date du 1^{er} janvier 2010. Cet ajustement transitoire sera reflété dans les bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») d'ouverture de l'entreprise de l'année 2010 et fera partie du bilan comparatif aux fins des états financiers IFRS publiés pour 2011. De plus, la société devra montrer des montants comparatifs d'impôt sur les bénéfices pour l'année 2010 en vertu des nouvelles normes. Il est important de noter que l'information comparative de 2010 doit être disponible lors de la divulgation des états financiers du premier trimestre de 2011 et ne peut être ainsi calculée seulement à la fin de 2011.

À partir du 1^{er} janvier 2011, la société comptabilisera l'information financière selon les normes IFRS. Ainsi, cette information sera utilisée pour préparer les premiers états financiers IFRS de la société. De plus, avant la fin de juin 2012, la société utilisera ces états financiers lors de la production des

* **Remarque :** La terminologie employée au chapitre 3465, « Impôts sur les bénéfices », du *Manuel de l'ICCA* (INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chap. 3465.) et à la norme comptable internationale IAS 12, « Impôts sur le résultat » (ci-après « IAS 12 »), diffère. Nous désirons aviser le lecteur que dans le présent document, les termes suivants, soit : « impôt(s) futur(s) », « impôt(s) reporté(s) » et « impôt(s) différé(s) », ont la même signification et sont utilisés aussi bien dans le cadre des discussions concernant l'une ou l'autre des normes. Il en est également ainsi pour les expressions « écart(s) temporaire(s) », « différence(s) temporelle(s) » et « différence(s) temporaire(s) ».

premières déclarations de revenus selon les normes IFRS. Ces déclarations de revenus incluront l'information financière de 2011 ainsi que l'ajustement transitoire du 1^{er} janvier 2010 et les ajustements IFRS/normes canadiennes requis pour l'année 2010.

La norme IAS 12

Pendant plusieurs années, l'International Accounting Standards Board (ci-après « IASB ») a étudié la possibilité d'apporter des modifications à la norme IAS 12 qui porte sur les impôts sur le résultat. C'est de là qu'a découlé le projet de convergence à court terme entre l'IASB et le Financial Accounting Standards Board (ci-après « FASB ») des États-Unis visant à harmoniser les deux ensembles de normes relatives à la comptabilisation des impôts. Le FASB a suspendu ses délibérations sur le projet en 2008 et depuis, l'IASB a publié un exposé-sondage en mars 2009 qui présentait les changements recommandés à l'IAS 12. Celui-ci était ouvert aux commentaires du public jusqu'au 31 juillet 2009. Parmi les changements proposés dans l'exposé-sondage, notons le traitement des incertitudes fiscales, l'élimination de la nécessité de remonter à l'origine (mentionné subséquemment dans ce texte comme étant le *backward tracing*), des modifications aux exigences de présentation par voie de notes, les impôts différés relativement aux écarts externes des placements et le calcul de la valeur fiscale. À la suite des commentaires reçus, l'IASB a retiré l'exposé-sondage. En mars 2010, l'IASB a publié un document de position avec des cours d'action possibles en ce qui concerne l'IAS 12, mais n'a pas encore donné suite à ces recommandations. Conséquemment, le présent texte ne tient pas compte des changements proposés dans l'exposé-sondage IAS 12. Bien que ce texte ait été rédigé à l'origine avec les questions et les commentaires concernant l'exposé-sondage, ces observations ne sont plus pertinentes à la suite de la décision de l'IASB d'annuler l'exposé-sondage. Si les modifications proposées dans l'exposé-sondage étaient adoptées, l'impact sur les observations contenues dans ce document serait significatif.

Il existe plusieurs différences avec le chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA* et l'incidence de ces différences doit être prise en compte individuellement par chaque entreprise. Une différence peut représenter un changement clé pour une entreprise et non pour une autre. Parmi les différences les plus susceptibles de toucher les entreprises, citons la présentation par voie de notes, le *backward tracing*, les transferts intersociétés, les regroupements d'entreprises et les différences temporelles sur les actifs et les passifs non monétaires étrangers.

Le passage aux IFRS peut également influencer sur une société bien au-delà de ses conventions comptables. Les IFRS nécessiteront des changements dans des domaines comme la technologie, les processus et la main-d'œuvre d'une entreprise, et ce, dans le contexte du cycle de fiscalité, soit la comptabilisation des impôts, la planification, l'observation et les contestations fiscales. Par exemple, une entreprise pourrait se voir dans l'obligation de revoir ses structures financières si les changements aux valeurs du bilan influent sur les règles relatives à la capitalisation restreinte. Aussi, il pourrait s'avérer nécessaire de repenser le processus de collecte d'informations aux fins de la provision d'impôts pour être en mesure de recueillir toute nouvelle information requise pour répondre aux nouvelles exigences inhérentes aux IFRS.

Pour certains, l'adoption des IFRS constitue un problème uniquement canadien. Toutefois, en adoptant les IFRS, un groupe multinational doit tenir compte de toutes les sociétés le composant, et ce, dans toutes les juridictions. Actuellement, plusieurs pays ont déjà adopté les IFRS et par conséquent, l'introduction de ces dernières au Canada pourrait ne pas influencer sur certaines entités du groupe. Or, pour certaines sociétés situées dans des pays sous le régime des principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR »), l'incidence de l'adoption des IFRS pourrait être considérable.

Nous avons beaucoup appris de divers projets d'adoption des IFRS menés ailleurs et de l'achèvement des étapes initiales du basculement aux IFRS au Canada. Voici un sommaire de ce que l'équipe de fiscalité devrait se rappeler en vue de faciliter le processus d'adoption :

- commencer tôt et maintenir le cap;
- donner une formation appropriée;
- s'assurer que l'on comprend bien l'ensemble des différences techniques et en évaluer l'incidence;
- coordonner les champs de travail fiscalité et les champs de travail comptabilité;
- élaborer un projet de fiscalité détaillé et son calendrier;
- incorporer les revues et les rapprochements appropriés;
- saisir les possibilités d'améliorer les processus fiscaux actuels.

Questions sur la conversion

Pour bon nombre, l'adoption des IFRS représente un défi tout nouveau. Pour tous, les IFRS signifient le changement. Il est essentiel de planifier et de bien comprendre l'environnement. L'un des principaux éléments à prendre en compte demeure le degré souhaité d'information à fournir selon les IFRS, à savoir l'adoption des IFRS doit-elle se refléter à l'échelle de l'entité (c'est-à-dire ajustement comptabilisé au niveau de la filiale) ou demeurer à l'échelle du groupe (c'est-à-dire ajustement comptabilisé au niveau consolidé par le biais d'écritures extracomptables)?

En vue de tirer une conclusion quant à l'approche désirée, une société doit en évaluer l'incidence sur les différents éléments de ses activités, dont son service et ses fonctions fiscalité. Cette évaluation nécessite la compréhension de la situation actuelle ainsi qu'un examen des besoins au moment de la conversion et pour assurer la continuité. Les gens, les processus et la technologie sont trois aspects clés dont il faut tenir compte au cours de la conversion. Un examen détaillé est essentiel avant de prendre une décision quant à l'approche à adopter.

Les deux options présentent des avantages et des inconvénients, lesquels devraient être longuement étudiés afin de déterminer l'approche de la société. Par exemple, l'adoption des IFRS à l'échelle du groupe aura pour avantage de limiter l'effet du changement au niveau des sociétés du groupe puisque les redressements découlant des IFRS pour chaque société seront reflétés au niveau consolidé par des écritures de consolidation. Cela peut se comparer au processus applicable lorsqu'un groupe doit présenter son information financière selon les PCGR américains et que les redressements pour les différences entre les PCGR canadiens et américains sont traités à l'échelle du groupe. Cependant, cette approche soulève des questions, notamment dans le domaine de la fiscalité. Par exemple, si un nombre élevé de redressements découlant des IFRS est requis, est-il faisable d'assurer le suivi de ces redressements à l'échelle du groupe? Le groupe de consolidation a-t-il un personnel assez important pour effectuer ce travail additionnel? Les systèmes et processus d'information actuels des filiales ont-ils la capacité de recueillir l'information devant être fournie au groupe? Quel type de formation faudra-t-il offrir au personnel de chaque entité? Bien que l'adoption des IFRS à l'échelle de l'entité puisse faciliter le processus de consolidation, cette option nécessite d'être étudiée de près. Notamment, cette approche augmentera-t-elle de beaucoup les exigences de formation dans l'ensemble du groupe? Ou encore, si les autorités fiscales du pays local en venaient à ne pas accepter les états financiers préparés selon les IFRS, serait-il nécessaire de tenir un deuxième jeu de livres aux fins fiscales?

La conversion aux IFRS pourrait appliquer une pression considérable sur le personnel d'une entreprise, tout spécialement là où le service de fiscalité est déjà réputé « squelettique ». Au même titre que d'autres services financiers de l'entreprise, le service de fiscalité doit comprendre les nouvelles règles IFRS. Les différences propres aux impôts entre le chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA* et l'IAS 12 comptent parmi ces règles, de même que les normes non liées aux impôts, mais qui pourraient avoir une incidence sur les impôts. C'est pourquoi il importe de bien comprendre le degré de participation de toutes les entités dans la détermination des exigences en temps et en ressources. Par exemple, le fait que les fonctions fiscalité d'une entreprise soient centralisées peut être déterminant en ce qui a trait au travail à effectuer par le personnel et à la formation requise. Si les fonctions sont centralisées, la formation sur les IFRS pourrait n'avoir lieu qu'au service de fiscalité du siège social, peu importe si l'adoption des IFRS se fait à l'échelle du groupe ou de l'entité. Toutefois, si une partie de la fonction fiscalité incombe à des entités distinctes du groupe, la formation sur les IFRS devra également être offerte à l'échelle de l'entité, même si l'approche groupe a été retenue pour l'adoption des IFRS. Dans une situation comme dans l'autre, il est essentiel de déterminer qui sera disponible pour offrir la formation au personnel de fiscalité. Dans quelles mesures ces ressources sont-elles disponibles à l'interne et comment pourra-t-on contrebalancer tout manque à gagner possible (augmentation de l'effectif, utilisation de conseillers externes, etc.)? La capacité de répondre à ces questions aide à évaluer les défis que doit surmonter un service de fiscalité tant du point de vue des ressources que de celui des coûts financiers.

La compréhension des nouvelles exigences selon les IFRS est également essentielle pour évaluer leurs effets sur les processus fiscaux en place. Un service de fiscalité devrait étudier les procédures et politiques fiscales en vigueur afin de déterminer si elles continueront de répondre aux besoins une fois le basculement aux IFRS effectué. Par exemple, si l'on retient une approche groupe aux IFRS, l'information requise concernant les nouvelles exigences d'information à fournir sera-t-elle accessible au service de fiscalité pour toutes les entités du groupe? Ou encore, le service de fiscalité possède-t-il des connaissances suffisantes en matière de fiscalité locale pour adéquatement évaluer et déterminer les bases fiscales selon les IFRS? C'est en posant ces questions qu'un service de fiscalité sera en mesure de prévoir les changements nécessaires aux processus.

Pour l'exercice au cours duquel a lieu l'adoption, le processus entourant la documentation sera déterminant et les sociétés devront s'assurer de maintenir une piste de vérification appropriée puisque le rapprochement entre les PCGR du Canada et les IFRS sera requis et divulgué aux fins des

états financiers, mais aussi pour étayer les feuilles de travail aux fins des déclarations de revenus. Il est prévu que ces différences et redressements seront étudiés de près par les autorités fiscales canadiennes au moment de la vérification. Les entreprises devraient s'assurer que des processus sont en place pour préparer le rapprochement pendant l'exercice au cours duquel a lieu la conversion, mais également pour faire le suivi de ces différences dans les périodes qui suivront la conversion. Si les IFRS sont adoptés à l'échelle de l'entité, ce type de rapprochement sera important pour toutes les entités dans leur propre territoire de compétence fiscale. Les contrôles internes et leurs documentations devront également être revus particulièrement si l'adoption des IFRS a nécessité des changements significatifs du point de vue des processus du cycle de la fiscalité. Les sociétés qui sont actuellement en conformité avec l'article 404 de la *Loi Sarbanes-Oxley*¹ ou le Règlement 52-109 devront faire en sorte que des contrôles soient en place tout au long de la conversion ainsi qu'après celle-ci. Il convient de noter que le basculement aux IFRS peut également être perçu comme une occasion d'adopter des pratiques exemplaires (*Best Practices*) et de revoir les processus existants. Dans certaines situations, il peut même être désirable sinon nécessaire d'apporter des changements aux processus ou aux feuilles de travail requis lors de la préparation de la provision d'impôt ou de la déclaration de revenus.

Un service de fiscalité se doit également de tenir compte de l'élément technologie. Par exemple, si un logiciel est utilisé aux fins de la préparation de la provision pour les impôts, l'établissement du plan comptable du grand livre général dans le logiciel devra-t-il être réexaminé et mis à jour pour tenir compte des modifications aux IFRS? Compte tenu de l'exigence de préparer des données comparatives selon les IFRS en 2010, la technologie en place permettra-t-elle la présentation des informations financières et fiscales selon les deux régimes en 2010? Pour les sociétés qui n'utilisent aucun logiciel dans le cadre de leur processus de provision pour les impôts, la conversion aux IFRS pourrait se révéler un moment idéal pour étudier la possibilité de mettre en œuvre un tel outil.

L'importance de la technologie ne se limite pas aux logiciels du service de fiscalité. Notamment, les IFRS prévoient la comptabilisation des impôts sur les opérations intersociétés, les impôts différés étant comptabilisés au taux du vendeur. Une analyse de l'information disponible à partir des systèmes financiers existants serait requise en vue de s'assurer que le service

¹ Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (ci-après « SOX »).

de fiscalité disposera de l'information nécessaire pour tenir compte de l'incidence fiscale sur ces opérations.

À l'image de tant d'autres mandats de conversion, la tenue d'une feuille de route s'impose pour garantir une transition sans heurts. Un atelier sur la fiscalité visant à étudier la situation actuelle, les changements prévus, les exigences en matière de temps et de ressources représente un excellent outil de planification et l'endroit tout indiqué où commencer.

Incidence sur la conformité fiscale

Le passage aux normes IFRS a déjà eu lieu dans plusieurs pays, notamment la plupart des pays de l'Union européenne, rendant ainsi possible l'observation des conséquences pour mieux se préparer. Fait notable, lors de la transition, certaines entreprises se sont retrouvées à payer des impôts plus rapidement que prévu, diminuant directement leurs flux monétaires. Effectivement, le passage aux IFRS peut créer un changement aux impôts courants et aux impôts reportés, changeant ainsi le moment d'imposition plutôt que le montant imposé. Sans aller plus loin, on remarque que cette situation soulève une question importante : comment l'application rétroactive sera-t-elle imposée? Dans certaines juridictions fiscales, cet ajustement a été imposé l'année du passage aux IFRS ou ajouté aux revenus sur une période de temps. Au Canada, on ne dispose jusqu'ici que de très peu d'indications sur cette question et l'imposition dépendra probablement de la nature des ajustements.

1. LA CONSTATATION DES REVENUS

Aspects comptables

Les PCGR canadiens avec le chapitre 3400, « Produits », du *Manuel de l'ICCA* et les IFRS avec l'IAS 18, « Produits des activités ordinaires », s'entendent sur les critères de base de la constatation des revenus : « [...] tous les risques et avantages importants inhérents à la propriété ont été transférés, le vendeur n'exerce plus un droit de gestion sur les biens, la mesure de la contrepartie et l'estimation des rendus ainsi que le recouvrement final sont raisonnablement sûres ».

Toutefois, du côté des PCGR, le Comité sur les problèmes nouveaux CPN-141, « Constatations des produits », contient des indications supplémentaires sur le moment de la constatation. Par exemple, des indications sont fournies lorsqu'il existe des droits de retour, des ventes annulables, des frais non remboursables, etc. Il faut cependant faire preuve

de discernement avant d'affirmer que l'absence de ce CPN dans les IFRS donne une plus grande latitude pour la constatation des produits. Les CPN n'apportent que des informations supplémentaires plutôt que des exigences précises à respecter. À lui seul, le chapitre 3400 du *Manuel de l'ICCA* devrait être suffisant pour déterminer si la constatation est adéquate. Les professionnels doivent donc se servir de leur jugement afin de déterminer si les critères sont respectés.

La norme IAS 18, quant à elle, ne dispose pas, du moins pour le moment, d'un équivalent au CPN-141. La norme comme telle est cependant plus explicative et donne plus de directions pour l'application de la norme, mais requiert encore une fois le recours au jugement professionnel.

Législation canadienne

La constatation du revenu n'a pas la même teneur en comptabilité qu'en fiscalité. En comptabilité, l'objectif est de refléter une image fidèle de la situation financière de l'entreprise établie sur des postulats comptables, entre autres, la primauté de la substance par rapport à la forme et au rapprochement des produits et des charges. En fiscalité canadienne, la teneur légale d'une transaction prime la réalité économique. En d'autres termes, la réalisation d'un profit ou d'une perte est liée à une relation juridique se rattachant à chacune des transactions prises individuellement.

L'article 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² est le point de départ de l'analyse des inclusions et des déductions à considérer dans la détermination du revenu de l'entreprise. Il se lit comme suit : « Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le revenu qu'un contribuable tire d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année. » (Notre soulignement)

Dans la citation, on ne fait pas référence aux PCGR ou à d'autres normes comptables pour la détermination du revenu. La jurisprudence a spécifié « que le droit n'exige pas que l'on recoure aux mêmes méthodes comptables pour les états financiers que pour le calcul de l'impôt sur le revenu »³.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

³ *Canderel Ltd. c. La Reine*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 18 (ci-après « *Canderel* »).

Dans le pourvoi de l'arrêt *Symes c. Canada*⁴, il reprend en version française le concept de bénéfice établi par la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Royal Trust* stipulant :

« [...] 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 aux principes *bien reconnus de la pratique courante des affaires*⁵. »

Par la suite, la Cour suprême du Canada a établi des principes dont l'objectif est d'obtenir une image fidèle du bénéfice de la société pour une période donnée. À cette fin, le contribuable est libre d'adopter toute méthode qui n'est pas incompatible avec : a) les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; b) les principes dégagés par la jurisprudence ou les « règles de droit » établies; et c) les principes commerciaux reconnus⁶.

En effet, au cours des dernières décennies, les entreprises produisaient leurs états financiers selon les PCGR. Ceux-ci reflétaient une image fidèle de la situation financière de l'entreprise. Donc, d'entrée de jeu, les principes utilisés antérieurement répondaient aux critères établis par la jurisprudence relativement au concept de refléter une image fidèle de l'entreprise. Les mêmes principes continuent d'être utilisés pour les sociétés privées canadiennes, laissant ainsi présager une mise à jour continue de ces principes.

Serait-il possible de produire des états financiers selon les normes IFRS, processus obligatoire pour des sociétés publiques ouvertes après le 1^{er} janvier 2011 et, en parallèle, produire des états financiers en fonction des PCGR existants uniquement à des fins fiscales? On en convient, la production de deux jeux d'états financiers peut représenter pour certaines organisations un coût supplémentaire important. Malgré tout, dans certaines situations, le coût en question peut être marginal par rapport à l'impôt courant supplémentaire exigible suivant la conversion aux IFRS.

Dans l'éventualité où l'on puisse produire des états financiers selon l'une ou l'autre des normes (c'est-à-dire IFRS ou PCGR), selon la jurisprudence actuelle, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image compatible avec la loi, la

⁴ [1993] 4 R.C.S. 695 (ci-après « *Symes* »).

⁵ *Id.*, par. 40.

⁶ *Canderel*, précité, note 3.

jurisprudence et les principes commerciaux reconnus : « [...] il y a alors déplacement de la charge de la preuve et le ministre est alors tenu de prouver que le chiffre ne constitue pas une image fidèle du revenu ou qu'une autre méthode de calcul donnerait une image plus fidèle⁷. »

Pour le contribuable, les arguments précédents semblent permettre de débattre l'objectif de présentation d'une image fidèle.

Impact des changements comptables sur la fiscalité canadienne

Les traitements comptables concernant la constatation des revenus ont donc des impacts sur l'impôt. À cet égard, si le traitement fiscal suit le comptable, l'entité se retrouve dans une situation d'impôt courant. À cet effet, une analyse rigoureuse de l'IAS 18 s'impose afin de déterminer les implications de cette norme et les latitudes qu'elle permet. De plus, l'incidence sur les flux monétaires de l'ajustement transitoire devrait être considérée par l'entreprise. D'un autre côté, si l'on conclut que nous suivons le traitement sans applications des IFRS, basé sur l'exposé factuel de la jurisprudence citée préalablement, l'entreprise présentera un actif ou un passif d'impôt futur qui se résorbera à travers le temps.

2. PROVISIONS

Aspects comptables

En vertu des PCGR canadiens, aucun chapitre n'est destiné exclusivement à la comptabilisation des provisions. Le chapitre 1000, « Fondements conceptuels des états financiers », du *Manuel de l'ICCA* expose cependant les caractéristiques essentielles d'un passif. Selon ces caractéristiques, une provision doit être comptabilisée lorsque : a) un engagement avec un tiers doit entraîner un règlement futur; b) l'engagement représente une obligation à laquelle l'entreprise ne peut se soustraire; et c) le fait à l'origine de l'obligation a déjà eu lieu.

Les IFRS prévoient un chapitre spécifique sur les provisions. En vertu de l'IAS 37, une provision doit être comptabilisée lorsqu'il est probable qu'une sortie de ressources représentatives d'avantages économiques futurs sera nécessaire pour éteindre l'obligation. L'obligation doit par ailleurs résulter d'un fait passé et peut être légale comme constructive. Par la création d'un chapitre consacré uniquement aux provisions et à des

⁷ *Id.*, par. 52.

indications précises sur la comptabilisation de celles-ci, on peut donc s'attendre à un éventuel accroissement de la constatation de provisions. Par conséquent, certains éléments pourraient être constatés en vertu des normes IFRS existantes, mais pas en vertu des PCGR du Canada.

Législation canadienne

Sur le plan fiscal, la règle générale consiste à déduire la provision au moment où elle est réalisée. À titre d'exemple, les passifs relatifs aux cotisations à des régimes à prestation déterminée font l'objet d'un ajustement dans la déclaration de revenus pour en arriver à une base de comptabilité de caisse. Autrement dit, on déduit le montant déboursé au cours de l'année malgré une application comptable⁸ basée sur l'amortissement d'une obligation future. Les provisions déductibles demeurent celles permises par l'article 20 L.I.R. dont les plus courantes sont les alinéas 20(1)l) « créance douteuse », 20(1)l.1) « provision pour garanties » et 20(1)m) « provision relative à certaines marchandises et à certains services » L.I.R.

Impact des changements comptables sur la fiscalité canadienne

À la suite du changement de la notion de probabilité, on s'attend à ce que les provisions comptables soient plus fréquentes avec les IFRS que les PCGR. Par conséquent, bien qu'il n'y ait peut-être pas d'impact sur le revenu imposable, il y aura une augmentation du nombre d'écarts temporaires générant des impôts futurs.

3. IMMOBILISATION CORPORELLE

3.1. AMORTISSEMENT

Aspects comptables

Les PCGR ont une approche plus générale et moins directive que les IFRS sur l'amortissement des immobilisations. Selon le paragraphe 3061.30, « Immobilisations corporelles », du *Manuel de l'ICCA*, le coût d'une immobilisation corporelle doit être ventilé entre les composantes distinctes « lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire et que la durée de vie de chacune des composantes peut faire l'objet d'une estimation ». Cette exigence est moins rigoureuse, car elle est fondée sur la faisabilité plutôt qu'uniquement sur l'importance.

⁸ Le chapitre 3461, « Avantages sociaux futurs », du *Manuel de l'ICCA*.

La norme IAS 16, « Immobilisations corporelles », des IFRS, quant à elle, impose l'amortissement séparé de chacune des parties d'une immobilisation corporelle ayant un coût significatif par rapport au coût total de cette immobilisation, créant ainsi plusieurs composantes à l'intérieur même d'une immobilisation. À titre d'exemple, un avion comprend le fuselage, les moteurs, l'aménagement intérieur, etc. La durée de vie est donc différente pour chaque composante. Le tableau ci-dessous présente une illustration hypothétique de ce découpage de composantes et de l'impact sur l'amortissement :

Avion					
Composantes C	oût	Valeur résiduelle	Montant à amortir	Durée de vie	Amortissement de l'exercice
Fuselage	1 000 000	200 000	800 000	21	38 095
Moteur	500 000	50 000	450 000	7	64 286
Aménagement intérieur	200 000	10 000	190 000	11	17 272
Inspection	100 000	0	100 000	3	33 333
					152 986

Législation canadienne

La classification des actifs est déterminée selon l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁹. En ce qui concerne l'exemple présenté ci-dessus, nous constatons, à la lecture des alinéas suivants :

« [...] des biens corporels faisant partie d'un immeuble et acquis uniquement aux fins suivantes : (i) entretenir, soutenir, fournir un accès à des machines ou matériel, ou en sortir, (ii) fabriquer ou transformer, ou (iii) toute combinaison des fonctions prévues aux sous-alinéas (i) et (ii) [...]»¹⁰ et « [...] les biens [...] constitués par [...] i) une pièce de rechange pour un aéronef ou le mobilier, les accessoires ou le matériel fixé à un aéronef»¹¹. »

que le législateur est d'une grande précision en matière de classification des actifs et de ses composantes.

⁹ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

¹⁰ Al. b) de l'annexe II R.I.R., « Catégorie 8 ».

¹¹ Al. i) de l'annexe II R.I.R., « Catégorie 9 ».

Impact des changements comptables sur la fiscalité canadienne

Étant donné que les IFRS requièrent la collecte d'informations supplémentaires pour la détermination et le suivi des différentes composantes, cela a un double effet sur la fiscalité. Dans un premier temps, certaines entreprises se retrouveront avec une information supplémentaire qui pourrait changer la classification dans les différentes catégories fiscales. D'un autre côté, malgré la présence de composantes identifiables, le traitement fiscal est dicté par la législation. Par conséquent, un changement dans la classification des actifs aux fins comptables doit être évalué afin de déterminer l'impact sur le revenu imposable ainsi que sur les impôts différés.

3.2. MAINTIEN ET RÉPARATION

Aspects comptables

Le chapitre 3061 du *Manuel de l'ICCA* indique que seuls les coûts engagés pour améliorer le potentiel de service d'une immobilisation sont capitalisables. Les frais engagés qui s'apparentent seulement à un maintien du potentiel de service ne sont pas considérés comme des améliorations et doivent donc être constatés à la dépense au fur et à mesure où ils sont engagés.

La norme IFRS IAS 16 est plus directive que les PCGR sur le traitement des immobilisations corporelles en séparant à certaines occasions les éléments capitalisables de ceux qui ne le sont pas. À la base, les critères de capitalisation sont aussi différents. On parle plus d'« avantages économiques futurs » que d'améliorations, ce qui englobe plus d'éléments qui seraient constatés directement en charges selon les PCGR. Par exemple, il est explicitement mentionné que les coûts d'inspection majeurs (par exemple dans le cas d'un avion) peuvent être capitalisés, alors que ceux-ci sont pour la plupart du temps considérés comme des coûts d'entretien en vertu des PCGR, donc non capitalisables. Afin d'être plus explicite, on mentionne « l'addition à, le remplacement de, le service de »¹² comme étant des indices de capitalisation.

¹² Traduction libre de la version anglaise de l'IAS 16.

Législation canadienne

En droit fiscal canadien, il existe des dépenses de nature courante et de nature capital. La spécification de la nature de la dépense n'est pas définie au sein de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les jurisprudences en la matière se succèdent depuis 1910 avec l'affaire *Vallambrosa Rubber Co. Ltd. c. Farmer*¹³ jusqu'à la cause plus récente de l'arrêt *Pantorama Industries c. La Reine*¹⁴ pour établir et préciser des critères afin de déterminer la nature d'une dépense. De ceux-ci, nous relevons les critères suivants : l'avantage durable, l'entretien ou l'amélioration, la partie intégrante ou bien séparée d'un bien, la valeur relative, l'acquisition d'un bien usagé et la perspective de vente du bien.

Dans ce courant jurisprudentiel, la cause *Canada Steamship Lines Ltd. c. MRN*¹⁵ retient notre attention. En effet, la cause traite du concept de composantes d'une immobilisation corporelle. Plus précisément, il s'agit de l'entretien des composantes d'un bateau. Ainsi, lorsqu'une dépense est engagée relativement à un bien existant, le contribuable doit déterminer s'il s'agit d'un entretien ou d'une amélioration. Si le bien est remis dans son état initial, il s'agit d'une réparation et la dépense serait de nature courante, et ce, même si le montant de la dépense est important. Si par contre, un élément est ajouté au bien qui a pour effet de l'améliorer, la dépense devrait être capitalisée puisque nous pouvons considérer le bien comme un nouveau bien. La distinction entre l'entretien et l'amélioration peut parfois être ardue. L'introduction de nouvelles technologies est un bon exemple où le contribuable doit faire preuve de discernement afin de classer la dépense. Les faits propres à chaque cas doivent être analysés afin de déterminer si l'introduction de la nouvelle technologie a amélioré le bien ou l'a remis dans son état initial avec la technologie existante au moment de la réparation. Pour ce qui est du concept de bien distinct, le juge Jockett, dans l'affaire *Canada Steamship Lines*, a mentionné que le contribuable devait analyser si le bien réparé ou remplacé était un bien en soi ou s'il était partie intégrante d'un autre bien. Dans le cas où le bien est un bien séparé, la dépense devrait être capitalisée, alors que si le bien fait partie intégrante d'un autre bien, la dépense devrait être considérée comme une réparation et donc déduite.

¹³ (1910) 5 T.C. 529 (Ct. Sess.).

¹⁴ 2005 D.T.C. 5230 (C.A.F.).

¹⁵ 66 D.T.C. 5205 (C. de l'É.) (ci-après « *Canada Steamship Lines* »).

Impact des changements comptables sur la fiscalité canadienne

Bref, on se rend compte que d'un côté, les IFRS sont plus permissifs en ce qui concerne la capitalisation des frais de maintien et de réparation, mais que la jurisprudence canadienne, de son côté, limite une partie de cette capitalisation au profit des dépenses. On a aussi mentionné que du point de vue de la loi, il est possible pour les entreprises d'utiliser les méthodes adoptées par un secteur, permettant ainsi de présenter des états financiers selon les IFRS, méthode effectivement adoptée par le secteur. Le contribuable se retrouvera donc devant deux traitements possibles qui, de prime abord, semblent défendables devant la législation canadienne. Par conséquent, il devient nécessaire d'évaluer l'impact sur le revenu imposable et les impôts différés en raison du traitement fiscal de ces dépenses.

3.3. CHOIX DE LA JUSTE VALEUR MARCHANDE

Aspects comptables

La grande nouveauté en matière d'immobilisations est que la norme IAS 16 permet une évaluation de certains actifs corporels à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») lorsqu'un choix est effectué. On ne trouve pas une pareille mesure du côté des PCGR canadiens, qui adoptent plutôt une approche basée sur le coût historique. En ce qui concerne la juste valeur, seul le chapitre 1625 du *Manuel de l'ICCA* permet une réévaluation intégrale des actifs et des passifs, mais dans des conditions prescrites et dans des cas très particuliers.

L'IAS 16 des IFRS propose donc une deuxième méthode de mesure des immobilisations, la JVM. Cela implique une réévaluation périodique de la valeur des immobilisations, la plus ou moins-value étant ainsi imputée respectivement à l'équité et à l'état des résultats (sauf si elle vient contrebalancer une plus ou moins-value déjà constatée, cela viendrait alors diminuer ou augmenter le poste affecté dans le passé). Bref, la comptabilisation à la juste valeur n'est pas évidente et est autorisée seulement pour les immobilisations qui ont une juste valeur qui peut être mesurée de manière fiable.

Législation canadienne

En matière de réévaluation d'immobilisations à la JVM, autre que les institutions financières, il est rare que la législation canadienne l'autorise. Dans certains cas, lors du changement de contrôle d'une entité, de fusion ou de liquidation, le contribuable aura une certaine latitude pour réévaluer

certains actifs s'ils répondent à toutes les conditions exigées en vertu de la loi.

Impact des changements comptables sur la fiscalité canadienne

Si le contribuable fait le choix d'évaluer les immobilisations corporelles à la JVM, bien que cela puisse avoir un impact indirect sur le revenu imposable (par exemple sur les calculs de la capitalisation restreinte), il n'est pas prévu que cela aura un impact direct sur le revenu imposable. Toutefois, cela pourrait créer ou entraîner une augmentation des écarts temporaires.

4. DÉPRÉCIATION D'ACTIFS

Aspects comptables

La dépréciation d'actifs corporels et incorporels ainsi que les écarts d'acquisition sont des notions complexes. Nous aborderons donc seulement les différences notables entre les deux référentiels de normes. Sur le plan des indices de perte de valeur, dans le cas des immobilisations corporelles, les différents chapitres du *Manuel de l'ICCA* exigent un test de dépréciation dans des situations où des événements ou des changements de situation indiquent que la valeur comptable pourrait ne pas être recouvrable. L'IAS 36, « Dépréciation d'actifs », requiert une évaluation de la situation afin d'identifier des indices de perte de valeur à chaque fin de période. L'entreprise doit donc évaluer les indices plus souvent en vertu des IFRS, ce qui ne signifie pas nécessairement que des tests sont à entreprendre.

En ce qui concerne la comptabilisation et de l'évaluation des pertes, la grande différence est du point de vue de la définition de la « valeur recouvrable ». Dans le cas des PCGR, on estimera alors les flux de trésorerie futurs **non actualisés**. Dans le cas des IFRS, on parle de valeur d'utilité, soit les flux monétaires futurs **actualisés**. Celle-ci sera toujours comparée à la juste valeur et ainsi, la plus grande des deux valeurs sera comparée ultimement avec la valeur comptable de l'immobilisation.

Les PCGR canadiens sont semblables dans leur approche avec des tests en deux étapes qui comparent la valeur comptable à la « valeur recouvrable » et calculent ensuite la perte en comparant la valeur comptable.

Sur le plan de l'écart d'acquisition, le calcul est aussi différent. Plutôt que de comparer la juste valeur de l'unité d'exploitation à la valeur comptable, on compare plutôt la valeur de réalisation de l'unité, faisant

encore une fois intervenir, comme pour les immobilisations, le plus grand de la juste valeur ou de la valeur d'utilité.

La perte de valeur selon les PCGR se calcule en fonction de la juste valeur ou valeur d'utilité de l'écart d'acquisition *versus* sa valeur comptable. L'IAS 36 n'a pas de deuxième étape de calcul et la perte est déterminée en soustrayant la valeur comptable de l'unité à sa valeur de réalisation.

Pour ce qui est des immobilisations incorporelles, le nouveau chapitre 3064, « Écarts d'acquisition et actifs incorporels », du *Manuel de l'ICCA* compare la valeur comptable à la juste valeur tandis qu'encore une fois, l'IAS 36 y va plutôt avec la valeur de réalisation ou juste valeur.

Notons aussi que l'IAS 36 permet une reprise de valeur pour les immobilisations autres que l'écart d'acquisition. Aucune reprise n'est permise selon les PCGR.

Législation canadienne

La dépréciation comptable de valeur pour une immobilisation corporelle ou incorporelle n'offre pas de déduction fiscale. La dépréciation fiscale est déductible en vertu des alinéas 20(1)a) et 20(1)b) L.I.R.

Impact des changements comptables sur la fiscalité canadienne

La dépréciation ou baisse de valeur comptable d'un actif est rarement permise en droit fiscal. Alors, généralement, cela n'aura pas d'impact sur le revenu imposable (voir le point « Incidence sur le plan de la fiscalité internationale » ci-dessous), on peut s'attendre qu'il y ait des changements dans les écarts temporaires.

Conclusion sur le passage aux nouvelles normes sur la conformité fiscale

Le passage des PCGR aux IFRS va-t-il créer un enrichissement ou un appauvrissement de l'entreprise? Sur le plan comptable, dans certains secteurs d'activité, la modification des normes peut faire varier le bénéfice ou la perte affichée dans les états financiers de l'entreprise. Par contre, la réalité économique de l'entreprise ne change pas. Qu'on utilise les IFRS ou les PCGR pour produire l'information financière, ceux-ci n'auront aucun impact sur les liquidités disponibles dans les comptes bancaires de l'entreprise.

L'un des facteurs fondamentaux de la fiscalité consiste en l'imposition de la plus-value réalisée par un contribuable. Autrement dit, le système impose l'enrichissement d'un contribuable. Dans l'absolu, le manque de directive précise de la législation canadienne menace son assiette fiscale. Sans conclure sur une ligne de pensée précise, l'interprétation de la législation et de la jurisprudence canadienne semble démontrer l'existence d'une fiscalité à deux vitesses. En effet, le passage aux IFRS semble ouvrir la voie à la réalisation de perte immédiate à la suite de l'application rétroactive des nouvelles normes créant des moins-values à enregistrer aux résultats dans le cas de la conversion de certaines entreprises. Pour d'autres, où le passage aux IFRS crée une plus-value à enregistrer, on garderait les anciennes normes comptables ne touchant pas les résultats aux fins fiscales. À cette fin, il nous apparaît difficile de débattre le point que des principes commerciaux utilisés depuis des décennies ne sont plus valables à compter de 2011. En outre, les tribunaux ont ardemment défendu la notion de droit pour l'élaboration du bénéfice sur le plan fiscal tout en spécifiant que les PCGR « doivent nécessairement occuper un rang subordonné par rapport aux règles de droit qui régissent la question »¹⁶.

Sans conclure, cette possibilité peut sembler souhaitable d'être analysée lorsque l'entité se retrouve dans la situation d'une dépense d'impôt considérable causée par un changement de normes comptables. Lors de la production de la déclaration de revenus, les praticiens devront accorder une importance accrue aux alinéas 12(1)a) et 12(1)b) L.I.R. relativement aux sommes à additionner à l'annexe 1. Par exemple, tel qu'il est mentionné, le praticien devrait déterminer s'il pourra déduire des montants en vertu des alinéas 20(1)m) et 20(1)n) L.I.R. dans le cadre des provisions déductibles.

Dans le cadre des immobilisations corporelles, un changement dans la comptabilisation des composantes obligera l'entreprise à revoir le processus de classification des actifs. Dans certaines situations, les entreprises devront considérer l'impact sur les crédits d'impôt à l'investissement¹⁷ à la suite de la reclassification de la composante dans une catégorie fiscale d'amortissement offrant un taux de dépréciation supérieur à la précédente.

¹⁶ *Canderel*, précité, note 3, par. 35.

¹⁷ Tel que le crédit de 5 % à 40 % pour les investissements en matériel de fabrication et de transformation.

Incidence sur la comptabilisation des impôts

Le basculement aux IFRS apporte également son lot de changements du point de vue de la comptabilisation des impôts. Parmi les principales différences sont incluses :

- 1) la comptabilisation des positions fiscales incertaines;
- 2) la comptabilisation des impôts relatifs aux « écarts externes » sur les participations dans des filiales, succursales, entreprises associées et coentreprises;
- 3) les impôts liés aux sessions d'actifs/passifs intragroupes;
- 4) les différences en ce qui concerne l'information à fournir par voie de notes.

Pour chacun des éléments mentionnés ci-dessus, un survol des règles contenues au chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA* et à l'IAS 12 est présenté et les principales différences identifiées. Les incidences sur les processus fiscaux qui pourraient découler de l'adoption des nouvelles règles sont également abordées.

Positions fiscales incertaines

Chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA*

Le chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA* n'aborde pas spécifiquement la comptabilisation des positions fiscales incertaines (ci-après « PFI »). Il faut plutôt se référer aux normes du chapitre 3290 du *Manuel de l'ICCA* traitant des « Éventualités » à ce sujet.

En appliquant le paragraphe 3290.12 du *Manuel de l'ICCA* à la capitalisation des PFI, un passif d'impôt devrait être reconnu s'il est probable que le passif existe à la date du bilan et que le montant de la perte peut faire l'objet d'une estimation raisonnable. Le terme « probable » n'est pas défini en termes de pourcentage de réalisation dans les PCGR canadiens¹⁸. Il revient donc à chaque entreprise d'établir sa propre politique

¹⁸ Le paragraphe 3290.06 du *Manuel de l'ICCA* définit « probable » comme étant que les chances que l'événement ou les événements futurs se produisent sont effectivement élevées. On ne précise pas de pourcentage contrairement à l'alinéa 3465.09 i), où l'expression « plus probable qu'improbable » est définie comme étant « les chances (à suivre...)

dans ce domaine. Depuis l'introduction de la norme américaine Accounting Standards Codification 740-10-25-6 (précédemment la norme « Fin 48 »), laquelle définit l'expression « plus probable qu'improbable » comme étant une probabilité de plus de 50 %, nous pouvons observer deux tendances sur le seuil de probabilité requis pour reconnaître un passif éventuel d'impôt. Les entreprises produisant des états financiers à la fois selon les PCGR canadiens et américains préconisent fréquemment un seuil de probabilité de plus de 50 % afin que les PFI reconnues soient les mêmes en vertu des deux PCGR. D'autres entreprises considèrent que « probable » sous-entend un pourcentage de probabilité plus élevé que « plus probable qu'improbable » et représente par exemple une probabilité de plus de 70 %.

Une fois déterminé qu'un passif éventuel d'impôt doit être reconnu, le montant comptabilisé correspond généralement au meilleur montant que l'entreprise est en mesure d'estimer sur la base des renseignements disponibles avant la mise au point définitive des états financiers.

La norme IAS 12

La comptabilisation des PFI n'est pas précisément abordée dans la norme actuelle IAS 12. Selon le paragraphe IAS 12.36, les passifs ou les actifs d'impôt doivent être évalués au montant que l'on s'attend à payer ou recouvrer. Dans la pratique, les principes de comptabilisation des provisions et éventualités qui sont énoncés dans l'IAS 37 sont fréquemment appliqués.

De façon générale, un passif d'impôt éventuel doit être reconnu en vertu de l'IAS 37 s'il est « plus probable qu'improbable » qu'une obligation existe à la date du bilan, qu'une sortie de ressources sera nécessaire pour éteindre l'obligation et que le montant de l'obligation peut être estimé de manière fiable¹⁹. Une des principales différences avec les PCGR canadiens réside dans le fait que les IFRS font référence à la notion de « plus probable qu'improbable » au lieu de « probable ». Le basculement aux IFRS pourrait donc avoir une incidence sur la constatation des passifs éventuels d'impôt si le seuil de probabilités rattaché au terme « probable » selon les PCGR canadiens n'est pas le même que celui rattaché à l'expression « plus probable qu'improbable ».

(...suite)

qu'un fait (ou évènement) se matérialise sont plus élevées que les chances qu'il ne se matérialise pas (plus de 50 % de chance) » (notre soulignement).

¹⁹ Par. IAS 37.14 à IAS 37.16, IAS 37.23, où l'on définit que le terme « probable » signifie aux fins de l'IAS 37 « plus probable qu'improbable ».

En ce qui concerne la mesure, selon le paragraphe IAS 37.37, le montant de la provision est évalué en utilisant la « meilleure estimation » du montant que l'entité devrait raisonnablement payer pour éteindre son obligation ou la transférer. Les approches utilisées pour déterminer la meilleure estimation varient. Parmi celles-ci sont inclus la méthode de la moyenne pondérée (telle qu'elle est proposée dans l'exposé-sondage IAS 12²⁰ et dans l'exposé-sondage publié pour l'IAS 37²¹) ou encore le résultat individuel considéré le plus probable. Pour illustrer ces deux méthodes, prenons l'exemple suivant.

Une entité génère un revenu imposable de 1 000 \$. Les incertitudes à propos des montants déclarés ne sont pas significatives à l'exception de deux déductions, l'une de 3 000 \$ et l'autre de 900 \$. L'entité évalue comme suit les issues possibles relativement à chacune des déductions respectives :

Issues possibles – Déduction A	Probabilité de réalisation	Moyenne pondérée
Déduction de 3 000 \$ accordée	80 %	2 400 \$ (3 000 \$ × 80 %)
Aucune déduction accordée	20 %	0 \$ (0 \$ × 20 %)
Moyenne pondérée		2 400 \$

Selon la méthode de la moyenne pondérée, un passif d'impôt éventuel de 600 \$ (3 000 \$ - 2 400 \$) multiplié par le taux d'impôt applicable serait comptabilisé.

Selon la méthode du résultat considéré comme le plus probable, aucun passif d'impôt ne serait reconnu puisque l'issue ayant le plus de probabilité de réalisation (soit 80 %) représente les montants déclarés aux autorités fiscales.

L'adoption des IFRS pourrait donc avoir une incidence sur le montant de passif reconnu sur les PFI si le modèle utilisé pour mesurer le passif éventuel est modifié en vertu des IFRS.

²⁰ Exposé-sondage maintenant retiré par l'IASB.

²¹ Exposé-sondage publié en janvier 2010.

Incidences

Si lors du basculement, la norme IAS 12 n'est pas modifiée, l'entreprise devra dans un premier temps déterminer si ses politiques actuelles concernant la constatation et la mesure des passifs éventuels d'impôt demeurent les mêmes. S'il n'y a pas de changement, en théorie, il ne devrait y avoir aucun impact financier significatif à la date de transition. Par contre, s'il y a un changement dans l'une ou l'autre des politiques (par exemple, une baisse du seuil de probabilité ou un changement dans le modèle utilisé pour mesurer l'incertitude), l'entreprise devra comptabiliser rétroactivement, à la date de transition, l'effet du changement. Ce qui pourrait impliquer les procédures suivantes :

- devoir procéder à l'inventaire des positions fiscales pour lesquelles un passif est comptabilisé selon les PCGR canadiens à la date de transition;
- rassembler les faits et la documentation appuyant les montants enregistrés en vertu des états financiers PCGR canadiens;
- quantifier l'impact des changements, c'est-à-dire impact sur l'ajustement cumulatif d'ouverture;
- documenter judicieusement l'ajustement, car il est fort possible que ce dernier soit revu par les autorités fiscales (ou à tout le moins leur soit fourni) lors de leur vérification du montant global de l'ajustement cumulatif à la date de transition.

L'entreprise devra également mettre à jour les manuels de procédures et méthodes et également sa documentation sur les contrôles internes en matière de fiscalité (SOX 404/Règlement 52-109) pour y refléter son changement de politique.

Du point de vue pratique, la détermination de l'impact des IFRS sur la comptabilisation des incertitudes fiscales devrait être considérée immédiatement par les entreprises ne serait-ce qu'en ce qui concerne l'accumulation des données et informations nécessaires à la détermination de l'ajustement potentiel à la date de transition et pour les périodes comparatives.

Comptabilisation des impôts relatifs aux « écarts externes » sur les participations dans des filiales, succursales, entreprises associées et coentreprises

Le chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA*

Selon le chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA*, aucun actif ou passif d'impôts futurs ne doit être comptabilisé pour un écart entre la valeur comptable d'une participation dans une filiale ou une coentreprise et la valeur fiscale de cette participation lorsqu'il est manifeste que cet écart ne se résorbera pas dans un avenir prévisible²².

Il n'y a aucune exigence concernant la divulgation d'informations relatives aux écarts externes. Le paragraphe 3465.96 du *Manuel de l'ICCA* indique qu'il est **souhaitable** que soit mentionné le montant des écarts temporaires et, lorsqu'il peut être déterminé au prix d'un effort raisonnable, le montant des impôts futurs.

La norme IAS 12

Selon le paragraphe IAS 12.39, une entité doit comptabiliser un passif d'impôt différé pour toutes les différences temporelles imposables liées à des participations dans des filiales, entreprises associées et coentreprises et à des investissements dans des succursales, sauf si les deux conditions suivantes sont satisfaites :

- 1) la société mère, l'investisseur ou le coentrepreneur est capable de contrôler la date à laquelle la différence temporelle s'inversera ou se renversera; et
- 2) il est probable que la différence temporelle ne s'inversera pas ou ne se renversera pas dans un avenir prévisible.

D'autre part, selon le paragraphe IAS 12.44, une entité doit comptabiliser un actif d'impôt différé pour toutes les différences temporelles déductibles générées par des participations dans des filiales, entreprises associées, coentreprises et des investissements dans des succursales seulement dans la mesure où il est probable que :

²² Par. 3465.37 du *Manuel de l'ICCA*.

- 1) la différence temporelle s'inversera dans un avenir prévisible; et
- 2) il existera un bénéfice imposable sur lequel pourra être imputée la différence temporelle.

Selon le paragraphe IAS 12.81(f), le montant total des différences temporelles liées à des participations dans des filiales, entreprises associées et coentreprises et à des investissements dans des succursales et pour lesquels des passifs d'impôt différé n'ont pas été comptabilisés doit être divulgué. L'IAS 12 n'exige pas la divulgation du montant de passifs d'impôt différé non comptabilisés relativement aux écarts externes. Cependant, il est indiqué au paragraphe IAS 12.87 que les entités n'en demeurent pas moins encouragées à fournir cette information, lorsque cela est possible, car elle peut être jugée utile par les utilisateurs des états financiers.

En pratique, il n'y a pas de différence importante entre les PCGR canadiens et la norme IAS 12 actuelle sauf en ce qui concerne l'information à fournir par voie de notes, soit le montant total des différences temporelles pour lesquelles des passifs d'impôt différé n'ont pas été comptabilisés.

Incidences

Si lors du basculement, la norme IAS 12 actuelle est applicable, l'entreprise devra mettre en place un processus permettant d'accumuler l'information nécessaire pour divulguer le montant des écarts externes pour lesquels aucun passif d'impôt reporté n'a été comptabilisé. Il est possible que l'entreprise possède présentement peu ou encore qu'elle possède de l'information incomplète concernant ses écarts externes principalement si, aux fins des PCGR canadiens, aucun impôt futur n'est comptabilisé du fait que les écarts ne se résorberont pas dans un avenir prévisible. Dans de telles circonstances, l'organisation devra considérer la mise en place d'un processus permettant d'inventorier les placements ainsi que leurs valeurs comptables et fiscales respectives. Entre autres, l'entreprise devra s'assurer que les valeurs comptables et fiscales des placements seront à jour et disponibles au moment opportun.

En ce qui concerne les valeurs comptables, le service de la fiscalité devra communiquer avec le département de la finance pour s'assurer que ce dernier sera en mesure de lui fournir la valeur comptable des placements. En principe, la valeur comptable devrait représenter la valeur de consolidation du placement (soit, par exemple, le coût d'acquisition, plus ou moins les distributions, plus ou moins les pertes ou bénéfices non distribués depuis l'acquisition, plus ou moins la conversion de l'actif net et la réduction de

valeur de l'achalandage d'acquisition s'il y a lieu). Quant aux valeurs fiscales, le département de fiscalité sera tenu de maintenir à jour les calculs du prix de base rajusté de ses placements.

Finalement, la décision de la société de divulguer le montant de passifs d'impôt reporté occasionnera possiblement une augmentation de la charge de travail au niveau du service de fiscalité. Dans un tel cas, les incidences fiscales découlant du renversement futur des écarts temporaires devront être déterminées, ce qui pourrait impliquer, entre autres, la nécessité d'effectuer les calculs des surplus des sociétés étrangères.

L'entreprise voudrait également profiter du basculement aux IFRS pour documenter adéquatement ses positions concernant la comptabilisation des impôts relativement à ses écarts externes.

Les impôts liés aux cessions d'actifs intragroupes

Le chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA*

En vertu du paragraphe 3465.35 du *Manuel de l'ICCA*, lorsqu'un élément d'actif fait l'objet d'une cession entre des entreprises d'un même groupe consolidé, aucun actif ou passif d'impôts futurs ne doit être constaté dans les états financiers consolidés pour un écart temporaire entre la valeur fiscale de l'élément d'actif dans le pays de domiciliation fiscale de l'acheteur et son coût indiqué dans les états financiers consolidés. Tous les impôts payés ou recouvrés par le cédant par suite de la cession doivent être comptabilisés à titre d'actif ou de passif dans les états financiers consolidés jusqu'à ce que le gain ou la perte soit constaté par l'entité consolidée.

La norme IAS 12

Contrairement aux PCGR canadiens²³, l'IAS 12²⁴ ne prévoit aucune exception pour la comptabilisation d'un actif ou d'un passif d'impôt différé lorsqu'une différence temporaire est générée par des cessions d'actifs intersociétés. Ainsi, un impôt différé doit être comptabilisé entre la valeur comptable de l'actif figurant aux états financiers consolidés et sa valeur fiscale dans le pays de domiciliation fiscale de l'acheteur. Les impôts exigibles sur les profits intersociétés sont comptabilisés au fur et à mesure

²³ Par. 3465.35 du *Manuel de l'ICCA*.

²⁴ Par. IAS 12.15 et IAS 12.24.

qu'ils deviennent exigibles et par conséquent, demeurent à l'état des résultats.

L'exemple suivant nous permettra de mieux comprendre la différence entre le chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA* et l'IAS 12 :

Entité A vend des produits à entité B et entité C. Le profit réalisé par entité A est de 100 \$ sur lequel un impôt exigible de 30 \$ est payable, soit un taux de 30 %. Le profit de 100 \$ est composé de :

Produit des ventes à entité B :	100 \$
Coût des marchandises vendues :	<u>(60 \$)</u>
Profit	40 \$

Produit des ventes à entité C :	200 \$
Coût des marchandises vendues :	<u>(140 \$)</u>
Profit	60 \$

Les taux d'imposition des entités B et C sont de 10 % et 20 % respectivement.

Les écritures de consolidation suivantes ont été enregistrées aux fins des états financiers PCGR canadiens :

Débit Profit	100 \$
Crédit Inventaire	100 \$

Pour éliminer le profit intersociétés non réalisé à la fin de l'année :

Débit Autre actif	30 \$
Crédit Charge d'impôt exigible	30 \$

Pour reclassifier, au bilan, la dépense d'impôt de la société A aux fins des IFRS, les incidences seraient les suivantes :

- la **constatation** d'un actif d'impôt reporté de 16 \$ relativement à la différence entre la valeur comptable de l'inventaire aux états financiers consolidés et leurs valeurs fiscales dans les juridictions de B et C respectivement. Le montant de 16 \$ représente le 40 \$ d'écart temporaire²⁵ dans la société B multiplié par le taux d'imposition de B

²⁵ Valeur comptable de 60 \$ et valeur fiscale de 100 \$.

(40 \$ × 10 %) plus le 60 \$²⁶ d'écart temporaire dans la société C multiplié par le taux d'imposition de C (60 \$ × 20 %);

- la reclassification, au bilan, de la charge d'impôt exigible de la société A ne serait pas effectuée.

Incidences

Dans un premier temps, l'entreprise doit déterminer l'impact de cette différence à la date de transition. Ainsi, l'impôt différé entre la valeur comptable de l'actif figurant aux états financiers consolidés, à la date de transition, et sa valeur fiscale dans le pays de domiciliation fiscale doit être reconnu. Les impôts recouverts par les cédants qui figurent au bilan consolidé à la date de transition, selon les PCGR canadiens, doivent être reclassés aux BNR. En pratique, la quantification de l'impact de cette différence sur le bilan d'ouverture peut s'avérer complexe et ardue principalement en raison des difficultés à obtenir les informations nécessaires aux calculs (soit le montant de profit non réalisé à la date de transition sur les biens figurant au bilan consolidé et la ventilation du profit non réalisé par les entités acheteuses).

Dans un deuxième temps, l'entreprise doit déterminer si cette différence aura des incidences importantes sur le processus relatif à la comptabilisation des impôts. Certains points à considérer sont :

- Du point de vue pratique, en vertu des PCGR canadiens, l'impôt attribuable à l'élimination des profits ou des pertes intersociétés est calculé en utilisant le taux d'imposition du vendeur, donc le taux d'impôt d'une seule entité. Avec la venue des IFRS, cet impôt sera dorénavant calculé en utilisant le taux des sociétés acheteuses, ce qui peut représenter, dans certains cas, un nombre important de sociétés ou juridictions. L'entreprise doit donc mettre en place un processus qui lui permettra d'identifier les juridictions ou les entités acquéreuses auxquelles sont rattachés les profits ou les pertes éliminés ainsi que les taux d'impôt applicables. Les gabarits de calculs devront également être modifiés en conséquence. Pour une entité effectuant une multitude de transactions intersociétés transfrontalières, ce changement peut donc avoir un impact significatif sur le plan de la détermination de la provision d'impôts.

²⁶ Valeur comptable de 140 \$ et valeur fiscale de 200 \$.

- Des impôts différés additionnels seront normalement comptabilisés au niveau consolidé relativement aux transactions intersociétés. L'entreprise doit s'assurer qu'un processus est en place pour analyser l'impact de ces impôts différés additionnels sur les provisions pour moins-values à l'égard d'actifs d'impôt futurs. Prenons l'exemple ci-dessus, où des actifs d'impôt futurs additionnels sont reconnus pour les entités A et B. Il y aurait lieu d'analyser si une provision pour moins-value est nécessaire.
- Cette mesure d'IAS 12 aura pour effet de créer de la volatilité au niveau du rapprochement entre la charge d'impôt au taux statutaire et la charge d'impôt montré à l'état des résultats de la société. En voici l'exemple (basé sur les faits mentionnés précédemment) :

IFRS

Bénéfice/(Perte) avant impôts consolidés :		s. o.
Charge d'impôt exigible	(30 \$)	(impôt exigible de A)
Recouvrement d'impôt reporté	<u>16 \$</u>	(impôt reporté B et C)
Charge d'impôt totale	(14 \$)	
Bénéfice/(Perte) après impôts	(14 \$)	

PCGR canadiens

Bénéfice/(Perte) avant impôts consolidés :		s. o.
Charge d'impôt exigible (impôt exigible de A – reclassé au bilan ²⁷)		s. o.
Recouvrement d'impôt reporté (aucun impôt futur constaté – par. 3465.35 du <i>Manuel de l'ICCA</i>)		s. o.
Charge d'impôt totale		s. o.
Bénéfice/(Perte) après impôts		s. o.

²⁷ Selon le paragraphe 3465.35 du *Manuel de l'ICCA*.

Informations à fournir – Différences entre le chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA* et l'IAS 12

Parmi les différences en ce qui concerne la divulgation, on retrouve les éléments suivants :

- Une explication des modifications apportées aux taux d'impôt applicables par rapport aux périodes précédentes (par. IAS 12.81(d)). Cet élément n'est pas exigé en vertu du chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA*.
- **Pour chaque catégorie de différences temporelles** et pour chaque catégorie de pertes fiscales ou de crédit d'impôt non utilisés, le montant du produit ou de la charge d'impôt différé comptabilisé en résultat s'il n'est pas mis en évidence par les changements des montants comptabilisés dans l'état de la situation financière (par. IAS 12.81(g)(ii)) :
 - le chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA* n'exige pas la divulgation du montant du produit ou de la charge d'impôt **par chacune de ses différentes catégories de différences temporelles**.

Les dates d'expiration des différences temporaires (et non pas seulement les pertes fiscales et crédit d'impôt non utilisés tels qu'ils sont exigés en vertu du chapitre 3465 du *Manuel de l'ICCA*²⁸) :

- Si des avantages d'impôt différé acquis lors d'un regroupement d'entreprises ne sont pas comptabilisés à la date d'acquisition, mais sont reconnus après la date d'acquisition, une description de tout événement ou changement de circonstances ayant causé la comptabilisation de l'avantage (par. IAS 12.81(j)).
- Le montant d'un actif d'impôt différé et la nature des éléments probants justifiant sa comptabilisation lorsque (par. IAS 12.82) :
 - a) l'utilisation de l'actif d'impôt différé dépend de bénéfices imposables futurs excédant les bénéfices générés par le renversement des différences temporelles imposables existantes; et

²⁸ Par. 3465.91(f) du *Manuel de l'ICCA*.

- b) l'entité a subi une perte au cours de la période ou de la période précédente dans la juridiction fiscale dont l'actif d'impôt différé relève.

Incidences

Les processus et gabarits entourant la saisie des informations fiscales à fournir par voie de notes devront être revus et ajustés si nécessaire afin de s'assurer que toutes nouvelles informations à fournir soient disponibles lors de la préparation des états financiers de 2011 ainsi que de son comparatif.

Autres incidences fiscales

Voici quelques exemples d'incidences fiscales qui pourraient survenir à la suite du basculement aux IFRS.

Incidence sur le plan de la fiscalité internationale

Les contribuables canadiens devraient étudier l'incidence possible des changements aux IFRS sur leurs activités internationales. Parmi les éléments à considérer, notons l'effet des changements sur le calcul des types de surplus canadiens des sociétés affiliées étrangères du groupe, le rapatriement des dividendes, l'application des règles relatives à la capitalisation restreinte et l'effet sur les formes d'imposition indirectes, au Canada ou à l'étranger, en tenant compte de situations particulières.

En ce qui a trait aux types de surplus canadiens, le calcul du bénéfice que fait une société affiliée étrangère exploitée activement dans un pays est défini dans le paragraphe 5907(1) R.I.R. et renvoie au revenu ou au profit d'une entreprise exploitée activement pour l'exercice calculé selon la loi de l'impôt sur le revenu du pays où réside la société affiliée, attendu que la société affiliée est tenue par cette loi de calculer ce revenu ou ce profit. Peu importe si la société affiliée n'est pas tenue de calculer ce revenu ou ce profit dans le pays de résidence, le revenu ou le profit de cette société affiliée tiré d'une exploitation active pour l'exercice est alors calculé selon la loi de l'impôt sur le revenu du pays dans lequel l'entreprise est exploitée, attendu que la société affiliée est tenue par cette loi de calculer ce revenu ou ce profit. Enfin, si la société affiliée n'est pas tenue par une loi étrangère de calculer son revenu ou son profit, le bénéfice correspond au montant du revenu d'une entreprise exploitée activement selon la Partie I L.I.R., si l'entreprise est exploitée au Canada.

L'incidence que les IFRS auront sur le calcul de surplus canadiens dépendra, dans bien des cas, de l'adoption ou non des principes IFRS aux fins du calcul du revenu imposable et des impôts exigibles d'une société affiliée étrangère en vertu de la loi sur l'impôt étrangère applicable. Dans bien des pays, le calcul du revenu imposable commence avec le revenu ou la perte de la société affiliée, selon sa présentation dans les états financiers de l'entreprise. La loi sur l'impôt étrangère applicable peut alors dicter un traitement précis pour une dépense ou un encaissement donné, outrepassant ainsi le traitement comptable. Il faut d'abord tenir compte de la possibilité qu'une juridiction étrangère adopte ou non les règles sur les IFRS aux fins de l'impôt sur le revenu, tant du point de vue commercial que législatif. Si un contribuable rapatrie régulièrement des fonds de l'étranger (au moyen des dividendes), l'adoption des principes IFRS peut entraîner le report de la comptabilisation des profits, ou la comptabilisation accélérée des pertes, modifiant ainsi le moment de la constatation du surplus aux fins des lois canadiennes. Le moment des paiements des dividendes, par rapport au moment de l'adoption des principes IFRS à l'échelle locale, doit peser dans la balance.

Les dividendes de sociétés affiliées étrangères sont réputés provenir d'abord du surplus exonéré (dans la mesure où il n'est pas contrebalancé par un déficit imposable), puis du surplus imposable (dans la mesure où il n'est pas contrebalancé par un déficit exonéré). Les dividendes sont d'abord réputés être payés à partir des soldes du surplus exonéré et du surplus imposable calculés à la fin de l'année d'imposition précédente. Le paragraphe 5901(2) R.I.R. prévoit que si des dividendes proviennent de la société affiliée après les premiers 90 jours de l'année d'imposition considérée, ces dividendes seraient alors réputés provenir de son surplus antérieur à l'acquisition (comme lorsque le dividende est supérieur au solde du surplus exonéré et du surplus imposable à la fin de l'exercice précédent), le dividende est alors traité comme s'il avait été payé immédiatement après la fin de l'année d'imposition. Ainsi, les dividendes versés dans les premiers 90 jours d'une année d'imposition peuvent permettre d'anticiper le bénéfice de l'exercice considéré en déterminant la classification du paiement des dividendes. Pour l'exercice au cours duquel a lieu la transition aux IFRS, il faut insister sur l'importance de tenir compte de l'incidence possible que l'adoption des principes IFRS peut avoir sur le bénéfice exonéré et le bénéfice imposable de l'exercice considéré, étant donné que la classification des dividendes versés après les premiers 90 jours sera confirmée après la fin de l'année d'imposition considérée et non fondée sur les états financiers intermédiaires préparés selon les principes en vigueur avant les IFRS.

Le paragraphe 5907(2) R.I.R. détermine certains montants qu'il faut ajouter ou déduire dans le calcul du bénéfice d'une société affiliée étrangère exploitée activement. En outre, ce paragraphe prévoit l'ajout ou la déduction de revenus et de dépenses s'il n'est pas autrement requis d'inclure le revenu ou encore si la charge n'est autrement pas déduite dans le calcul du bénéfice pour une année d'imposition de la société affiliée. Le redressement des revenus a pour objet d'inclure des montants qui ne seraient jamais assujettis à l'impôt en vertu de la loi sur l'impôt étrangère applicable, mais exclut précisément tout montant découlant d'un transfert en franchise d'impôt en vertu de cette loi d'un actif entre sociétés affiliées étrangères ou avec une personne liée au contribuable²⁹. Les changements possibles dus aux IFRS portant sur les principes de comptabilisation des revenus devraient être évalués du point de vue de la comptabilisation des surplus, tout spécialement s'ils portent sur les opérations entre sociétés affiliées étrangères ou entre personnes liées au contribuable. Par ailleurs, la réduction d'actifs ou des provisions pour moins-value, qui ne seront jamais déductibles à des fins fiscales étrangères, pourrait diminuer le surplus.

Parmi les autres redressements au surplus exonéré de sociétés affiliées étrangères, notons les dispositions facultatives des paragraphes 5907(2.1) et 5907(2.2) R.I.R. L'objet de ces dispositions est de permettre le calcul du bénéfice exonéré d'une société affiliée étrangère au moyen de l'amortissement comptable par rapport à l'amortissement fiscal permis en vertu de la loi sur l'impôt étrangère. Si l'amortissement fiscal est supérieur à l'amortissement comptable, la différence est ajoutée au bénéfice exonéré. Par ailleurs, si l'amortissement comptable est supérieur à l'amortissement fiscal, l'excédent est déduit du bénéfice exonéré. Ce choix est fait dans le cadre d'une activité menée par une société affiliée étrangère donnée en déclarant ce choix au ministre en question. Le choix est fait pour une année d'imposition au cours de laquelle l'année d'imposition d'une société affiliée étrangère pour laquelle le choix est fait se termine. Les changements aux méthodes ou aux taux de dépréciation d'une société affiliée étrangère, y compris les réévaluations ou les dépréciations, peuvent influencer sur les différences cumulatives entre la valeur comptable et la valeur fiscale des actifs amortissables de la société affiliée. Ces changements peuvent avoir une incidence sur l'exercice en cours ainsi que sur les différences

²⁹ Le sous-alinéa 5907(2)f)(ii) R.I.R., applicable aux dispositions prises après le 20 décembre 2002, prévoit l'élimination de l'alinéa 5907(2)f) R.I.R. par suite de l'introduction des règles aux alinéas 95(2)c.2) à 95(2)c.6) et 95(2)f.3) à 95(2)f.8) L.I.R. Les nouvelles dispositions ont habituellement un effet similaire à l'interdiction de la constatation anticipée d'un surplus lorsque des actifs sont transférés entre sociétés affiliées ou entre personnes liées.

cumulatives entre la valeur comptable et la valeur fiscale des actifs amortissables. Dans certains cas, les changements aux IFRS peuvent avoir un effet favorable sur le surplus exonéré, et parfois, leur être défavorable. Une analyse individuelle de chaque société affiliée sera nécessaire pour déterminer quelle incidence les changements aux IFRS pourraient avoir, qu'il s'agisse d'un choix fait en vertu du paragraphe 5907(2.1) R.I.R. déjà déposé ou que vous envisagiez de faire un choix pour la première fois si la valeur comptable des actifs amortissables est beaucoup plus élevée aux fins comptables selon les IFRS.

Bon nombre de pays, y compris le Canada, ont des règles relatives à la capitalisation restreinte qui peuvent, de façon permanente ou temporaire, refuser les déductions d'intérêts ou d'autres déductions liées à la dette si la dette prescrite ou les intérêts débiteurs prescrits d'une entité sont supérieurs aux limites prescrites. Dans certains pays, ces restrictions peuvent ne s'appliquer qu'à la dette des parties liées de personnes non résidentes et, dans d'autres pays, ces restrictions peuvent s'appliquer à toutes les dettes. L'endettement maximal permis peut reposer sur un pourcentage ou un ratio défini de l'actif net ou des capitaux propres; dans certains pays, il peut être calculé en pourcentage du bénéfice ajusté. Le calcul des montants de l'actif et des capitaux propres peut se fonder sur le solde du début de l'exercice, le solde de fin de l'exercice ou un solde moyen. Ces montants sont habituellement déterminés en fonction des états financiers préparés selon les PCGR. Les fiscalistes devraient prévoir l'effet possible des changements aux IFRS sur les éléments du bilan et de l'état des résultats pour chaque entité et déterminer quels seront les redressements à apporter en vertu des IFRS ou l'effet des IFRS sur les règles relatives à la capitalisation restreinte applicables. La capacité d'anticiper des questions sur les règles relatives à la capitalisation restreinte peut donner la possibilité d'ajuster le niveau d'endettement ou d'ajouter des capitaux propres afin de réduire la valeur des intérêts non déductibles.

Les changements aux IFRS peuvent également se répercuter sur des formes d'imposition indirectes, par exemple sur l'impôt sur la valeur nette, un droit de franchise ou encore un impôt sur le capital ou un droit d'apport. Habituellement, ces droits ou impôts sont fondés sur les valeurs de l'actif net ou encore sur les comptes de capitaux propres, dont les BNR, dans certains cas. La valeur de ces montants peut être définie de manière précise ou encore, selon les montants déclarés dans les états financiers de l'entité. La mise en œuvre des IFRS peut entraîner une augmentation ou une diminution de l'actif net ou des capitaux propres d'une entité et, par conséquent, peut influencer directement sur le niveau des impôts indirects imposés en raison

d'une augmentation ou d'une diminution de la valeur déterminée en vertu des IFRS.

Pour un groupe international, l'incidence des IFRS sur des sociétés membres devrait être évaluée individuellement. Les réductions de valeur ou les provisions pour moins-value d'actifs pourraient réduire la valeur déterminée des impôts indirects et, en même temps, augmenter l'importance des restrictions sur la déductibilité des intérêts en vertu des règles relatives à la capitalisation restreinte applicables qui restreignent les montants du surplus distribuable au titre des paiements de dividendes. Si les changements aux IFRS sont importants dans un pays donné, il faudrait étudier encore de plus près la possibilité de s'éloigner des IFRS à l'échelle locale si les normes de présentation selon les IFRS n'ont pas été adoptées universellement dans ce pays. Les redressements de concordance selon les IFRS pourraient alors se refléter au moment de la consolidation.

Incidence sur les prix de transfert

Au Canada, conformément à l'article 247 L.I.R., les contribuables sont tenus de déterminer et d'utiliser des modalités de pleine concurrence pour les opérations entre apparentés. Cet article a pour objet de fournir à l'Agence de revenu du Canada des pouvoirs précis lui permettant d'effectuer des redressements à la nature ou à la valeur des opérations transfrontalières entre des parties ayant un lien de dépendance qui ne respectent pas les modalités de la pleine concurrence.

L'article 247 L.I.R. a pour objet de refléter le principe de pleine concurrence exprimé dans les principes de l'Organisation de coopération et de développement économiques applicables en matière de prix de transfert. La documentation en matière de prix de transfert d'un contribuable doit démontrer que sa politique sur les prix de transfert est conforme au principe de pleine concurrence. Cette documentation doit être préparée de façon ponctuelle et être prête au plus tard à la date limite de production de l'année d'imposition au cours de laquelle l'opération est conclue.

À mesure que les entreprises adoptent les IFRS, du point de vue des prix de transfert, les contribuables devront revoir leur politique en matière de prix de transfert, leur analyse des prix de transfert et leur documentation en matière de prix de transfert. Habituellement, l'analyse des prix de transfert s'effectue à partir de l'information financière de l'entité vérifiée et d'entités sans lien de dépendance. Ainsi, l'adoption des IFRS par le Canada peut avoir une incidence considérable sur la comparabilité de l'information utilisée pour ce type d'analyse.

Compte tenu de l'indisponibilité d'information sur les opérations comparables internes et externes, la méthode transactionnelle de la marge nette (ci-après « MTMN ») est largement utilisée dans l'analyse des prix de transfert. Selon la MTMN, les résultats financiers tels qu'ils sont déclarés dans les états financiers de l'entité vérifiée et des sociétés comparables sont essentiels à l'analyse des prix de transfert. C'est pourquoi il importe d'utiliser des principes comptables comparables entre l'entité vérifiée et les sociétés auxquelles elle est comparée.

Parmi les indicateurs du niveau de bénéfice (ci-après « INB ») couramment utilisés dans les analyses des prix de transfert, notons la marge brute, la marge d'exploitation, le total du prix de revient majoré et le rendement de l'actif. L'utilisation de la marge d'exploitation comme INB peut entraîner des écarts entre le bénéfice d'exploitation et d'autres revenus ou dépenses, et encore, de manière plus générale, dans la comptabilisation des revenus et des dépenses. En outre, des ajustements d'intensité des actifs sont souvent apportés aux entreprises auxquelles les entités vérifiées sont comparées afin d'améliorer la comparabilité de l'information. Les ajustements d'intensité des actifs visent souvent les comptes clients, les comptes fournisseurs et les stocks. Ces éléments sont sensibles aux principes comptables utilisés pour les comptes du bilan et de l'état des résultats.

Par exemple, selon les IFRS, les immobilisations corporelles peuvent être réévaluées à leur juste valeur s'il est possible de calculer la juste valeur de manière fiable, alors qu'en vertu des PCGR du Canada, la réévaluation des actifs à la juste valeur est généralement interdite. Cette différence aura un effet sur la valeur comptable des actifs et la charge d'amortissement. Les entreprises qui suivent l'une des politiques en matière de prix de transfert devront déterminer si elles ont besoin de la changer étant donné que la valeur d'une charge intersociétés pourrait différer considérablement selon les IFRS :

- 1) marge brute cible;
- 2) marge d'exploitation cible;
- 3) coût complet plus une majoration;
- 4) rendement de l'actif.

L'application de la MTMN nous amène également à nous demander si l'analyse sera fondée sur les résultats d'un exercice ou d'exercices multiples. Si l'analyse repose sur des données d'exercices multiples, une variété de

conventions comptables pourrait avoir été utilisée, attendu que l'information financière de l'entité vérifiée et des entités comparables est préparée selon les PCGR du Canada, et l'information d'autres entités, selon les IFRS, quand on sait qu'à l'adoption des IFRS, seule l'information financière de l'exercice précédent sera traitée de nouveau selon les IFRS.

Le problème de comparabilité des principes comptables sera d'autant plus amplifié que le Canada adoptera les IFRS avant les États-Unis. Cela crée un problème à l'application de la MTMN étant donné que les entreprises retenues comme points de repère externes sont souvent des sociétés publiques américaines qui ont communiqué leur information financière selon les PCGR américains. Il sera très difficile pour un contribuable de déterminer les différences entre la comptabilité selon les PCGR américains et les IFRS afin d'apporter les redressements de comparabilité appropriés en raison du manque d'information.

Les contribuables qui sont dans le processus de négociation d'un accord préalable sur les prix (ci-après « APP ») devront examiner l'impact de la transition des PCGR canadiens aux IFRS. Pour les contribuables qui ont présentement un APP, il faudrait tenir compte de l'incidence de l'adoption des IFRS et savoir s'il serait nécessaire de notifier à l'autorité compétente ce changement dans les rapports en conformité avec les hypothèses APP critiques portant sur les pratiques comptables. Les exigences de déclaration annuelle illustrant que les termes de l'APP ont été respectés présentent également l'occasion pour confirmer si des changements matériels importants ont eu lieu.

Une société qui est requise ou qui envisage de basculer des PCGR du Canada aux IFRS devrait étudier de près sa politique sur le prix de transfert et la documentation y afférente. Une politique sur les prix de transfert reposant sur de l'information financière obtenue selon les IFRS peut aboutir à des prix de transfert très différents de ceux découlant des PCGR du Canada. Les entreprises devront revoir de près leur politique sur les prix de transfert en vue de relever ces différences et d'en tenir compte.

En plus de réévaluer la politique sur les prix de transfert, il faudra peut-être envisager de modifier les ententes intersociétés sur les prix de transfert, les APP et la documentation en découlant pour tenir compte de l'incidence que ces changements ont sur l'analyse des prix de transfert.

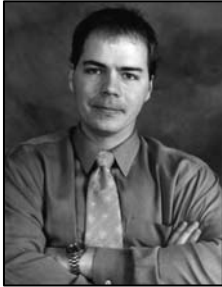
Les contribuables qui passent des PCGR aux IFRS devront déterminer quel sera l'effet de la conversion sur leurs prix de transfert. Il faudra surtout

s'attarder aux politiques sur les prix de transfert, à l'analyse des prix de transfert et à la documentation en matière de prix de transfert.

CONCLUSION

Ce texte présente seulement quelques-unes des incidences potentielles sur le point fiscal qui peuvent survenir en conséquence de la transition aux normes IFRS. Comme nous l'avons noté, les effets de ces changements peuvent avoir un impact significatif sur les états financiers et les déclarations de revenus ainsi qu'à tous les niveaux opérationnels d'un contribuable, que ce soit les gens, les processus et même la technologie. Dans le but de faciliter la conversion, un contribuable devrait considérer ces points importants : commencer la planification de la transition à l'avance, développer une compréhension globale des impacts sur les opérations incluant le cycle de la fiscalité et s'assurer de la disponibilité des ressources nécessaires pour surmonter les obstacles identifiés. Une approche parmi les meilleures pratiques serait d'assurer l'intégration de la fiscalité au sein des comités qui représentent les services et les opérations affectés par le basculement aux normes IFRS dans le but de minimiser les risques significatifs potentiels. Les consultants externes peuvent également fournir des outils et des gabarits pouvant guider les entreprises tout au long de ce processus de conversion.

ÉVOLUTION DE LA NOTION DE CONTRÔLE



Nicolas X. Cloutier
 Avocat
 Davies Ward Philips &
 Vineberg s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Olivier Fournier
 Avocat
 Davies Ward Philips &
 Vineberg s.e.n.c.r.l., s.r.l.

ainsi que **John Lennard**, étudiant en droit
 Davies Ward Philips & Vineberg s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	29:3
1. LE CONTRÔLE <i>DE JURE</i>	29:3
2. LE CONTRÔLE <i>DE FACTO</i>	29:8
3. LA NOTION DE « GROUPE DE PERSONNES »	29:12
4. LE CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ DANS LE CONTEXTE DE FIDUCIES.....	29:16
4.1. LA NOTION D'ACQUISITION DE CONTRÔLE.....	29:16
4.2. LES FIDUCIES ET LES RÈGLES D'ASSOCIATION.....	29:17
CONCLUSION	29:21

INTRODUCTION

La notion de contrôle d'une société est un des piliers de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ en ce qu'elle est essentielle à la détermination de tous les degrés de relation entre des sociétés, qu'elles soient liées, associées, affiliées ou rattachées. Cette notion est source de difficultés d'application autant pour les praticiens chevronnés que pour les étudiants en fiscalité. Par exemple, la notion d'« acquisition de contrôle » vient invariablement hanter les praticiens lorsqu'il y a lieu de déterminer si les attributs fiscaux d'une société survivent dans des contextes de fusions et acquisitions.

L'objet du présent article est d'examiner l'évolution de la notion de contrôle ainsi que de souligner quelques difficultés d'application et d'interprétation rencontrées récemment dans le cadre jurisprudentiel et dans des interprétations techniques de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »).

Nous tenterons de clarifier la notion de contrôle en analysant son évolution jurisprudentielle, qu'il s'agisse du contrôle de fait ou du contrôle de droit. Par ailleurs, nous discuterons de la notion de contrôle par un groupe de personnes, un concept qui semble demeurer relativement flou malgré les tentatives jurisprudentielles de le clarifier. Enfin, nous verrons que, dans un contexte de fiducie, certaines difficultés d'interprétation peuvent survenir relativement à la notion de contrôle, qu'il s'agisse d'un contrôle par un groupe de personnes ou d'une analyse d'une acquisition de contrôle potentiel.

Spécifiquement, nous verrons que, surtout dans des contextes de fiducie, des difficultés d'interprétation peuvent survenir, d'autant plus que les interprétations techniques de l'ARC à cet égard sont parfois surprenantes.

1. LE CONTRÔLE DE JURE

À la base, l'analyse de la notion de contrôle d'une société nécessite un certain questionnement quant à **qui** exerce ce contrôle et **quelles activités** de la société doivent être contrôlées.

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

La deuxième question est relativement simple en ce qu'on peut facilement imaginer que le contrôle d'une société doit faire référence à ses activités, opérations, investissements ayant pour but de générer un revenu.

Toutefois, la question de savoir **qui** exerce ce contrôle a fait l'objet d'un débat jurisprudentiel résolu en grande partie par l'arrêt *Buckerfield's Ltd. et autres c. MRN*². En effet, plusieurs personnes peuvent exercer un certain niveau de contrôle au sein d'une société. Par exemple, les gestionnaires exercent un certain contrôle à un niveau opérationnel; les administrateurs exercent un contrôle de la société quant aux décisions majeures de celle-ci; les actionnaires qui exercent un contrôle, bien qu'indirect, par leur capacité d'élire les administrateurs; et des tiers, qui peuvent avoir une certaine influence sur les personnes précitées et donc exercer un contrôle de fait des activités de la société.

Dans l'arrêt *Buckerfield's*, la Cour de l'Échiquier a fait la part des choses quant à la question de savoir qui exerce le contrôle d'une société :

« I am of the view, however, that in Section 39 of the Income Tax Act, the word "controlled" contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the board of directors. See *British American Tobacco Co. v. C.I.R.*, [1943] 1 All E.R. 13, where Viscount Simon, L.C., at page 15, says:

"The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes"³. » (Notre soulignement)

Dans cette citation, le président Jackett, de la Cour de l'Échiquier, énonçait deux grands principes relativement à la notion de contrôle et qui survivent encore aujourd'hui :

- le contrôle d'une société appartient à ses actionnaires ayant la capacité d'élire le conseil d'administration de la société;
- le contrôle d'une société doit être déterminé sur la base du contrôle en droit de celle-ci et non sur la base d'une norme factuelle. En effet, en postulant que le contrôle d'une société appartient à ceux qui ont le droit d'élire une majorité des administrateurs du conseil d'administration, la

² 64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.) (ci-après « *Buckerfield's* »).

³ *Id.*, par. 10.

Cour rejette donc l'idée que le contrôle d'une société puisse être exercé par une autre personne, sur une base factuelle.

Sans être contredit depuis, ce raisonnement a été approfondi et nuancé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*⁴, plus précisément dans le contexte où une société est soumise à une convention unanime d'actionnaires. Avant de discuter de l'impact des conventions unanimes d'actionnaires, nous notons que, dans l'arrêt *Duha Printers*, la Cour suprême du Canada reprend le test tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Buckerfield's*, en exprimant toutefois une mise en garde à l'encontre d'une application mécanique ou formaliste de ce test. En effet, la Cour suprême rappelle que l'application du test de l'arrêt *Buckerfield's* doit se faire en tenant compte de la logique qui sous-tend ce test, à savoir l'identification des personnes qui ont le « contrôle effectif » sur les « affaires et destinées » de la société :

« 36. Ainsi, le contrôle *de jure* est devenu la norme canadienne, et le critère généralement admis à cet égard consiste à se demander si la partie qui détient le contrôle a, en vertu des actions qu'elle possède, la capacité d'élire la majorité des membres du conseil d'administration. Toutefois, il faut reconnaître, au départ, que ce critère est vraiment une tentative de vérifier qui exerce un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société. Autrement dit, bien que les administrateurs aient généralement, en vertu de la loi qui régit la société, le droit explicite de gérer la société, l'actionnaire majoritaire exerce indirectement ce contrôle en raison de sa capacité d'élire le conseil d'administration. Ainsi, c'est en réalité l'actionnaire majoritaire, et non pas les administrateurs eux-mêmes, qui exerce un contrôle effectif sur la société. Le président Jockett a reconnu expressément cela en énonçant le critère de l'arrêt *Buckerfield's*. En fait, la source invoquée à l'appui de ce critère est l'opinion incidente suivante que le lord chancelier, le vicomte Simon, a exprimée dans *British American Tobacco Co. c. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, à la p. 15:

[TRADUCTION] Les détenteurs de la majorité des voix dans une société sont ceux qui exercent (*sic*) un contrôle effectif sur ses affaires et ses destinées. [Je souligne.]

37. Vue sous cet angle, il devient évident que l'application formaliste d'un critère comme celui énoncé dans *Buckerfield's*, qui ne tient pas compte suffisamment de la raison d'être de ce critère, peut mener à un résultat malheureusement artificiel. Il revient donc à notre Cour de déterminer si, juste avant la fusion, Marr's exerçait un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de Duha no 2 en raison de sa participation majoritaire dans la société.

⁴ [1998] 1 R.C.S. 795 (ci-après « *Duha Printers* »).

[...]

70. Comme je l'ai affirmé, le but essentiel du critère de *Buckerfield's* est de déterminer où est situé le contrôle véritable de la société. À mon sens, il est impossible d'affirmer qu'un actionnaire a acquis ce contrôle du seul fait qu'il est en mesure d'élire la majorité des membres du conseil d'administration, alors que ce conseil n'a peut-être même pas réellement le pouvoir de prendre une seule décision importante au nom de la société. Le contrôle *de jure* d'une société par un actionnaire dépend d'une manière très réelle du contrôle exercé par la majorité des administrateurs dont l'élection est contrôlée par cet actionnaire. Quand un acte constitutif comme une CUA prévoit que le pouvoir légal de gérer la société est conféré à une autre personne qu'au conseil d'administration, le contrôle *de jure* véritable change nécessairement de mains et le tribunal doit reconnaître cette réalité⁵. »

Il y avait donc lieu de se demander ce qui constitue le « contrôle effectif » d'une société. La Cour suprême, dans l'arrêt *Duha Printers*, vient nuancer l'arrêt *Buckerfield's* en indiquant qu'il n'y a pas toujours lieu de se limiter au registre des actionnaires dans le cadre d'une détermination du contrôle d'une société. La Cour note donc que les principes énoncés dans l'arrêt *Buckerfield's* doivent être adaptés aux faits particuliers de chaque situation. À titre d'exemple, la Cour suprême se réfère à l'affaire *Donald Applicators Ltd. et autres c. MRN*⁶, qui traitait d'une situation où, afin d'éviter que deux sociétés soient associées au sens de la loi, une structure corporative avait été mise en place par laquelle un des actionnaires n'avait pas une majorité des votes dans l'élection du conseil d'administration de la société, mais avait toutefois certains pouvoirs qui lui auraient permis, entre autres, de retirer des pouvoirs aux administrateurs et de prendre le contrôle effectif de la société. Dans un tel contexte, puisqu'un tel contrôle, bien qu'indirect, découle des pouvoirs de l'actionnaire en vertu des statuts constitutifs de la société, il s'agirait donc d'un contrôle *de jure* et non d'un contrôle *de facto*. La référence à cette cause dans l'arrêt *Duha Printers* par la Cour suprême du Canada rappelle l'importance de cadrer toute analyse du contrôle d'une société dans le contexte de tous les droits contre les actionnaires en vertu des documents constitutifs d'une société. La Cour de l'Échiquier, dans l'affaire *Donald Applicators*, s'exprimait ainsi :

« A shareholder who, though lacking immediate voting power to elect directors, has sufficient voting power to pass any ordinary resolution that may come before a meeting of shareholders and to pass as well a special resolution through

⁵ *Id.*, par. 36, 37 et 70.

⁶ 69 D.T.C. 5122 (C. de l'É.); confirmé par 71 D.T.C. 5202 (C.S.C.) (ci-après « *Donald Applicators* »).

which he can take away the powers of the directors and reserve decisions to his class of shareholders, dismiss directors from office and ultimately even secure the right to elect the directors is a person of whom I do not think it can correctly be said that he has not in the long run the control of the company⁷. » (Notre soulèvement)

D'un point de vue pratique, il y a donc lieu de procéder à une détermination, en vertu des documents constitutifs de la société, des droits immédiats ainsi que des droits potentiels des actionnaires d'élire le conseil d'administration. Cela nous amène donc à la discussion de savoir quels documents font partie des documents constitutifs d'une société.

Il est important de comprendre que ce ne sont pas tous les documents corporatifs qui sont considérés comme étant constitutifs d'une société. Certains documents le sont clairement : les statuts de la société et ses règlements. D'autres, telles qu'une convention entre actionnaires, peuvent dans certains cas faire partie des documents constitutifs d'une société. Par exemple, une convention unanime d'actionnaires, au sens de la loi constitutive de la société en question, en serait un. Dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁸, la convention unanime d'actionnaires est définie comme suit :

« 146. (1) Est valide, si elle est par ailleurs licite, la convention écrite conclue par tous les actionnaires d'une société soit entre eux, soit avec des tiers, qui restreint, en tout ou en partie, les pouvoirs des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société ou d'en surveiller la gestion.

(2) Est réputée être une convention unanime des actionnaires la déclaration écrite de l'unique et véritable propriétaire de la totalité des actions émises de la société, qui restreint, en tout ou en partie, les pouvoirs des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société ou d'en surveiller la gestion⁹. »

Contrairement à une simple convention entre actionnaires, une convention unanime d'actionnaires comporte un effet qui est expressément prévu à la loi et permet ainsi de restreindre les pouvoirs des administrateurs d'une société. C'est donc pourquoi la Cour suprême, dans l'arrêt *Duha Printers*, a conclu qu'une convention unanime d'actionnaires, à titre de

⁷ *Id.*, par. 13.

⁸ L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

⁹ Par. 146(1) et 146(2) L.C.S.A.

document constitutif d'une société, devait être considérée dans le cadre d'une analyse du contrôle *de jure* de la société en question. En effet, la Cour applique la notion du « contrôle effectif » pour conclure qu'il peut très bien exister des situations où un actionnaire majoritaire n'a pas un tel contrôle sur les « affaires et destinées » de la société, particulièrement dans un contexte où une convention unanime d'actionnaires est en vigueur et touche le contrôle de la société en question.

2. LE CONTRÔLE DE FACTO

Puisque l'arrêt *Buckerfield's* ainsi que la jurisprudence qui s'ensuit avaient explicitement rejeté la notion de contrôle *de facto*, le législateur a donc dû introduire ce concept par l'entremise de la loi, au paragraphe 256(5.1) L.I.R. Ce paragraphe s'applique aux situations pour lesquelles la politique fiscale serait mieux servie par un tel test de contrôle *de facto*, comme dans le cas des règles d'association de sociétés à l'article 256 L.I.R. Ce paragraphe 256(5.1) L.I.R. se lit comme suit :

« 256(5.1) Contrôle de fait – Pour l'application de la présente loi, lorsque l'expression “contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit”, est utilisée, une société est considérée comme ainsi contrôlée par une autre société, une personne ou un groupe de personnes – appelé “entité dominante” au présent paragraphe – à un moment donné si, à ce moment, l'entité dominante a une influence directe ou indirecte dont l'exercice entraînerait le contrôle de fait de la société. Toutefois, si cette influence découle d'un contrat de concession, d'une licence, d'un bail, d'un contrat de commercialisation, d'approvisionnement ou de gestion ou d'une convention semblable – la société et l'entité dominante n'ayant entre elles aucun lien de dépendance – dont l'objet principal consiste à déterminer les liens qui unissent la société et l'entité dominante en ce qui concerne la façon de mener une entreprise exploitée par la société, celle-ci n'est pas considérée comme contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par l'entité dominante du seul fait qu'une telle convention existe. » (Note soulignement)

Le paragraphe 256(5.1) L.I.R. vient donc élargir le test de contrôle *de jure*, dans les situations où ce paragraphe est applicable, à un contrôle qui pourrait être exercé par une personne ayant une certaine influence sur les activités d'une société. Dans l'arrêt *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*¹⁰, la Cour d'appel fédérale a voulu expliquer la notion de contrôle de fait et a conclu que, dans la mesure où une personne a une influence significative sur ceux qui ont le pouvoir d'élire le conseil d'administration, ou dans la mesure

¹⁰ 2002 CAF 260 (ci-après « *Silicon Graphics* »).

où cette personne a un droit clairement établi de modifier la composition du conseil d'administration d'une société, cette personne serait considérée pouvoir exercer un contrôle de fait sur la société. À cet effet, la Cour s'exprime ainsi :

« 67. Par conséquent, je suis d'avis que pour que l'on puisse conclure à un contrôle de fait, une personne ou un groupe de personnes doivent avoir le droit et la capacité manifestes de procéder à une modification importante du conseil d'administration ou des pouvoirs du conseil ou d'influencer d'une façon très directe les actionnaires qui auraient autrement la capacité de choisir le conseil d'administration¹¹. » (Notre soulignement)

En d'autres mots, comme le précise la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt 9044 2807 *Québec Inc. c. Canada*¹², « la preuve doit démontrer que le pouvoir décisionnel de la société visée réside dans les faits ailleurs qu'entre les mains de ceux qui possèdent le contrôle *de jure*¹³ ».

L'expression « influencer d'une façon très directe » a fait l'objet d'un bulletin d'interprétation¹⁴ de l'ARC qui semble vouloir élargir le sens des mots employés par la Cour d'appel fédérale :

« 23. Ce sont les faits se rapportant à chaque situation qui permettent de déterminer si une personne ou un groupe de personnes a le contrôle de fait d'une société, même si, juridiquement, ces personnes ne contrôlent pas plus de 50 % des actions de la société avec droit de vote. Voici certains facteurs généraux qui permettent de déterminer s'il y a contrôle de fait :

- a) le pourcentage de propriété des actions avec droit de vote (lorsqu'il n'est pas supérieur à 50 %) par rapport aux actions que les autres actionnaires détiennent;
- b) la propriété d'une importante dette d'une société qui peut devenir payable sur demande (à moins d'être assujettie à une exemption en vertu du paragraphe 256(3) ou (6)) ou d'un placement important dans des actions privilégiées rachetables au gré du détenteur;
- c) les conventions entre actionnaires prévoyant une voix prépondérante;

¹¹ *Id.*, par. 67.

¹² 2004 CAF 23 (ci-après « *Couture* »).

¹³ *Id.*, par. 24.

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Sociétés : Association et contrôle », 14 août 2001.

- d) les relations commerciales ou contractuelles de la société, par exemple, la dépendance économique à l'endroit d'un fournisseur ou d'un client unique;
- e) la possession de connaissances tout à fait particulières qui sont requises pour l'exploitation de l'entreprise;
- f) l'influence qu'un membre d'une famille, qui est un actionnaire, un créancier, un fournisseur, etc., d'une société peut avoir sur un autre membre de la famille qui est un actionnaire de la société¹⁵. »

Dans l'affaire *Brownco Inc. c. La Reine*¹⁶, la Cour canadienne de l'impôt a considéré la question du contrôle de fait dans le contexte des règles d'association des sociétés au paragraphe 256(1) L.I.R., qui se lit comme suit :

« 256. (1) Pour l'application de la présente loi, deux sociétés sont associées l'une à l'autre au cours d'une année d'imposition si, à un moment donné de l'année

- a) l'une contrôle l'autre, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit; [...] »

Brownco Inc. niait qu'elle était associée à Bost Investments Inc. (ci-après « Bost »), malgré le fait que Bost possédait 50 % de ses actions et détenait une voix prépondérante sur le conseil de direction. Le juge Paris a déterminé que ce n'est pas seulement l'influence sur la sélection des administrateurs qui est pertinente. Par ailleurs, toujours selon le juge Paris, de la Cour canadienne de l'impôt, le fait d'avoir une voix prépondérante au sein du conseil est aussi une indication de contrôle :

« In my opinion, for the purpose of determining *de facto* control of a corporation, it should make no difference whether a shareholder controls the decision making of the board of directors by virtue of being able to elect the majority of the directors or by virtue of the fact that its nominee director is entitled to cast the majority of the votes at a meeting of directors. The point at which the control arises is perhaps different, but the same practical degree of *de facto* control over the corporation exists in either situation¹⁷. » (Notre soulignement)

¹⁵ *Id.*, par. 23.

¹⁶ 2008 CCI 58.

¹⁷ *Id.*, par. 45.

La Cour a précisé sa position dans l'affaire récente *Taber Solids Control (1998) Ltd. et autres c. La Reine*¹⁸. Les faits de cette situation se résument assez facilement : M^{me} Taber était l'actionnaire et l'administratrice unique d'une compagnie dont le seul client était la compagnie de son époux, M. Taber. Les deux compagnies œuvraient ensemble dans le même domaine et M. Taber prenait, dans les faits, toutes les décisions opérationnelles. La Cour devait donc déterminer si M. Taber avait une influence qui, si exercée, entraînerait un contrôle de fait de la compagnie dont M^{me} Taber était l'actionnaire unique.

À cet égard, les commentaires du juge Miller sont révélateurs. Les tribunaux doivent prendre en considération l'importance des décisions opérationnelles :

« 22. [...] Control of the corporation comes through controlling board decisions one way or the other. This then becomes a question of what decisions are left to a board, and what decisions simply go to management (operational control). The caselaw suggests that operational control alone is not sufficient to constitute de facto control as contemplated by subsection 256(5.1), yet is a factor to consider¹⁹. » (Notre soulignement)

Toutefois, une influence opérationnelle ne peut pas être l'unique facteur à considérer. Pour établir le contrôle de fait, il faut aussi, selon la Cour, démontrer une certaine influence sur les décisions des administrateurs :

« 30. The actual influence of Ken regarding decisions to acquire equipment may, of itself, be insufficient to establish control, but the potential influence of Taber 1998 as the sole customer and also the sole supplier of centrifuges to Old Taber cannot be ignored. Old Taber was entirely economically dependent on Taber 1998. The two companies were inextricably linked by family and by contract. Old Taber had no business without Taber 1998 and Ken's expertise²⁰. » (Notre soulignement)

Bref, la Cour adopte la position de l'ARC²¹ selon laquelle d'autres facteurs, au surplus des liens familiaux, des relations contractuelles et de l'interdépendance économique des parties, doivent être évalués. Ce sont apparemment les mêmes conclusions tirées par le juge Noël dans l'arrêt

¹⁸ 2009 CCI 527.

¹⁹ *Id.*, par. 22.

²⁰ *Id.*, par. 30.

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 14.

Couture, qui traite aussi de la question d'association dans le contexte d'entreprises familiales :

« 26. [...] [S]i Transport Couture avait décidé de ne pas renouveler son contrat de gestion et de ne plus retenir les services de ML1 et ML2, ni Marie-Louis Couture dans le cas de ML1, ni son épouse dans le cas de ML2 n'aurait été en mesure de poursuivre les activités de ces sociétés.

[...]

28. En ce qui a trait au contrôle opérationnel, la preuve a révélé que ce sont les frères Couture et Claude Rodrigue, cadre de Transport Couture, qui prenaient toutes les décisions importantes et qui négociaient les achats de camions, les emprunts et le financement. L'implication de Marie-Louis Couture était nulle et celle de son épouse se limitait à une session d'information une fois par mois.

[...]

31. En fin d'analyse, la preuve révèle que Marie-Louis Couture et son épouse, animés par le lien de confiance qu'ils avaient avec leurs cinq fils, s'en sont remis à Transport Couture et lui ont relégué tous les pouvoirs décisionnels qu'ils détenaient en tant qu'actionnaires de ML1 et ML2²².» (Notre soulignement)

Il semble donc que le contrôle de fait s'applique non seulement aux situations analogues à l'arrêt *Silicon Graphics*, où une personne détient le pouvoir d'élire ou d'influencer de façon directe l'élection des administrateurs. L'influence potentielle ou réelle sur les décisions des administrateurs semble par ailleurs être un élément pertinent selon la jurisprudence.

3. LA NOTION DE « GROUPE DE PERSONNES »

Une société peut être contrôlée par une seule personne, par plusieurs personnes ou par un groupe de personnes. Puisque la loi emploie l'expression « groupe de personnes », il est donc pertinent de déterminer à quel moment plusieurs personnes ayant ou pouvant exercer le contrôle d'une société deviennent un groupe de personnes qui contrôle ladite société. La jurisprudence à cet effet semble moins précise qu'on pourrait s'y attendre et semble soulever de nouvelles questions dans l'évaluation de ce qu'est un groupe de personnes. Toutefois, il est clair qu'on ne peut pas tout simplement choisir parmi plusieurs personnes pour former quelque groupe

²² *Couture*, précité, note 12, par. 26, 28 et 30.

que ce soit détenant plus de 50 % des votes dans l'élection du conseil d'administration²³. Autrement dit, une majorité mathématique de votes détenus par deux personnes ou plus n'est pas suffisante pour former un « groupe de personnes » au sens de la loi. Ce principe est d'ailleurs confirmé par la nécessité de l'alinéa 256(1.2)a) L.I.R., qui répute l'existence d'un groupe de personnes dans le cas de n'importe quel regroupement de deux personnes ou plus qui détiennent des actions d'une société, le tout aux fins des règles d'association.

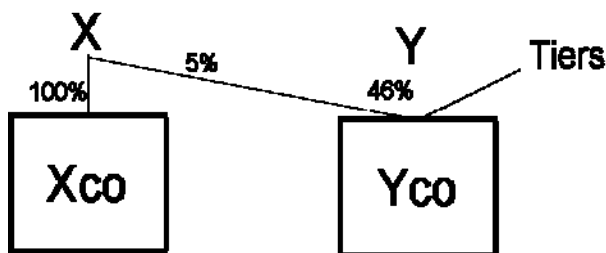
Dans l'arrêt *Silicon Graphics*, la Cour d'appel fédérale a retenu ce principe en concluant que le simple fait qu'une majorité des actions comportant droit de vote étaient détenues par des actionnaires non résidents ne faisait pas de ceux-ci un « groupe de personnes » au sens de la loi. La Cour retient plutôt un test plus strict, soit l'existence d'un lien commun suffisant :

« 36. Selon ces décisions, je souscris à l'argument de l'appelante selon lequel la simple possession d'une majorité mathématique d'actions par un ensemble d'actionnaires pris au hasard dans une corporation à grand nombre d'actionnaires ayant certains éléments communs identificateurs (p. ex. le lieu de résidence) mais sans un lien commun ne constitue pas un contrôle de droit ainsi que le terme a été défini par la jurisprudence. Je souscris également à l'argument de l'appelante selon lequel pour que plus d'une personne soit en position d'exercer un contrôle, il est nécessaire qu'il y ait un lien suffisant entre les actionnaires. Ce lien doit inclure, notamment, une entente de vote, une entente pour agir de concert ou des liens commerciaux ou familiaux²⁴. » (Note soulignement)

La référence, dans la citation précédente, à des « liens commerciaux ou familiaux » soulève certaines questions quant à l'existence d'une présomption d'un lien commun suffisant dans un contexte familial. Par exemple, dans la situation factuelle suivante :

²³ Tel qu'il est exprimé dans *Yardley Plastics of Canada Ltd. c. MRN*, 66 D.T.C. 5183 (C. de l'É.) (ci-après « *Yardley Plastics* »), par. 19.

²⁴ *Silicon Graphics*, précité, note 10, par. 36.



X et Y sont frères et sœurs, X est l'actionnaire unique de Xco et détient 5 % des actions de Yco. Y détient 46 % des actions de Yco, les autres actions de Yco étant détenues par des tiers sans lien de dépendance. Suivant la logique de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Silicon Graphics*, il semblerait exister une présomption que X et Y forment un groupe de personnes au sens de la loi. La question demeure toutefois de savoir si cette présomption est réfragable, particulièrement dans des contextes familiaux où les personnes formant un tel groupe présumé n'agissent manifestement pas comme un « groupe de personnes » au sens de la loi et tel qu'il est décrit par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Silicon Graphics*. À notre avis, certaines situations familiales, ainsi que certaines situations d'affaires, justifient de pouvoir réfrager une telle présomption.

Il semble que l'ARC ait voulu élargir la portée d'une telle présomption en prenant position que, lorsque les droits de vote sont divisés à parts égales entre deux actionnaires, ces deux actionnaires seront considérés comme un groupe de personnes qui contrôle la société. Selon l'ARC, cette présomption ne peut être réfraguée que lorsque l'on peut démontrer que **le proces sus décisionnel de la société est effectivement au point mort**, c'est-à-dire que, à chaque décision, les actionnaires votent l'un contre l'autre²⁵.

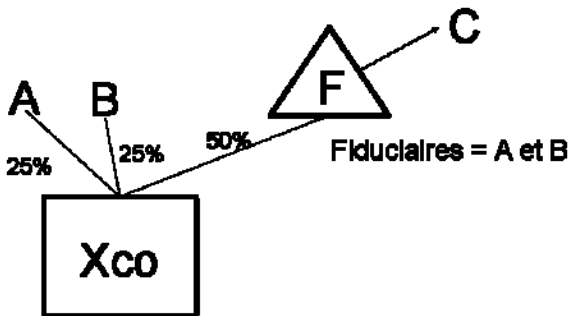
Cette position exprimée par l'ARC peut facilement donner lieu à des résultats absurdes. Tel que le note un autre auteur, il peut exister plusieurs situations dans lesquelles l'absence d'un « point mort » dans le processus décisionnel d'une société n'est pas une indication que ses actionnaires agissent de concert, mais plutôt le simple résultat de négociations et de compromis entre les actionnaires. Par exemple, lorsque des concurrents forment une coentreprise, il est difficile de concevoir comment ces deux

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 7, 21 février 1996.

concurrents agiraient de concert simplement parce qu'ils ont un objectif économique en commun. On pourrait plutôt croire que chaque participant à telle coentreprise agit dans ses propres intérêts économiques, et que le processus décisionnel et le modèle d'affaires de la société résultent simplement de la négociation entre les parties²⁶. D'ailleurs, le juge Bowman, dans l'affaire *Lenester Sales Ltd. et autres c. La Reine*²⁷, semble partager ce point de vue :

« To say that every time two independent business persons in pursuit of their own business interests work together to achieve a mutually beneficial commercial objective means that they are “acting in concert” and are, therefore, not at arm's length would mean that no business relationships would ever be at arm's length²⁸. »

Enfin, cet argument a aussi été retenu dans l'affaire *Crystal Beach Park Ltd. c. La Reine*²⁹. Dans cette cause, la Cour canadienne de l'impôt a dû appliquer le principe établi dans l'arrêt *Silicon Graphics* à une situation où deux actionnaires détenaient chacun 25 % des actions comportant droit de vote d'une compagnie, et où ces mêmes actionnaires agissaient à titre de fiduciaires d'une fiducie qui détenait l'autre 50 % des actions de la société, dont le bénéficiaire était un tiers. Cette situation peut être représentée comme suit :



²⁶ Voir à cet effet : Mark BRENDER, « Developments in the Concept of Corporate Control », dans *2007 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2008, pp. 31:1-52, à la page 31:17.

²⁷ 2003 D.T.C. 997 (C.C.I.) (ci-après « *Lenester Sales (C.C.I.)* »); confirmé par 2004 D.T.C. 6461 (C.A.F.).

²⁸ *Lenester Sales (C.C.I.)*, précité, note 27, par. 35.

²⁹ 2006 D.T.C. 2845 (C.C.I.) (ci-après « *Crystal Beach* »).

La Cour canadienne de l'impôt, en passant à travers tous les critères retenus dans l'arrêt *Silicon Graphics*, conclut qu'il n'existait pas de liens suffisants entre les actionnaires pour que ceux-ci forment un « groupe de personnes » au sens de la loi. Il n'y avait ni relations familiales ni relations d'affaires entre les deux actionnaires, et il n'y avait pas de convention de vote ou une convention d'agir de concert entre ceux-ci. Bien que les deux actionnaires aient un objectif économique commun, cet objectif en commun s'inscrivait dans le cadre des objectifs économiques distincts des deux actionnaires en question.

La décision dans l'affaire *Crystal Beach* vient donc clarifier une fois pour toutes que le simple fait que deux actionnaires aient un objectif commercial commun ne fait pas nécessairement en sorte que ceux-ci agissent de concert ou qu'ils forment un « groupe de personnes » au sens de la loi. Plutôt, la situation factuelle doit être scrutée afin de déterminer s'il existe vraiment un lien commun suffisant pour que ceux-ci forment un « groupe de personnes ».

4. LE CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ DANS LE CONTEXTE DE FIDUCIES

4.1. LA NOTION D'ACQUISITION DE CONTRÔLE

Lorsqu'un fiduciaire est remplacé et que la fiducie en question détient le contrôle *de jure* d'une société, est-ce que ce remplacement de fiduciaire donne lieu à une acquisition de contrôle au sens de la loi? On pourrait croire que, vu les conséquences relativement sérieuses d'une acquisition de contrôle, la politique fiscale qui sous-tend ce concept ne devrait logiquement pas engendrer de telles conséquences lors d'un tel remplacement. Toutefois, l'ARC s'est prononcée pour dire qu'un tel remplacement de fiduciaire forme un nouveau groupe qui contrôle une société et que, sous réserve des exceptions prévues au paragraphe 256(7) L.I.R., une acquisition de contrôle aurait lieu lors de ce remplacement de fiduciaire³⁰. Comme nous le savons, les exceptions prévues au paragraphe 256(7) L.I.R. ne sont pas parfaites, surtout dans un contexte où tous les fiduciaires sont sans lien de dépendance envers la société dont ils détiennent les actions. Cette lignée d'interprétation technique de l'ARC semble être en contradiction avec le

³⁰ Voir, par exemple, AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0087761E5, 24 mai 2005.

*Bulletin d'interprétation IT-302R3*³¹, qui prévoit, à son paragraphe 10, que « aux fins de l'alinéa 256(7)a), lorsque l'exécuteur testamentaire, l'administrateur successoral ou le fiduciaire est remplacé par suite de son décès ou de son incapacité de remplir ses fonctions, le contrôle de la corporation est réputé ne pas avoir changé »³².

D'une façon ou d'une autre, la position la plus récente de l'ARC indique que, lorsqu'une fiducie a plusieurs fiduciaires, ceux-ci forment un groupe de personnes qui contrôle toute société dont la fiducie détient le contrôle *de jure* puisque, toujours selon l'ARC, les fiduciaires doivent agir de concert dans les meilleurs intérêts des bénéficiaires de la fiducie³³.

4.2. LES FIDUCIES ET LES RÈGLES D'ASSOCIATION

Dans le contexte des règles d'association à l'article 256 L.I.R., plusieurs règles d'interprétation sont prévues au paragraphe 256(1.2) L.I.R. Parmi celles-ci, l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R. prévoit ce qui suit :

« (1.2) Pour l'application du présent paragraphe et des paragraphes (1), (1.1) et (1.3) à (5) :

c) la société, la personne ou le groupe de personnes qui est propriétaire, à un moment donné, d'actions du capital-actions d'une autre société dont la juste valeur marchande correspond à plus de 50 % de la juste valeur marchande de toutes les actions émises et en circulation du capital-actions de cette autre société, ou qui est propriétaire, à ce moment, d'actions ordinaires du capital-actions de cette autre société dont la juste valeur marchande correspond à plus de 50 % de la juste valeur marchande de toutes les actions ordinaires émises et en circulation du capital-actions de cette autre société, est réputé contrôler cette autre société à ce moment. »

Pour simplifier, une personne ou un groupe de personnes est réputé contrôler une société lorsque cette personne ou ce groupe détient soit la majorité des votes d'une société, soit plus de 50 % de la valeur des actions ou de la valeur des actions ordinaires de la société.

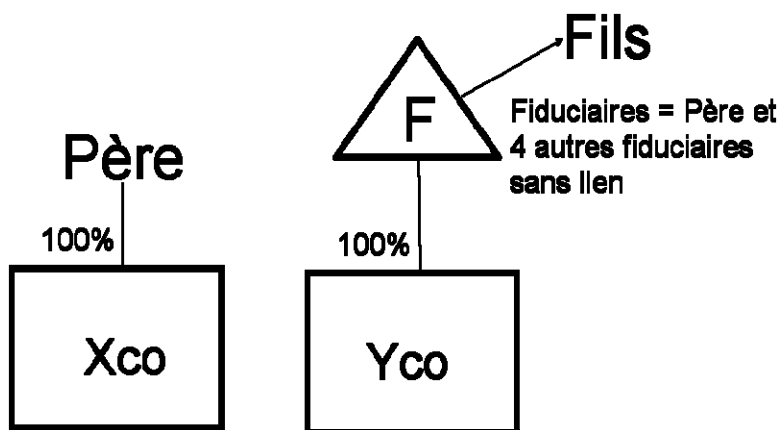
³¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-302R3*, « Pertes d'une corporation – Effet des prises de contrôle, des fusions et des liquidations sur leur déductibilité – Après le 15 janvier 1987 », 28 février 1994.

³² *Id.*, par. 10.

³³ Voir à cet effet, AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006.

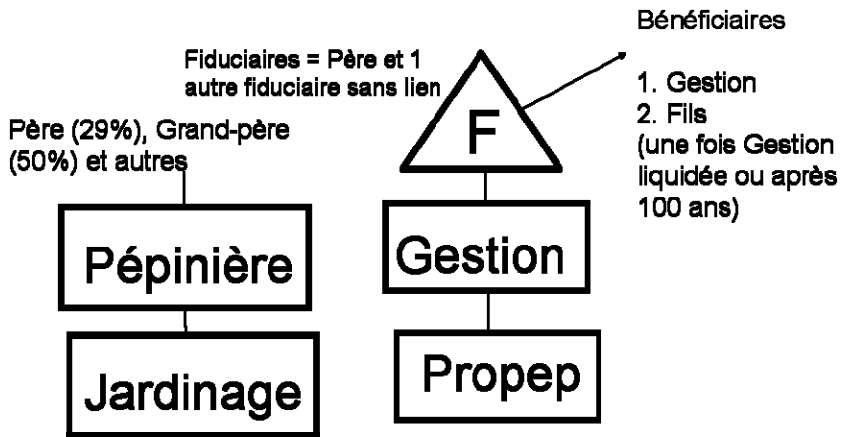
L'application pratique de cette disposition peut donner lieu à des résultats surprenants. Par exemple, l'ARC semble prendre la position que, lorsqu'une fiducie détient des actions d'une société, chaque fiduciaire est considéré détenir la totalité des actions détenues par la fiducie³⁴. Il faut toutefois noter que cette interprétation semble se fonder sur la common law plutôt que sur le droit civil. En effet, l'ARC y réfère aux fiduciaires comme détenant, en copropriété indivise (*undivided ownership*), les actions détenues par la fiducie. Clairement, ce concept n'a pas sa place en droit civil relativement au patrimoine d'affectation que constitue une fiducie québécoise. En effet, en droit civil, les fiduciaires n'ont pas la propriété des biens détenus en fiducie, mais en ont plutôt l'administration.

Toutefois, tel que l'entend l'ARC dans l'interprétation technique précitée, cette interprétation peut donner lieu à des résultats inattendus, comme dans la situation suivante : prenons la situation d'un père qui détient 100 % des actions de la compagnie Xco. Par ailleurs, le père en question est l'un des cinq fiduciaires d'une fiducie dans laquelle le bénéficiaire est son fils, et où les quatre autres fiduciaires sont sans aucun lien de dépendance. La fiducie détient 100 % des actions d'une autre compagnie Yco. Le résultat de l'interprétation précitée de l'ARC est que le père, en sa qualité de fiduciaire, serait considéré comme détenant 100 % des actions de Yco et que, en conséquence, les compagnies Xco et Yco seraient associées puisqu'elles seraient réputées être contrôlées par l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R., par la même personne, le tout en application de l'alinéa 256(1)b) L.I.R.



³⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0111731E5, 4 juillet 2006.

La décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Propep Inc. c. La Reine*³⁵ est particulièrement troublante dans son application et son interprétation des règles d'association de société. Les effets de cette cause peuvent se résumer comme suit : un père était l'un des fiduciaires d'une fiducie qui détenait la totalité des actions d'une compagnie (ci-après « Gestion »), laquelle détenait 100 % des actions d'une autre compagnie (ci-après « Propep »). La fiducie prévoyait deux autres bénéficiaires, soit premièrement Gestion et, dans la mesure où Gestion est liquidée, le fils du père en question. Par ailleurs, le père détenait plus de 25 % des actions d'une autre compagnie (ci-après « Pépinière »), laquelle détenait la totalité des actions d'une filiale (ci-après « Jardinage »). La société Pépinière était contrôlée par une personne liée au père. La question était de déterminer si Propep était associée aux compagnies Pépinière et Jardinage, et si ces sociétés devaient donc se partager une seule déduction pour petite entreprise. Cette situation factuelle peut être représentée comme suit :



Cette cause traitait principalement de l'interrelation des trois dispositions suivantes :

- l'alinéa 256(1)c) L.I.R., qui prévoit que deux sociétés sont associées si chacune d'elle est contrôlée par une personne, et que ces deux personnes sont liées, si l'une de ces personnes détient au moins 25 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de chaque société;

³⁵ 2009 CAF 274 (ci-après « *Propep* »).

- l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R., qui prévoit que les actions d'une société qui sont détenues par une fiducie discrétionnaire sont réputées être détenues par le bénéficiaire de cette fiducie;
- le paragraphe 256(1.3) L.I.R., qui prévoit que lorsque des actions d'une société sont détenues par un mineur, ses parts sont réputées détenir les actions en question.

Puisque la fiducie dans l'arrêt *Propep* était une fiducie discrétionnaire et que le fils était mineur, l'argument de la Couronne indiquait que toutes les sociétés en question étaient liées puisque le fils était un bénéficiaire de la fiducie, qu'il était donc réputé détenir la totalité des actions de Gestion en vertu de l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. et que, en conséquence, son père était réputé détenir ces actions en vertu du paragraphe 256(1.3) L.I.R. Le résultat était que, en vertu de l'alinéa 256(1)c) L.I.R., le père était réputé détenir la totalité des actions de Gestion et que, puisqu'il détenait plus de 25 % des actions d'une catégorie de Pépinière et que cette dernière était contrôlée par une personne liée, tout le groupe de sociétés en question était associé et devait donc partager une seule déduction pour petite entreprise.

Devant la Cour canadienne de l'impôt, Propep a soulevé l'argument que le fils n'était pas un bénéficiaire au sens du droit civil de la fiducie en question puisque ses droits en tant que bénéficiaire n'étaient pas nés. Cet argument a effectivement été retenu par la Cour canadienne de l'impôt qui a donc conclu que les sociétés Gestion et Propep n'étaient pas associées aux sociétés Jardinage et Pépinière.

Toutefois, la Cour d'appel fédérale semble suivre une autre logique et infirme la décision de la Cour canadienne de l'impôt. En effet, la Cour d'appel fédérale semble retenir le fait que le fils deviendrait un bénéficiaire lorsque la société Gestion serait liquidée. Or, les fiduciaires auraient théoriquement le pouvoir de liquider ladite société. La Cour d'appel fédérale conclut donc que l'intérêt du fils en tant que bénéficiaire de la fiducie était un intérêt purement discrétionnaire, c'est-à-dire qu'il pouvait naître d'un exercice de la discrétion des fiduciaires en procédant à la liquidation de Gestion.

Cette interprétation par la Cour d'appel fédérale soulève deux questions fondamentales. Premièrement, nous savons que, par les dispositions du *Code civil du Québec*³⁶, le fiduciaire ayant l'administration des actifs d'une

³⁶ L.Q. 1991, c. 64.

fiducie doit gérer ceux-ci dans les meilleurs intérêts des bénéficiaires de la fiducie. Il y a donc lieu de se demander si le fait de procéder à une liquidation d'un bénéficiaire serait une décision qui serait prise dans les meilleurs intérêts des bénéficiaires de la fiducie. Deuxièmement, l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. fait référence à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un fiduciaire. Le jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Propep* ne distingue pas entre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire prévu à l'acte de fiducie et exercé conformément à celui-ci, et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en qualité d'actionnaire de Gestion, en vertu du droit des sociétés.

En *obiter*, la Cour d'appel fédérale semble vouloir confirmer sa décision en offrant un raisonnement par lequel, selon la Cour, le fils serait de toute façon bénéficiaire de la fiducie en question. Pour arriver à ce résultat, la Cour d'appel fédérale conclut que les règles prévues au paragraphe 248(25) L.I.R., relativement à l'expression « droit de bénéficiaire », pouvaient s'appliquer à l'expression « bénéficiaire », tel qu'il est entendu à l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R., et ce, même si cet alinéa ne fait pas directement référence à la notion de « droit de bénéficiaire ».

Bien que l'objet du présent article ne soit pas de jeter un regard critique sur cet *obiter* de la Cour d'appel fédérale, il n'en demeure pas moins que l'interprétation prônée par la Cour d'appel fédérale dans cet *obiter* est particulièrement troublante. Par ailleurs, nous ne voyons tout simplement pas comment cette interprétation pourrait être conforme avec le texte, le contexte, et surtout, l'objet du paragraphe 248(25) L.I.R.

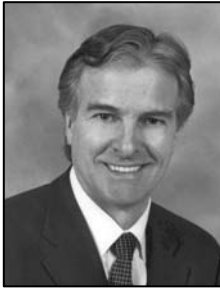
CONCLUSION

Nous avons vu que la notion de contrôle d'une société, dans toute sa complexité, demeure à ce jour un concept fondamental qui fait régulièrement l'objet de débats devant les tribunaux canadiens. D'ailleurs, cette notion soulève autant de difficultés chez les praticiens que pour les tribunaux.

Il demeure que la notion de contrôle d'une société soulève des tests précis à ne pas appliquer de façon mécanique, mais plutôt eu égard à tous les faits pertinents de chaque situation.

Enfin, l'analyse de la jurisprudence pertinente démontre que nous n'avons certainement pas eu droit à la dernière cause concernant la notion de contrôle et que cette notion continuera d'être précisée par les tribunaux et par des positions techniques de l'ARC dans les années à venir.

JURISPRUDENCE FISCALE RÉCENTE



Coordonnateur
Alain Ménard
Avocat, BA, MBA
Cain Lamarre Casgrain
Wells s.e.n.c.r.l. Avocats



Marie-Andrée Legault
Avocate générale
Ministère de la Justice du Canada



Wilfrid Lefebvre
Avocat, CR
Ogilvy Renault s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Danny Galarneau
Avocat
Ministère de la Justice du Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (MARIE-ANDRÉE LEGAULT)

1.	L'AFFAIRE <i>YATES C. CANADA</i>	30:5
1.1.	LES FAITS.....	30:5
1.2.	LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	30:6
1.3.	LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE.....	30:7
1.4.	COMMENTAIRES	30:8
2.	LES AFFAIRES <i>TESAINER C. CANADA</i> ET <i>GOFF CONSTRUCTION LTD. C. CANADA</i>	30:8
2.1.	L'AFFAIRE <i>TESAINER</i>	30:9
2.1.1.	Les faits et la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt	30:9
2.1.2.	La décision de la Cour d'appel fédérale	30:10
2.2.	L'AFFAIRE <i>GOFF CONSTRUCTION</i>	30:11
2.2.1.	Les faits et la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt	30:11
2.2.2.	La décision de la Cour d'appel fédérale	30:12
2.3.	COMMENTAIRES	30:13
3.	L'AFFAIRE <i>TREMBLAY C. LA REINE</i>	30:13
3.1.	LES FAITS.....	30:13
3.2.	LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	30:15
3.3.	COMMENTAIRES	30:17

PARTIE B (WILFRID LEFEBVRE)

1.	L'AFFAIRE <i>VALIANT CLEANING TECHNOLOGY INC. C. LA REINE</i>	30:19
1.1.	COMMENTAIRES	30:21
2.	L'ARRÊT <i>CGU HOLDINGS CANADA LTD. C. LA REINE</i>	30:21
2.1.	COMMENTAIRES	30:23
3.	L'AFFAIRE <i>GARRON FAMILY TRUST C. LA REINE</i>	30:23
3.1.	LES FAITS.....	30:24
3.2.	COMMENTAIRES	30:27
ANNEXE A		30:29
ANNEXE B		30:30

PARTIE C (ALAIN MÉNARD)

1.	L'ARRÊT <i>MICHEL GRIMARD C. LA REINE</i>	30:31
1.1.	LES FAITS.....	30:31
1.2.	QUESTIONS EN LITIGE	30:32
1.3.	LA DÉCISION	30:33
1.4.	COMMENTAIRES	30:34
2.	L'AFFAIRE <i>WABUSH IRON CO. C. LA REINE</i>	30:35
2.1.	LES FAITS.....	30:35
2.2.	QUESTIONS EN LITIGE	30:36
2.3.	LA DÉCISION	30:36
2.4.	COMMENTAIRES	30:37
3.	L'ARRÊT <i>SASKFERCO PRODUCTS INC. C. LA REINE</i>	30:38
3.1.	LES FAITS.....	30:38
3.2.	QUESTION EN LITIGE.....	30:39
3.3.	LA DÉCISION	30:39
3.4.	COMMENTAIRES	30:40

PARTIE D (DANNY GALARNEAU)

1.	RÉGIME DE L'ASSURANCE MALADIE DU QUÉBEC	30:41
1.1.	L'ARRÊT <i>STIEFEL CANADA INC. C. SMRQ</i>	30:41
1.1.1.	Les faits	30:41
1.1.2.	Question en litige	30:41
1.1.3.	Les dispositions pertinentes.....	30:41
1.1.4.	Décision de première instance.....	30:42
1.1.5.	Décision de la Cour d'appel du Québec	30:42
2.	JUSTE VALEUR LOCATIVE	30:43
2.1.	L'AFFAIRE <i>SCHUTZ C. LA REINE</i>	30:43
2.1.1.	Les faits	30:43
2.1.2.	Questions en litige	30:46
2.1.3.	Les dispositions pertinentes.....	30:47
2.1.4.	Position des parties	30:47
2.1.5.	Décision de la Cour canadienne de l'impôt.....	30:47
3.	PERTE EN CAPITAL	30:50
3.1.	L'ARRÊT <i>CANADA C. CASCADES INC.</i>	30:50
3.1.1.	Les faits	30:50
3.1.2.	Question en litige	30:51
3.1.3.	Les dispositions pertinentes.....	30:51

3.1.4. Décision de première instance.....	30:51
3.1.5. Décision de la Cour d'appel fédérale	30:52

PARTIE A

Marie-Andrée Legault, avocate générale
Ministère de la Justice du Canada³

1. L'AFFAIRE YATES C. CANADA¹

L'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² est une mesure draconienne qui permet au ministre du Revenu national (ci-après « ministre ») d'aller recouvrer la dette d'un débiteur fiscal auprès d'un tiers avec qui il a un lien de dépendance, à qui il a transféré des biens sans contrepartie valable.

Bon nombre de conjoints ont tenté, certains avec succès, de se soustraire à l'application de l'article 160 L.I.R. en invoquant que des biens leur avaient été transférés en contrepartie de l'obligation légale de leur conjoint de contribuer aux dépenses du ménage.

Dans cette toute dernière décision, la Cour d'appel fédérale vient pour ainsi dire fermer la porte à une telle défense.

1.1. LES FAITS

En 1982, M. Yates devait plus de 485 000 \$ au fisc fédéral. En décembre 2002, il céda à son épouse son intérêt conjoint dans deux comptes bancaires. Les comptes totalisaient alors un peu plus de 7 000 \$. À partir de cette date et durant toute l'année 2003, M. Yates a déposé ses chèques de paie dans un des comptes de banque dont seule M^{me} Yates était maintenant titulaire, pour des sommes totalisant près de 55 000 \$. Ce compte était utilisé depuis déjà plusieurs années pour payer les dépenses du ménage et c'est M^{me} Yates qui s'occupait ordinairement de payer ces dépenses. Pour la période en question, les dépenses familiales totalisaient, selon M^{me} Yates, plus de 151 000 \$.

* Le présent texte représente les opinions de l'auteure et non celles du ministère de la Justice du Canada.

¹ 2009 CAF 50 (ci-après « Yates »).

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

M. Yates ayant par la suite fait faillite, le ministre a établi une cotisation envers son épouse pour près de 62 000 \$.

1.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT³

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a eu aucune difficulté à conclure qu'il y avait eu transfert de biens, puisque M. Yates s'était départi de son intérêt d'une moitié dans les comptes conjoints lorsqu'il les avait cédés à son épouse, et qu'il s'était départi de ses chèques de paie en les donnant à son épouse, qui les déposait dans un compte de banque sur lequel elle avait l'autorité complète.

Le juge a ensuite eu à se demander si M^{me} Yates avait fourni une considération à ces transferts. Pour répondre à cette question, il a analysé les deux courants jurisprudentiels s'affrontant sur la question, le premier voulant que la contribution des époux aux dépenses du ménage soit donnée sans contrepartie⁴, alors que le second veut que certains paiements faits d'un époux à l'autre dans le but de satisfaire à l'obligation légale de subvenir aux besoins de la famille ne tombent pas sous le coup de l'article 160 L.I.R.⁵

M^{me} Yates invoquait avoir fourni une contrepartie adéquate puisque les transferts lui avaient été faits par son mari en acquittement de son obligation légale, prévue au *Family Law Act*⁶ de l'Ontario, de subvenir aux besoins de sa famille. Le juge a reconnu qu'une telle obligation existait, et qu'en vertu de celle-ci, certaines dépenses du ménage pouvaient être soustraites à l'application de l'article 160 L.I.R., mais seulement dans la mesure où ces dépenses servaient à couvrir les nécessités de tous les jours et non à supporter un style de vie anormalement luxueux. Selon le juge, « les montants demandés sont non seulement déraisonnables, ils sont absurdes »⁷. Bien qu'il se puisse qu'un montant de 83 280 \$ ait couvert des dépenses essentielles du ménage, le juge s'est dit d'avis que M^{me} Yates aurait très bien pu acquitter ces dépenses avec ses propres revenus, puisqu'en 2003 elle avait gagné 117 788 \$.

³ 2007 CCI 498.

⁴ *Logiudice c. La Reine*, 97 D.T.C. 1462 (C.C.I.); *Tétrault c. La Reine*, 2004 CCI 332.

⁵ *Michaud c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 918; *Ferracutti c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 883; *Laframboise c. Canada*, [2002] A.C.I. n° 628; *Ducharme c. Canada*, 2005 CAF 137 (ci-après « *Ducharme* »).

⁶ R.S.O. 1990, c. F-3.

⁷ *Yates*, précité, note 1, par. 30.

En concluant qu'« il est absurde de ne pas tenir compte du ministre du Revenu national dans le but d'avoir un mode de vie luxueux »⁸, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel.

1.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE⁹

Dans une décision unanime, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de M^{me} Yates. Les motifs principaux de la juge Desjardins sont appuyés de motifs concordants des deux autres juges.

Tout d'abord, la juge Desjardins a rappelé que le but visé par le législateur en adoptant l'article 160 L.I.R. était d'empêcher que des contribuables mettent leurs biens hors de la portée du fisc en les plaçant entre des mains présumément amies¹⁰. Elle s'est donc demandé si dans ce contexte, il revenait aux tribunaux de lire dans le texte de loi des exceptions qui ne s'y trouvaient pas. Selon elle, la simple lecture de l'article 160 L.I.R. démontre clairement que la seule exception à l'application de cette disposition se trouve au paragraphe 160(4) L.I.R., qui soustrait les paiements faits en vertu d'une ordonnance d'un tribunal ou d'un accord écrit de séparation en cas de rupture du mariage ou de l'union de fait. Ainsi, selon la juge Desjardins, la série de décisions concluant que des transferts faits par un contribuable à son conjoint en satisfaction de ses obligations familiales étaient exempts de l'application de l'article 160 L.I.R. ne trouve aucun fondement dans la législation.

Par ailleurs, M^{me} Yates appuyait en partie sa cause sur la décision rendue dans l'arrêt *Ducharme*¹¹, dans laquelle la Cour d'appel fédérale avait considéré les paiements hypothécaires faits par l'époux comme l'équivalent d'un loyer payé à son épouse en contrepartie de son utilisation du foyer conjugal. La juge Desjardins rappelle que le juge Rothstein avait alors fondé sa décision sur une conclusion de fait du juge de première instance, et il avait clairement fait savoir qu'en rejetant l'appel sur cette base, il n'avait pas à répondre aux autres arguments de M^{me} Ducharme concernant les dépenses du ménage. La portée de l'arrêt *Ducharme* est donc limitée à ses propres faits.

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

¹⁰ *Wannan c. Canada*, 2003 CAF 423 (ci-après « *Wannan* »), par. 3.

¹¹ Précité, note 5.

1.4. COMMENTAIRES

Si le jugement de la Cour canadienne de l'impôt n'avait pas été renversé, l'incertitude aurait été maintenue quant à la portée de l'exception reliée aux dépenses du ménage, laissant aux tribunaux la décision de déterminer de façon plus ou moins arbitraire la nature et le montant des dépenses qui, dépendant de chaque cas, pourraient raisonnablement être considérées comme devant servir aux nécessités de la vie courante.

La Cour d'appel vient sans équivoque écarter comme non fondé le courant jurisprudentiel qui voyait à l'article 160 L.I.R. une exception permettant que certains paiements effectués entre conjoints en vertu d'obligations prévues par le droit familial puissent soustraire ces transferts à l'application de l'article 160 L.I.R. Le texte clair et le but de cette disposition justifient l'interprétation stricte que lui a donnée la Cour d'appel fédérale au fil de ses décisions¹².

2. LES AFFAIRES *TESAINER C. CANADA*¹³ ET *GOFF CONSTRUCTION LTD. C. CANADA*¹⁴

En vertu du principe de la substitution (*surrogatum principle*), les conséquences fiscales liées à un paiement versé à titre d'indemnité ou pour régler un litige dépendront de la nature du paiement qu'il vise à remplacer¹⁵. Les affaires *Tesainer* et *Goff Construction* constituent deux exemples récents de l'application de ce principe par la Cour d'appel fédérale.

¹² Voir les motifs du juge Blais, aux paragraphes 59 à 62, citant avec approbation les décisions rendues dans les arrêts *Canada c. Livingston*, 2008 CAF 89, par. 27 et 28; *Medland c. Canada*, [1998] A.C.F. n° 708 (C.A.F.), par. 14 et *Wannan*, précité, note 10.

¹³ 2009 CAF 33 (ci-après « *Tesainer* »).

¹⁴ 2009 CAF 60 (ci-après « *Goff Construction* »).

¹⁵ Voir à ce sujet l'arrêt de principe *Tsiaprailis c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 113, par. 7, 15, 48 et 49.

2.1. L'AFFAIRE TESAINER¹⁶

2.1.1. Les faits et la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt¹⁷

En 1988, M. et M^{me} Tesainer ont acquis des parts dans la société en commandite Fenix Development Limited Partnership (ci-après « Fenix ») pour un montant totalisant 100 000 \$. Les activités que Fenix entendait exercer étaient la promotion et l'exploitation de biens immobiliers commerciaux. En 1989, Fenix avait entrepris des démarches pour acquérir un terrain sur lequel elle prévoyait ériger un complexe immobilier. Le projet n'a jamais vu le jour puisque les promoteurs de Fenix ont eu maille à partir avec la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, ce qui a entraîné l'effondrement de l'entreprise. Bien que Fenix n'ait officiellement cessé d'exister qu'en 1995, tout son capital avait été perdu avant 1992.

En 1992, une poursuite en négligence a été intentée contre les avocats qui avaient été engagés pour fournir à Fenix des conseils juridiques en matière de valeurs mobilières. Il y avait 75 demandeurs dans cette poursuite, incluant Fenix, et plusieurs investisseurs, dont M. et M^{me} Tesainer. Tous étaient représentés par les mêmes avocats. La réclamation des investisseurs visait à récupérer la somme qu'ils avaient investie dans Fenix, alors que cette dernière réclamait plus de 3 M\$ à titre de dommages-intérêts. D'autre part, l'ensemble des demandeurs réclamait un peu plus de 4 M\$ pour la perte de bénéfices, ainsi que des dommages et intérêts punitifs. L'action a été réglée en 1995, au moyen d'un paiement d'une somme d'argent qui a été répartie entre les divers investisseurs, dont M. et M^{me} Tesainer, qui ont récupéré 98 300 \$.

En produisant leur déclaration de revenus, le couple Tesainer a pris la position que l'argent reçu dans le cadre du règlement n'était imposable ni comme revenu, ni comme gain en capital. Le ministre a cependant établi des cotisations en tenant pour acquis que ce paiement aurait dû être considéré comme une attribution de capital effectuée par Fenix, paiement qui, par l'effet conjugué du sous-alinéa 53(2)c)(v) et de l'alinéa 98(1)c) L.I.R., donnait lieu à un gain en capital imposable. La Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel de M. et M^{me} Tesainer, adoptant la thèse avancée par le ministre.

¹⁶ Précité, note 13.

¹⁷ *Tesainer c. La Reine*, 2008 CCI 101.

2.1.2. La décision de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt parce qu'à son avis, le paiement en litige n'était pas une attribution de parts du capital d'une société de personnes au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En s'appuyant sur l'arrêt *Stursberg c. MRN*¹⁸, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu de changement ni dans la masse du capital dans Fenix, ni dans les participations relatives des commanditaires. Le paiement avait été fait par les avocats aux personnes physiques demanderessees et non à Fenix.

Le ministre alléguait que même si le paiement n'était pas en réalité une attribution des parts du capital de Fenix, il devait, en s'appuyant sur le principe de substitution, être considéré comme tel sur le plan fiscal parce qu'il visait à remplacer une telle attribution. La Cour d'appel n'était pas du même avis :

« J'estime que l'argument de Sa Majesté repose sur une conception erronée du principe de la substitution et que le juge McArthur a commis une erreur de droit en l'acceptant. On ne peut dire que le paiement effectué dans le cadre du règlement a remplacé une attribution de parts du capital de la société de personnes parce qu'en droit, il ne pouvait servir à régler l'une quelconque des réclamations des personnes physiques demanderessees contre Fenix, et encore moins à régler une réclamation portant sur une attribution de parts du capital de la société de personnes et qu'en fait, il n'a servi à aucune de ces fins¹⁹. »

Selon la Cour, bien que la somme réclamée par les personnes physiques ait été calculée en fonction du montant investi, il ne s'ensuivait pas pour autant que le paiement devait être qualifié de remboursement du montant investi ou de montant versé en remplacement de ce montant. En fait, ce que chacune des personnes physiques a reçu est un montant en règlement de ce qu'elle réclamait personnellement à titre de dommages-intérêts.

¹⁸ 93 D.T.C. 5271 (C.A.F.).

¹⁹ *Tesainer*, précité, note 13, par. 17.

2.2. L'AFFAIRE **GOFF CONSTRUCTION**²⁰

2.2.1. Les faits et la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt²¹

Un tiers (ci-après « acquéreur ») a convenu d'acheter de Goff Construction Ltd. (ci-après « Goff ») des terrains non bâtis à condition qu'on puisse en modifier le zonage. Cette demande de zonage ayant été refusée, l'acquéreur a interjeté appel à la Commission des affaires municipales de l'Ontario (ci-après « Commission »). Rejetant l'appel, la Commission a tenu l'acquéreur et Goff solidairement responsables des dépens s'élevant à 350 000 \$.

Goff a contesté cette condamnation aux dépens, au motif qu'elle n'avait pas pris part à la première audience devant la Commission et qu'elle n'avait exercé aucun contrôle sur le déroulement de cette instance. Goff a réussi à faire réduire les dépens à un montant de 135 000 \$, mais pour y arriver, a dû engager plusieurs dépenses. Elle a d'ailleurs déduit de son revenu pour ses années d'imposition 1992 à 1997 environ 662 000 \$ au titre des dépens payés et aux dépenses faites pour en faire réduire le montant. Le ministre a accepté ces déductions.

En 1996, Goff a introduit une action en négligence contre le cabinet d'avocats de l'acquéreur qui avait erronément prétendu la représenter lors de la première instance devant la Commission. Cette action a été réglée en 1999 par le versement à Goff d'un montant de 400 000 \$.

Goff n'a pas inclus ce montant dans le calcul de son revenu, soutenant qu'il s'agissait d'une rentrée de capital non imposable. Le ministre a cependant établi une cotisation au motif qu'il s'agissait d'un revenu tiré d'une entreprise au sens du paragraphe 9(1) L.I.R.

La Cour canadienne de l'impôt a conclu que le montant visait à dédommager Goff pour des dépenses engagées imputables au capital (c'est-à-dire, les dépens auxquels elle avait été condamnée et les frais juridiques encourus pour en faire réduire le montant), mais malgré leur nature capital, ces dépenses étaient déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)cc) L.I.R. Par conséquent, en vertu du principe de la substitution, Goff était

²⁰ Précité, note 14.

²¹ *Goff Construction Ltd. c. La Reine*, 2008 CCI 322.

obligée d'inclure le montant du règlement dans son revenu, puisque le montant du règlement visait à la dédommager pour des dépenses qui étaient déductibles.

2.2.2. La décision de la Cour d'appel fédérale²²

La Cour d'appel fédérale reprend d'abord les propos de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Tsiaprailis*²³ sur le principe de la substitution²⁴. Elle distingue²⁵ ensuite toute une série de causes citées par Goff, puisque dans chacune de ces affaires, il fallait qualifier la somme reçue par le contribuable, mais dans aucune le tribunal n'avait considéré qu'on avait affaire à une somme reçue en remplacement d'une dépense en capital dont la déduction avait été permise en totalité dans l'année de son paiement.

La Cour d'appel cite ensuite avec approbation²⁶ les passages clés de la décision de la Cour canadienne de l'impôt²⁷ qui prévoit, entre autres, que le principe de la substitution doit se rapporter au traitement fiscal, et non pas simplement à la nature du paiement, même si dans la plupart des cas les deux vont de pair. Elle rappelle également que dans les arrêts *Tsiaprailis*²⁸ et *London & Thames Haven Oil Wharves Ltd. v. Attwooll (Inspector of Taxes)*²⁹, les incidences fiscales de la réception des sommes reçues ont été considérées comme étant les mêmes que celles qui se seraient appliquées aux sommes que les parties lésées n'avaient pas reçues.

La Cour d'appel fédérale a donc conclu que la Cour canadienne de l'impôt avait correctement appliqué le principe de la substitution en l'espèce. Même s'il s'agissait de dépenses en capital, Goff pouvait néanmoins les déduire en entier au cours des années d'imposition dans lesquelles elles avaient été payées. Il s'ensuivait donc que la somme reçue par Goff du cabinet d'avocats devait être incluse à son revenu.

²² *Goff Construction*, précité, note 14.

²³ Précité, note 15.

²⁴ *Goff Construction*, précité, note 14, par. 12 à 15.

²⁵ *Id.*, par. 17 à 25.

²⁶ *Id.*, par. 26.

²⁷ *Id.*, par. 14 à 16.

²⁸ Précité, note 15.

²⁹ [1967] All E.R. 124 (Eng. C.A.)

2.3. COMMENTAIRES

L'affaire *Tesainer* n'apporte aucun changement à l'interprétation du principe de la substitution. Cependant, dans l'affaire *Goff Construction*, la Cour d'appel fédérale a jugé que l'indemnité reçue par le contribuable était imposable au titre de revenu malgré le fait que l'élément qu'elle visait à remplacer était de nature capital. On semble donc aller au-delà de la simple question de déterminer la nature du montant que l'indemnité visait à remplacer, en s'attardant plutôt au traitement fiscal que cette somme remplacée aurait reçu. N'eût été le fait que les sommes que le règlement voulait compenser étaient déductibles du revenu, le résultat de la cause aurait bien pu être différent.

3. L'AFFAIRE *TREMBLAY C. LA REINE*³⁰

Est-ce que des biens d'une société, lors de sa liquidation, réorganisation ou cessation d'exploitation, peuvent être « distribués ou autrement attribués » au sens du paragraphe 84(2) L.I.R. par le biais d'un échange d'actions? C'est la question que devait trancher la Cour canadienne de l'impôt dans cette affaire.

3.1. LES FAITS

M. et M^{me} Tremblay, ainsi que leurs deux enfants (ci-après « famille Tremblay »), ont détenu pendant plusieurs années une entreprise de câblodistribution sous le nom de Télésag inc., par le biais de la société de gestion Les Placements M.H.T. inc. (ci-après « MHT »). En février 1989, MHT a vendu les actions de Télésag inc. à la société publique Le Groupe Vidéotron ltée (ci-après « Vidéotron ») en échange d'actions privilégiées de cette dernière par voie de roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

Au début de 1994, la famille Tremblay a entrepris une réorganisation de ses affaires en vue d'aller vivre à l'étranger. Pour ce faire, elle a demandé et obtenu la collaboration de Vidéotron. Dans le cadre de cette réorganisation, les opérations suivantes ont été réalisées :

- a) le 2 février 1994, la famille Tremblay a constitué la société 9000-8855 Québec inc. (ci-après « 8855 »);

³⁰ 2009 CCI 6 (ci-après « *Tremblay* »).

- b) le 15 février, la famille Tremblay a transféré à 8855 les actions qu'elle détenait dans MHT par voie de roulement en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R., en échange de 1 551 522 actions de catégorie A de 8855 ayant une juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de 46 364 777 \$;
- c) le 16 février 1994, MHT a transféré à 8855 des titres de Vidéotron qu'elle détenait, à savoir certaines actions privilégiées et débentures, ces titres étant convertibles en actions subalternes à droit de vote de Vidéotron;
- d) le 25 février 1994, une entente est intervenue entre la famille Tremblay et Vidéotron en vertu de laquelle cette dernière acceptait de prêter son concours aux dernières étapes de la réorganisation, moyennant certaines compensations. Entre autres, la famille Tremblay devait renoncer à des montants de dividendes sur les actions privilégiées et des intérêts sur les débentures pour des montants totalisant environ 536 000 \$. De plus, la famille Tremblay s'engageait à indemniser Vidéotron pour toute réclamation pouvant découler de l'échange d'actions proposé par la famille Tremblay et la liquidation de 8855, en plus d'assumer toutes les dépenses engagées par Vidéotron dans le cadre de la réorganisation;
- e) le 7 mars 1994, Vidéotron a fractionné ses actions subalternes sur la base de deux pour une; 8855 a fait de même à l'égard de ses actions de catégorie A, de telle sorte que le nombre d'actions que la famille Tremblay détenait dans 8855 était égal au nombre d'actions subalternes de Vidéotron que 8855 pouvait obtenir en exerçant les privilèges de conversion rattachés aux titres convertibles qu'elle détenait;
- f) le 31 mars 1994, Vidéotron a obtenu de la Commission des valeurs mobilières du Québec (ci-après « CVMQ ») une dispense d'établir un prospectus et une dispense d'inscription à l'égard de l'échange d'actions avec la famille Tremblay, au motif que l'échange d'actions était au même effet que la conversion des titres visés en actions subalternes de Vidéotron;
- g) le 6 avril 1994, Vidéotron a émis à la famille Tremblay, en échange de la totalité des actions de 8855, le même nombre d'actions subalternes de Vidéotron, pour une JVM à peu près équivalente. Cet échange s'est fait en vertu du paragraphe 85.1(1) L.I.R.;
- h) à cette même date, 8855 a cessé l'exploitation de son entreprise et Vidéotron a procédé à la liquidation de 8855, dans le cadre de laquelle

Vidéotron a annulé les titres convertibles que détenait 8855. 8855 a été officiellement dissoute le 5 octobre 1994;

i) la famille Tremblay a quitté le Canada le 7 avril 1994.

À la suite de cette réorganisation, le ministre a établi de nouvelles cotisations en vertu desquelles il ajoutait aux membres de la famille Tremblay un dividende réputé en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R. Le ministre a considéré que les titres convertibles de 8855 avaient été distribués ou autrement attribués à la famille Tremblay lors de la cessation de l'exploitation de l'entreprise de 8855.

3.2. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a tout d'abord rappelé que le but du paragraphe 84(2) L.I.R. était d'éviter, lors d'une liquidation, dissolution ou cessation d'activités d'une société, que les actionnaires se retrouvent avec les biens de la société sans subir les conséquences fiscales d'une telle distribution ou attribution de biens³¹. D'autre part, la Cour a indiqué que l'article 85.1 L.I.R., adopté après le paragraphe 84(2) L.I.R., permettait à un contribuable, lorsque ses conditions d'application étaient remplies, de différer l'imposition de son gain en capital lors de la disposition d'actions détenues comme immobilisations en faveur d'une société canadienne en échange de nouvelles actions de cette société. Le juge a conclu, contrairement à ce qui était allégué par les appelants, que rien n'empêchait l'application simultanée de ces deux dispositions³².

Par ailleurs, en analysant les autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* applicables en cas de distribution ou attribution des biens d'une société à ses actionnaires, le juge de la Cour a conclu³³ que le paragraphe 84(2) L.I.R. pouvait trouver application même sans la participation ou l'intervention directe de la société dont les biens étaient distribués ou attribués, comme il avait été démontré dans l'affaire *RMM Canadian Enterprises inc. c. La Reine*³⁴.

³¹ *Tremblay*, précité, note 30, par. 5.

³² *Id.*, par. 11 et 12.

³³ *Id.*, par. 8 et 9.

³⁴ [1997] T.C.J. n° 302 (C.C.I.) (ci-après « *RMM* »).

Le juge a également déterminé que les mots « distribués », « autrement » et « attribués » avaient une portée fort large, s'appuyant sur l'affaire *RMM*³⁵ et sur une affaire³⁶ qui avait interprété les termes du paragraphe 69(4) L.I.R., similaires à ceux du paragraphe 84(2) L.I.R.³⁷

Eu égard à la condition du paragraphe 84(2) L.I.R. voulant que les biens aient été distribués ou attribués dans le cadre d'une liquidation, dissolution ou cessation d'activités, le juge n'a eu aucune hésitation à conclure que cette condition était remplie, puisque la société 8855 n'avait existé que pour permettre l'échange d'actions. Elle avait une durée de vie limitée et elle était réglée par l'entente conclue par la famille Tremblay et Vidéotron³⁸.

Quant à l'autre condition essentielle à l'application du paragraphe 84(2) L.I.R., à savoir que les biens de la société ont été distribués ou autrement attribués, la Cour a indiqué que de façon purement technique, les actions subalternes reçues en échange par la famille Tremblay n'étaient pas des biens identiques à ceux détenus par 8855. Elle a cependant reconnu que malgré que les biens échangés n'aient pas été identiques, la CVMQ avait considéré l'échange comme un rachat indirect des actions privilégiées et débentures de Vidéotron aux fins d'annulation et a accordé la dispense demandée par Vidéotron au motif que l'opération d'échange était au même effet que la conversion des titres visés par l'offre en actions subalternes³⁹.

Malgré cela, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'il n'y avait pas eu en faveur de la famille Tremblay de distribution ou attribution des biens de 8855, pour les raisons suivantes :

« Les actions subalternes de Vidéotron Ltée qui ont été émises aux appelants en contrepartie de leurs actions de la société 8855 étaient de nouvelles actions issues du trésor, i.e. qu'elles n'existaient pas auparavant. Ces actions subalternes avaient une nature juridique différente des actions privilégiées et des débentures détenues par la société 8855. Le droit de conversion rattaché aux actions privilégiées et aux débentures n'en faisait pas des biens légalement identiques aux actions subalternes. Les actions subalternes distribuées ou attribuées aux appelants ne sont pas des biens provenant de la société 8855.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Boardman c. La Reine*, [1985] F.C.J. n° 1043 (C.F. 1^{re} inst.).

³⁷ *Tremblay*, précité, note 30, par. 17 à 21.

³⁸ *Id.*, par. 26 et 27.

³⁹ *Id.*, par. 22 à 24.

Il ne fait pas de doute que les biens de la société ont été acquis par Vidéotron Ltée lors de la liquidation de la société 8855⁴⁰. »

L'appel de la famille Tremblay a donc été accueilli.

3.3. COMMENTAIRES

Le ministre a fait appel de cette décision de la Cour canadienne de l'impôt en février 2009. Il plaide principalement que :

- avant de quitter le Canada, les membres de la famille Tremblay ont réorganisé leurs affaires en obtenant les titres convertibles de Vidéotron détenus par 8855 dont ils étaient actionnaires;
- pour ce faire, ils ont demandé à Vidéotron de faciliter l'échange d'actions. À la suite de cet échange, les titres convertibles de Vidéotron qui appartenaient à 8855 ont été attribués à la famille Tremblay sous forme d'actions subalternes de Vidéotron, lesquelles étaient réputées être des biens canadiens imposables, les soustrayant ainsi à l'assujettissement de l'impôt de départ;
- l'émission des nouvelles actions de Vidéotron au profit de la famille Tremblay a eu le même effet que la conversion des titres que 8855 détenait dans Vidéotron;
- les biens que 8855 détenait se sont donc retrouvés entre les mains de la famille Tremblay. Comme c'est exactement la situation que vise le paragraphe 84(2) L.I.R., un dividende réputé a été réalisé par ceux-ci;
- le juge de première instance a commis une erreur de droit en exigeant que les biens échangés soient identiques aux biens détenus par 8855 puisque ce faisant, il a ajouté au libellé clair du paragraphe 84(2) L.I.R. une exigence qui ne s'y retrouve pas.

De leur côté, les représentants de la famille Tremblay invoquent essentiellement que :

⁴⁰ *Id.*, par. 48 et 49.

- l'échange a été effectué en vertu de l'article 85.1 L.I.R. et que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'appliquait donc pas à la transaction d'échange, les deux dispositions ne pouvant s'appliquer simultanément;
- les actions subalternes reçues par la famille Tremblay ont été émises du trésor de Vidéotron et n'existaient donc pas avant l'échange;
- aucun des actifs de 8855 n'a été distribué ou autrement attribué, puisque à la suite de l'échange, 8855 est demeurée propriétaire des titres convertibles jusqu'à sa liquidation entre les mains de Vidéotron;
- les biens échangés n'étaient pas des biens légalement identiques à ceux détenus par 8855 puisque les actions subalternes avaient une nature juridique différente des titres convertibles;
- l'échange d'actions permettant à la famille Tremblay d'avoir, sous forme d'actions subalternes de Vidéotron, des « biens canadiens imposables » n'a pu être fait dans le but d'éviter l'application de l'impôt de départ, puisque les titres convertibles détenus par 8855, même s'ils constituaient des titres cotés en Bourse, étaient tout de même réputés être des « biens canadiens imposables » par l'opération de l'alinéa 85.1(1)a) L.I.R.

Il sera intéressant de voir comment la Cour d'appel fédérale interprétera la portée du paragraphe 84(2) L.I.R. dans le contexte de cette affaire.

PARTIE B

Wilfrid Lefebvre, avocat, CR
Ogilvy Renault s.e.n.c.r.l., s.r.l.

1. L'AFFAIRE VALIANT CLEANING TECHNOLOGY INC. C. LA REINE¹

Il arrive fréquemment qu'une société mère se voie mise dans l'obligation de financer les activités de filiales, ce qui se fait généralement soit par l'ajout au capital-actions détenu par la société mère ou par le financement par le biais de prêts ou d'avances en faveur de la filiale.

L'affaire *Valiant* pose la problématique à savoir si, en certaines circonstances, les déboursés ainsi effectués peuvent être déduits à titre de dépenses courantes. Ce qui plus est, la question se soulevait à l'occasion de transactions transfrontalières.

Les activités de Valiant Cleaning Technology Inc. (ci-après « Valiant ») consistaient en la conception et la fourniture de laveuses à pression industrielles destinées à l'industrie automobile. Fait fort important : Valiant était considérée comme fournisseur niveau 1, ce qui lui donnait un accès direct et presque exclusif auprès des grands fabricants, dont la société Ford, principale cliente de l'appelante.

Au milieu des années 1990, le secteur de l'automobile a des visées mondiales. Les fabricants veulent donc réduire le nombre de fournisseurs, ce qui oblige l'appelante, si elle veut maintenir son statut niveau 1, à devenir présente en Europe. C'est ainsi que Valiant acquiert au Royaume-Uni Reiss-Elan, qui deviendra Valiant Elan Systems Ltd. (U.K.) (ci-après « Elan »). L'appelante fit l'acquisition d'actions d'Elan pour 1 031 450 \$ et fit des avances de l'ordre de 2 343 530 \$. Il n'était pas contesté que ces injections étaient de nature capital.

Au cours des années 2000 et 2002, Valiant consentit des avances additionnelles de 12 639 732 \$ et ce sont ces déboursés qui faisaient l'objet du litige. Sur le plan comptable, et même à l'origine sur le plan fiscal, Valiant avait traité ces sommes à titre de capital. À cet égard, la juge Campbell, se basant principalement sur l'arrêt *Canderel Ltd. c. La Reine*²,

¹ 2008 D.T.C. 5112 (C.C.I.) (ci-après « *Valiant* »).

² [1998] 1 R.C.S. 147 (ci-après « *Canderel* »).

réitéra le principe que la détermination de la question était une question de droit :

« Dans les trois arrêts suivants : *Canderel Ltd. v. R.*, [1998] 1 S.C.R. 147 (S.C.C.), *Ikea Ltd. v. R.* (1998), 98 DTC 6092, [1998] 1 S.C.R. 196 (S.C.C.), et *Toronto College Park Ltd. v. R.*, [1998] 1 S.C.R. 183 (S.C.C.), la Cour Suprême du Canada a dit sans équivoque que les principes comptables généralement reconnus ne sont que des outils d'interprétation qui peuvent, ou non, refléter la réalité financière d'un contribuable. L'Intimée a reconnu que les états financiers et les déclarations de revenus ne révèlent pas nécessairement dans chaque cas l'intention du contribuable. Ces documents peuvent être utiles, mais il ne s'agit pas de règles de droit et ils n'auront jamais un caractère absolument décisif³. »

Après une revue complète des faits, particulièrement ceux qui établissaient que les avances avaient été versées même s'il était devenu évident qu'elles ne seraient jamais remboursées, la juge Campbell tira la conclusion de fait suivante :

« En l'espèce, le versement continu d'avances à Elan avait pour seul objet de mettre la filiale en mesure de terminer le contrat même si elle se dirigeait manifestement vers l'échec. Il ne s'agissait pas d'accroître ou de protéger un quelconque actif d'une nature durable dans Elan, mais plutôt de protéger la qualité de fournisseur de niveau 1 de l'appelante et, en définitive, d'assurer la survie de celle-ci au sein de l'industrie automobile⁴. »

Cette conclusion permettait à la juge de confirmer que la nature des avances, faites en premier lieu au titre de capital, avait changé pour devenir des dépenses « [...] engagées uniquement pour protéger le flux de rentrées de l'entreprise canadienne » (ce qui donnait le caractère de revenu à la dépense, se fondant sur sa décision dans l'affaire *Excell Duct Cleaning Inc. c. La Reine*⁵). Ce faisant, la juge Campbell insista sur le fait que « la présente affaire est unique en raison des faits qui lui sont propres » et qu'il ne fallait pas penser qu'elle se prononçait « [...] en faveur de la déductibilité du financement des activités entre une société mère canadienne et sa filiale étrangère ».

³ *Id.*, par. 23.

⁴ *Id.*, par. 30.

⁵ 2006 D.T.C. 2040 (C.C.I.).

1.1. COMMENTAIRES

Le jugement de la juge Campbell a le mérite non seulement d'être conforme à l'état de la jurisprudence, mais également d'en arriver à un résultat qui sur le plan commercial et du simple bon sens est pleinement justifié.

Dans l'affaire *Robinson c. Scott Bader Co. Ltd.*⁶, la Cour d'appel britannique avait conclu qu'un test subjectif (c'est-à-dire l'examen de l'intention de la partie effectuant le déboursé) et objectif (c'est-à-dire l'examen des circonstances entourant le déboursé) se devait d'être appliqué et que dans l'éventualité où un paiement effectué par une société mère à sa filiale était fait principalement pour protéger la source de revenu de la société mère, une Cour pouvait conclure à la déductibilité sur une base courante du déboursé.

2. L'ARRÊT *CGU HOLDINGS CANADA LTD. C. LA REINE*⁷

Cause, maintenant surtout d'intérêt historique, qui soulevait l'interprétation de dispositions techniques de la loi applicables aux sociétés de placement appartenant à des non-résidents (ci-après « SPNR »). En jeu, les dispositions des mesures transitoires prévues à l'article 134.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸ qui ont pour objet, suivant un choix effectué par la société, de maintenir le statut de SPNR, et ce, afin de lui permettre de verser des dividendes ouvrant droit à un remboursement du « montant admissible de l'impôt en main remboursable » prévu au paragraphe 133(9) L.I.R.

Pour bénéficier du régime, trois conditions doivent être réunies :

- a) la société a été une SPNR au cours d'une année d'imposition;
- b) elle n'est pas une telle société au cours de l'année d'imposition subséquente; et
- c) elle choisit de se prévaloir des mesures transitoires.

Les faits donnant lieu au débat étaient les suivants :

⁶ [1981] 2 All E.R. 116

⁷ 2009 D.T.C. 5685 (C.A.F.) (ci-après « *CGU Holdings Canada* »).

⁸ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

- 1) L'appelante était le résultat d'une fusion survenue le 2 mars 1999 entre trois sociétés dont une seulement (GA Scottish) était une SPNR immédiatement avant la fusion.
- 2) Le premier exercice financier de l'appelante se terminait le 29 février 2000.
- 3) Avant la fusion, GA Scottish avait les attributs fiscaux suivants :
 - impôt en main remboursable (ci-après « IMR ») : 1 265 348 \$
 - revenu imposable cumulatif : 1 917 233 \$
 - bénéfices non répartis : 1 641 791 \$
- 4) Au cours de sa première année d'imposition, l'appelante a versé un dividende imposable de 7 706 000 \$ en faveur d'une actionnaire qui détenait le statut de SPNR.
- 5) L'appelante déposa le choix prévu à l'article 134.1 L.I.R. et, se réclamant du paragraphe 133(6) L.I.R., demanda le remboursement y prévu. Le ministre refusa.

Le refus du ministre au remboursement reposait sur deux prétentions :

- 1) L'appelante ne pouvait se réclamer de l'application de l'article 134.1 L.I.R. puisqu'elle n'était pas, à sa formation, une SPNR.
- 2) Même si le choix de l'article 134.1 L.I.R. pouvait être effectué, la présomption y prévue ne s'étendait pas à la définition d'une SPNR prévue au paragraphe 133(8) L.I.R. ou au sous-alinéa 87(2)cc)(i) L.I.R., lequel prévoit le transfert, à l'occasion d'une fusion, de l'IMR dans le cas d'une nouvelle société qui est une SPNR.

En rejetant l'appel, le juge Noël, parlant au nom de la Cour, répondit comme suit aux arguments de l'appelante :

« The appellant's main contention is that it is being subjected to a form of a double tax, and that section 134.1 should be construed to extend to its situation in order to avoid this result. However, since the early 1970s and throughout the existence of the NRO regime in its present form, Parliament has applied the policy that an NRO which merges with one or more non-NROs loses access to the predecessor's RTOH account. It would be a strange result if provisions

intended to accommodate the phasing out of a regime were construed as creating rights that never did exist under that regime⁹. »

Pour conclure : « In my view, Parliament intended section 134.1 to apply to corporations that were NROs but lost this status due to the phasing out of the NRO regime¹⁰. »

2.1. COMMENTAIRES

Sur le plan technique, le raisonnement du juge Noël est inattaquable. Même si le résultat semble injuste du fait qu'il en résulte, du moins en apparence, une double imposition dans le cadre du régime qui était applicable aux SPNR, un résultat autre aurait pu avoir des conséquences inattendues sur l'interprétation à donner aux règles de fusion prévues à l'article 87 L.I.R.

D'intérêt également est la référence avec approbation aux notes techniques émises par le ministère des Finances du Canada et qui expliquaient les mesures transitoires mises sur pied lors du retrait des mesures visant le régime SPNR.

3. L'AFFAIRE *GARRON FAMILY TRUST C. LA REINE*¹¹

Au cours des dernières années, la fiducie est devenue un véhicule de choix aux fins de certaines planifications qui avaient pour objet de minimiser, voire éliminer, les impôts canadiens (y inclus les impôts provinciaux) qui auraient d'autre part résulté à la suite de la conclusion de transactions effectuées par les contribuables.

La Cour canadienne de l'impôt vient de rendre deux décisions importantes et pertinentes portant sur le statut de ces fiducies : l'affaire *Antle c. La Reine*¹² et celle impliquant la fiducie familiale Garron.

⁹ *CGU Holdings Canada*, précité, note 7, par. 29.

¹⁰ *Id.*, par. 30.

¹¹ 2009 CCI 450 (ci-après « *Garron Family Trust* »). La cause a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale.

¹² 2009 CCI 465 (ci-après « *Antle* »). Cet arrêt sera analysé dans le cadre du texte de Denis LACROIX, « Revue de la jurisprudence récente sur la règle générale antiévitement », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 24:1-36.

3.1. LES FAITS¹³

- 1) Avant le 6 avril 1998, la société PMPL Holdings Inc. (ci-après « PMPL ») était détenue en parts égales par M. Andrew Dunin, un homme-clé de la société qui, en raison de sa compétence de gestionnaire, avait « sauvé » puis fait fructifier de façon substantielle la société et Garron Holdings Ltd., une société de gestion détenue par M. Berna Garron, le fondateur de la société, son épouse et une fiducie au bénéfice de sa famille.
- 2) Ayant décidé de se départir de leurs actions et ainsi monétiser leur valeur substantielle, les parties mirent sur pied la planification suivante, en 1998 :
 - i) création de Dunin Holdings inc. et transfert, par Andrew Dunin, des actions qu'il détenait dans PMPL;
 - ii) échange par PMPL des actions détenues par Dunin Holdings Inc. et Garron Holdings Ltd. pour, dans chaque cas, 500 actions de catégorie « A » comportant droit de vote et ayant une valeur de rachat dans chaque cas de 25 M\$, ce qui constituait, du point de vue des parties, une valeur de gel en date de l'échange;
 - iii) création de deux nouvelles sociétés de gestion canadiennes (1287325 Ontario Ltd. et 1287333 Ontario Ltd.) et émission en leur faveur de nouvelles actions de PMPL;
 - iv) les actions de deux sociétés étaient détenues par des fiducies (ci-après « Fiducies ») dont le constituant était un résident de l'île de St-Vincent, les bénéficiaires, dans le cas de la Fiducie Summersby, étaient les membres de la famille Dunin et, dans le cas de la Fiducie Fundy, les membres de la famille Garron. Le fiduciaire de chaque fiducie était une société résidant à la Barbade.

La vente des actions n'eut lieu qu'en 2000 après de longues négociations. C'est ainsi que les Fiducies disposèrent de la majorité des actions qu'elles détenant dans les sociétés de gestion et des gains en capital de plus de 450 M\$ furent réalisés. En conformité avec les dispositions de l'article 116 L.I.R., des impôts avaient été payés à l'occasion de la vente et

¹³ On trouvera en annexe sous forme schématique la description des transactions.

les Fiducies, se réclamant de la *Convention fiscale entre le Canada et la Barbade*¹⁴, voulurent obtenir le remboursement des impôts ainsi payés.

Le ministre refusa le remboursement en soulevant les problématiques suivantes :

- 1) La résidence des Fiducies : Barbade ou Canada?
- 2) L'application potentielle de l'alinéa 94(1)c) L.I.R. afin de réputer les Fiducies résidentes du Canada, et ce, en raison des droits des bénéficiaires.
- 3) Application des règles d'attribution du paragraphe 75(2) L.I.R. afin de distribuer le gain réalisé entre les mains des bénéficiaires.
- 4) L'article 68 L.I.R. a-t-il pour effet de répartir sur une base différente la valeur de gel (50 M\$ au total) entre les Fiducies et les autres appelants?
- 5) L'application de la règle générale antiévitement.

1) Résidence des Fiducies

L'honorable juge Woods en vient à la conclusion que les Fiducies sont résidentes du Canada et, en conséquence, assujetties à l'imposition au Canada.

Ce faisant, deux aspects importants sont à retenir :

- a) Le test juridique applicable

Depuis la décision de la Cour fédérale dans l'arrêt *Thibodeau Family Trust c. La Reine*¹⁵, il était convenu que la résidence des fiduciaires, en l'absence de simulacre, déterminait la résidence d'une fiducie. En l'espèce, le seul fiduciaire de chaque fiducie était St. Michael Trust Corp. (ci-après « St-Michael »), une société de la Barbade dont les actions étaient détenues par les associés de la firme Pricewaterhouse à la

¹⁴ S.C. 1980-81, c. 44, art. XIV(4). Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux qui sont mentionnés aux paragraphes 1., 2. et 3. ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident.

¹⁵ 78 D.T.C. 6376 (C.F.) (ci-après « *Thibodeau* »).

Barbade. La juge Woods en vint plutôt à la conclusion que le véritable test était là où s'exerçait le *central management and control* : « [151] For these reasons, in my view the Thibodeau decision does not form a solid foundation for rejecting the Minister's position that residence should be determined by a central management and control test¹⁶. »

b) L'application du test aux faits de la cause

Partant de là, la juge Woods analyse de façon détaillée les relations factuelles entre les familles Dunin et Garron et les Fiducies, et tire les conclusions suivantes :

« [217] I am troubled that no further witnesses were called. It leaves me to infer that none of them would have provided evidence that was favourable to the appellants.

[...]

[221] Although Mr. Dunin testified that it was his understanding that St. Michael controlled the Trusts, I find the statement to be disingenuous. Mr. Dunin oversaw the sale of PMPL, he selected the investment advisors for Summersby, and he co-developed the investment strategy with Mr. Carleton. Further, Mr. Dunin and his wife were effectively able to replace St. Michael at any time.

[...]

[252] Based on the evidence as a whole, I conclude that the management and control of both Trusts was located in Canada, namely with Mr. Dunin for Summersby and with Mr. Garron for Fundy. These are the individuals who made the substantive decisions respecting the Trusts, either directly or indirectly through advisers that they directed¹⁷. »

2) Application de l'alinéa 94(1)c) L.I.R.

Bien qu'elle n'ait pas à le faire, en raison de sa conclusion sur la résidence des Fiducies, la juge Woods analyse, en présumant que les Fiducies sont d'autre part résidentes de la Barbade, l'application potentielle de l'alinéa 94(1)c) L.I.R.

¹⁶ *Id.*, par. 151.

¹⁷ *Id.*, par. 217, 221 et 252.

La question centrale est alors de déterminer si les Fiducies ont acquis des biens, directement ou indirectement, de MM. Dunin et Garron.

Le ministre suggère, se basant sur la décision dans l'arrêt *La Reine c. Kieboom*¹⁸, que les Fiducies ont acquis des *growth rights*. La juge Woods rejette cette argumentation : d'une part, c'est la société Garron Holdings Ltd. qui a consenti à l'échange de ses actions ordinaires en actions privilégiées de PMPL et non M. Garron; d'autre part, en donnant une interprétation restrictive des dispositions législatives en jeu, elle conclut qu'une acquisition par la société 1287325 Ontario Ltd. n'est pas une acquisition par la Fiducie Summersby.

3) Le paragraphe 75(2) L.I.R.

Cette disposition a pour effet d'attribuer à la personne de qui a été acquis par une fiducie un bien et qui peut revenir à cette personne, le revenu de ce bien. Appliquant le même raisonnement que celui retenu quant à l'application de l'alinéa 94(1)c) L.I.R., la Cour conclut à la non-application de cette disposition.

4) Article 68 L.I.R.

Le ministre soutient, sans surprise, que la juste valeur marchande des actions de gel obtenues par les Appelants était substantiellement supérieure à 50 M\$.

La juge Woods, en raison de ses conclusions sur la résidence des Fiducies, ne se prononce pas sur cette question.

5) Application de la mesure générale antiévitement

Pour des raisons tant procédurales¹⁹ que de substance, la juge Woods conclut à la non-application de cette mesure.

3.2. COMMENTAIRES

Les affaires *Garron Family Trust* et *Antle* illustrent bien la notion qu'une « fiducie » n'est pas une simple affaire de rédaction de documents

¹⁸ 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.).

¹⁹ Le ministre n'avait pas soulevé, en cotisant, l'abus du paragraphe 75(2) L.I.R.

qui, en apparence, crée une telle relation entre le constituant et les bénéficiaires. Il faut, de toute évidence, que dans les faits les biens transmis aux fiduciaires soient sous leur contrôle et que ceux-ci agissent dans le meilleur intérêt des bénéficiaires.

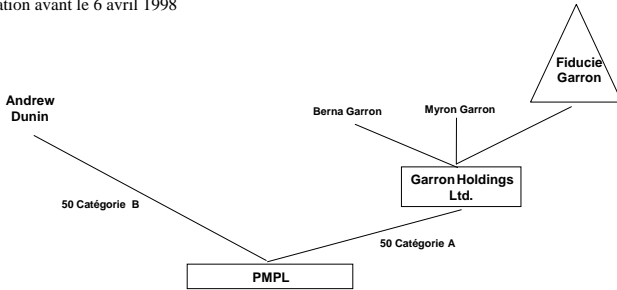
La cause est présentement en appel. Il y a donc lieu de limiter nos commentaires en les résumant brièvement :

- 1) Sur le plan procédural, la décision est importante en indiquant que l'absence de témoignages des acteurs importants est source d'une inférence négative.
- 2) L'analyse de la juge Woods sur la portée du paragraphe 75(2) et de l'alinéa 94(1)c) L.I.R. est intéressante en ce qu'elle y propose une interprétation restrictive.
- 3) La question centrale en Cour d'appel sera assurément le rejet du test de l'arrêt *Thibodeau* en faveur d'un test à saveur corporative, le *central management and control*.
- 4) Aucunes questions discutées est la question suivante : si les Fiducies n'étaient pas « gérées » par le fiduciaire, St-Michael, serions-nous véritablement en présence d'une « fiducie »? Étant donné que la relation entre les parties est l'élément déclencheur de ce qu'est une « fiducie », si les « gérants » sont des non-fiduciaires, ne serions-nous pas plutôt en présence de l'établissement d'une relation mandant-mandataire entre les familles Dunin et Garron et St-Michael? Si tel est le cas, les personnes imposables seraient les membres des familles, non les Fiducies.

ANNEXE A

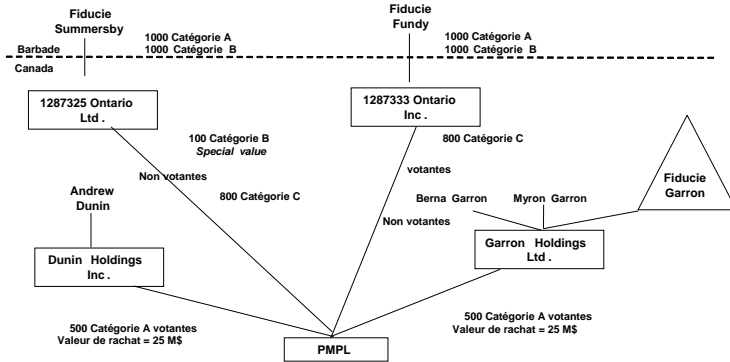
L'affaire *Garron Family Trust*

Situation avant le 6 avril 1998



ANNEXE B

L'affaire *Garron Family Trust* (suite)
Situation le 6 avril 1998



PARTIE C

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

1. L'ARRÊT MICHEL GRIMARD C. LA REINE¹

Ce n'est pas d'hier que la distinction entre le statut d'employé et celui de travailleur autonome fait couler de l'encre en matière fiscale.

Les décisions en cette matière présentent habituellement peu d'intérêt, car il s'agit la plupart du temps d'une application de critères connus aux faits particuliers de l'affaire.

Malgré tout, il arrive parfois que l'une de ces décisions mérite qu'on s'y attarde. C'est le cas de la présente affaire dans laquelle la Cour d'appel fédérale a traité de la prétendue opposition entre les critères de droit civil et ceux de common law.

1.1. LES FAITS

L'Appelant est un médecin spécialiste offrant des services d'expert-conseil en matière de santé et sécurité du travail.

Au cours de la période en litige, l'Appelant agissait comme « assesseur médical » auprès de la Commission des lésions professionnelles (ci-après « CLP »).

La CLP est un tribunal administratif dont le mandat consiste à entendre et décider des litiges en matière de santé et sécurité du travail.

L'Appelant était lié à la CLP en vertu d'un contrat écrit qui prévoyait, notamment, ce qui suit :

- l'Appelant s'engageait à fournir ses services à la CLP de manière exclusive;
- Dr Grimard avait droit à une rémunération annuelle fixée dans le contrat. Il devait facturer ses honoraires tous les 14 jours;

¹ 2009 CAF 47 (ci-après « *Grimard* »).

- l'Appelant avait droit au paiement des jours fériés prévus dans la convention collective;
- il avait droit à des vacances annuelles payées et ses frais de déplacement et de séjour lui étaient remboursés.

Pour les années en cause, l'Appelant a déclaré le revenu gagné auprès de la CLP comme du revenu professionnel et a réclamé diverses dépenses d'entreprise à l'encontre de ce revenu. À l'issue d'une vérification effectuée par Revenu Québec, il fut déterminé que les « assesseurs » de la CLP étaient des salariés.

Cette détermination a entraîné une révision par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») du statut de l'Appelant à celui de salarié et le refus partiel des dépenses réclamées.

L'affaire a été portée devant la Cour canadienne de l'impôt qui a d'abord décidé que le droit applicable était celui du Québec et qu'il n'était pas approprié d'appliquer des décisions de common law comme les arrêts *Wiebe Door Services Ltd. c. MRN*² et *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*³

La Cour canadienne de l'impôt a ensuite appliqué ces principes aux faits de l'affaire. Le juge Archambault a analysé la preuve et y a décelé suffisamment d'indices de l'existence d'un lien de subordination pour conclure que l'interprétation du contrat adoptée par les parties ne correspondait pas à la réalité.

La Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'appel et l'Appelant en a appelé devant la Cour d'appel fédérale.

1.2. QUESTIONS EN LITIGE

- 1) Les services professionnels fournis par l'Appelant l'étaient-ils en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'entreprise?

² [1986] 3 C.F. 553.

³ [2001] 2 R.C.S. 1983.

- 2) S'il s'agissait d'un contrat d'entreprise, les dépenses réclamées par l'Appelant étaient-elles déductibles de son revenu à titre de dépenses d'entreprise?
- 3) Y avait-il en l'espèce partialité en apparence ou apparence de partialité de la part du juge de la Cour canadienne de l'impôt qui a rendu la décision en première instance?

1.3. LA DÉCISION

La Cour d'appel fédérale a commencé son analyse en remettant les pendules à l'heure eu égard à l'article intitulé « La valse-hésitation de la Cour d'appel fédérale dans l'application des lois fédérales au Québec »⁴. Selon la Cour d'appel fédérale, cette tergiversation émanait plutôt du ministère fédéral de la Justice qui plaidait tantôt en faveur et tantôt contre l'application du droit privé québécois en matière fédérale.

Le législateur fédéral a depuis adopté l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*⁵, confirmant ainsi la complémentarité du droit civil québécois en matière fédérale. La Cour d'appel fédérale ajoutait que : « Ce faisant, il permettait par le fait même qu'il y ait disparités de traitement des justiciables canadiens en vertu des lois fédérales. »

Le juge de première instance avait donc raison, selon la Cour d'appel fédérale, d'appuyer sa décision sur le *Code civil du Québec*⁶ et de rechercher les indices de l'existence d'un lien de subordination, élément essentiel du contrat d'emploi. Faut-il pour autant exclure les critères de common law tels le contrôle, la propriété des outils, l'expectative de profit et les risques de perte et l'intégration?

Afin de répondre à cette question, la Cour d'appel fédérale a comparé l'approche de la common law à celle du droit civil et a constaté une différence de conceptualisation entre les deux régimes. Malgré tout, l'application du concept juridique du lien de subordination fait appel, en pratique, à des indices d'encadrement ou points de repère. C'est donc en tant

⁴ Marie-Pierre ALLARD et Chantal JACQUIER, « La valse-hésitation de la Cour d'appel fédérale dans l'application des lois fédérales au Québec », (2007-2008), vol. 28, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 19-58.

⁵ L.R.C. (1985), c. I-21 et mod.

⁶ L.Q. 1991, c. 64.

qu'indice d'encadrement que les critères de common law peuvent, selon la Cour d'appel fédérale, être utiles sur le plan de la recherche du lien de subordination. En somme, de conclure la Cour d'appel fédérale,

« [...] il n'y a pas, à mon avis, d'antinomie, entre les principes du droit civil québécois et les soi-disant critères de common law utilisés pour qualifier la nature juridique de la relation de travail entre deux parties. Dans la recherche d'un lien de subordination juridique, c'est-à-dire de ce contrôle du travail, exigé par le droit civil du Québec pour l'existence d'un contrat de travail, aucune erreur ne résulte du fait que le tribunal prenne en compte, comme indices d'encadrement, les autres critères mis de l'avant par la common law, soit la propriété des outils, l'expectative de profits et les risques de pertes, ainsi que l'intégration dans l'entreprise⁷. »

Ayant établi son cadre d'analyse, la Cour d'appel fédérale a ensuite examiné la décision du juge de première instance et entériné tant la démarche que les conclusions de celui-ci. Contrairement à ce que lui reprochait l'Appelant, la Cour d'appel fédérale a constaté que le juge de première instance avait examiné les critères de common law en tant qu'indices d'encadrement lui permettant de conclure à l'existence d'un lien de subordination.

Compte tenu de ses conclusions relativement à la première question en litige, la Cour d'appel fédérale a également conclu que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en concluant que les dépenses réclamées par l'Appelant n'étaient pas déductibles. Finalement, la Cour d'appel fédérale a également répondu par la négative à la troisième question en litige concernant l'existence de partialité de la part du juge de première instance.

1.4. COMMENTAIRES

Il y a lieu d'espérer que cette décision de la Cour d'appel fédérale tranche une fois pour toutes la question de la place des critères de common law lorsque la question doit être décidée en vertu du *Code civil du Québec*.

Ayant reconnu que les justiciables canadiens pouvaient être traités de manière différente en vertu des lois fédérales, la Cour a tout de même adopté une approche pratique, eu égard à la question en litige, en maintenant l'utilité des critères élaborés par la common law en tant qu'indices de la présence (ou

⁷ Grimard, précité, note 1.

de l'absence) d'un lien de subordination, élément essentiel du contrat d'emploi au Québec.

Il reste à voir si les tribunaux inférieurs appliqueront cette décision de la Cour d'appel fédérale en faisant toutes les nuances qui s'imposent eu égard au rôle respectif du *Code civil du Québec* et des critères de common law.

2. L'AFFAIRE WABUSH IRON CO. C. LA REINE⁸

2.1. LES FAITS

L'Appelante dans cette affaire est signataire d'une convention de coentreprise qui a pour but l'exploitation d'une mine de minerai de fer, d'un concentrateur et d'une usine de transformation du minerai concentré en boulettes.

La convention de coentreprise détermine la part de chacun des partenaires dans le financement et dans le partage des boulettes produites. Afin de financer sa participation dans le projet, l'Appelante a effectué des émissions importantes d'obligations.

L'Appelante a également conclu avec ses actionnaires, tous des producteurs d'acier, une convention de vente de boulettes (ci-après « Convention ») aux termes de laquelle chaque actionnaire était tenu d'acheter et l'Appelante était tenue de leur vendre un pourcentage déterminé de la part de l'Appelante dans les boulettes produites par la coentreprise.

La Convention prévoyait que le prix d'achat des boulettes pour chaque actionnaire devait être égal au plus élevé de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des boulettes pour l'année en cause et de la part de l'actionnaire dans les coûts d'exploitation de l'Appelante pour cette même année.

Pour chacune des années d'imposition en cause, les coûts d'exploitation de l'Appelante ont excédé la JVM des boulettes, de sorte que les actionnaires ont dû payer, aux termes de la Convention, un prix supérieur à la JVM des boulettes.

Lors de la préparation de ses états financiers pour les années en cause, l'Appelante a inclus dans ses revenus le plein montant versé par ses

⁸ 2009 CCI 239.

actionnaires pour l'achat de boulettes. Aux fins fiscales cependant, seul un montant correspondant à la JVM des boulettes a été inclus dans ses revenus, l'Appelante était d'opinion que le prix versé par les actionnaires en excédent de la JVM des boulettes constituait une contribution de capital non imposable.

L'ARC a recotisé l'Appelante pour inclure dans ses revenus le prix réel payé par les actionnaires pour les boulettes.

2.2. QUESTIONS EN LITIGE

La principale question en litige dans cette affaire est de déterminer si le prix payé par les actionnaires pour les boulettes en excédent de leur JVM constitue une contribution de capital non imposable ou du revenu d'entreprise.

L'Appelante soulève également une question accessoire ayant trait à une dépense d'amortissement qu'elle avait réclamée pour les deux années d'imposition précédant la période en litige afin d'éliminer le revenu additionnel généré par les cotisations. L'Appelante souhaitait maintenant modifier sa décision relativement à cette dépense d'amortissement en contestant le solde de la fraction non amortie du coût en capital pour des années subséquentes.

2.3. LA DÉCISION

La Cour canadienne de l'impôt a maintenu les cotisations en litige en établissant que l'Appelante était tenue d'inclure dans ses revenus la totalité des montants reçus en paiement des boulettes et non seulement la JVM de celles-ci.

Afin de trancher la question, la Cour canadienne de l'impôt devait d'abord décider de la loi applicable. La Convention stipulait expressément qu'elle devait s'interpréter en vertu de la loi de l'État de New York. Cependant, aucune preuve de la loi étrangère n'ayant été présentée devant le tribunal, la Cour a appliqué la règle selon laquelle la loi étrangère est présumée être au même effet que la loi de la juridiction où l'affaire a pris naissance, en l'occurrence la loi du Québec.

Se laissant guider par les principes d'interprétation contenus au *Code civil du Québec*, la Cour a conclu que l'intention des parties clairement exprimée dans leur convention était de créer entre elles une relation

« acheteur-vendeur » et que le prix des boulettes fixé par la Convention est celui dont les parties ont convenu.

L'Appelante prétendait que malgré les termes clairs du contrat, l'intention des parties était réellement que le prix payé, dans la mesure où il excédait la JVM des boulettes, constituait un apport de capital. La Cour a reconnu à cet égard que l'un des objectifs de la Convention était d'assurer le financement des opérations de l'Appelante. Cependant, les parties ayant choisi d'y parvenir par le biais d'un prix minimum garanti pour les boulettes, elles devaient en assumer les conséquences. Se référant aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Shell Canada ltée c. La Reine*⁹, la Cour a souligné que l'aspect financier des paiements (*economic effect*) n'était pas concluant et ne pouvait servir d'assise pour requalifier la relation juridique que les parties avaient établie entre elles.

Finalement, la Cour a ajouté que même si les paiements en cause (la portion du prix qui excède la JVM) constituaient un paiement de nature capital visant à combler l'écart entre les revenus et les dépenses de l'Appelante, ceux-ci devraient quand même être inclus dans les revenus de l'Appelante parce qu'ils ont été reçus par cette dernière dans le cadre de l'exploitation de son entreprise et ils ont été payés par les actionnaires en tant que clients. La Cour a dressé un parallèle à cet égard avec le traitement fiscal d'une subvention ou d'un paiement incitatif pour le récipiendaire¹⁰.

Compte tenu de ses conclusions sur la question principale, la Cour ne s'est pas penchée sur la question accessoire.

2.4. COMMENTAIRES

La décision de la Cour canadienne de l'impôt a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale. Il sera intéressant de voir si la Cour d'appel fédérale approuvera le raisonnement et les conclusions du juge de première instance.

Cet arrêt illustre clairement l'importance de la rédaction contractuelle aux fins fiscales. Si les rédacteurs de la convention en cause dans la présente affaire avaient eu à l'esprit les conséquences fiscales éventuelles, il y a fort à parier qu'ils auraient choisi d'isoler la composante capital du prix de vente

⁹ [1999] 3 R.C.S. 622.

¹⁰ *Hall c. MRN*, 90 D.T.C. 1431 et *IKEA Ltd. c. La Reine*, [1998] 1 R.C.S. 196.

des boulettes. Il est aussi probable que l'émission des cotisations en litige aurait pu ainsi être évitée.

3. L'ARRÊT SASKFERCO PRODUCTS INC. C. LA REINE¹¹

Dans cet arrêt, le contribuable remettait en cause l'application du principe reconnu en fiscalité selon lequel le traitement fiscal des gains ou des pertes sur change réalisés à l'occasion du remboursement d'un emprunt à l'étranger découlera de la nature du prêt. Ainsi, si un emprunt sert à financer un actif de nature capital, les gains ou les pertes sur change constitueront un gain ou une perte en capital et vice versa.

3.1. LES FAITS

L'Appelante est une société détenue en partie par le gouvernement de la Saskatchewan, dont la mission est de produire et vendre de l'engrais.

Afin d'assurer le financement requis par le projet, l'Appelante a contracté un emprunt au montant de 231 M\$ libellé en dollars américains, sous la forme d'une série de billets ayant des dates d'échéance échelonnées dans le temps. Une partie des billets était remboursable au cours des années d'imposition en litige.

L'Appelante avait libellé son emprunt en dollars américains parce qu'elle prévoyait utiliser les revenus provenant de ses ventes aux États-Unis afin de rembourser sa dette et se protéger ainsi des fluctuations du taux de change. Les taux d'intérêt plus bas pratiqués aux États-Unis ont également incité l'Appelante à contracter sa dette en dollars américains.

Dans le but de réduire l'effet des fluctuations du taux de change entre le dollar canadien et le dollar américain, l'Appelante a adopté la « comptabilité de couverture » (*hedge accounting*). Sommairement, elle a converti la dette américaine au taux de change en vigueur au moment de l'emprunt, et elle a fait de même avec une partie de ses revenus provenant des États-Unis en utilisant le même taux de change.

Le dollar canadien a perdu beaucoup de valeur par rapport au dollar américain pendant la période en cause, ce qui aurait normalement entraîné des gains sur change provenant des ventes aux États-Unis et des pertes sur change provenant du remboursement du capital de la dette. Afin d'éviter ce

¹¹ 2008 CAF 297.

traitement, l'Appelante a opéré compensation entre ces gains et pertes en utilisant la comptabilité de couverture, réduisant ainsi son revenu pour la période en cause.

L'ARC a refusé de reconnaître la méthode comptable de couverture et a recotisé l'Appelante en calculant les gains et les pertes sur change en utilisant le taux de change en vigueur au moment de la transaction visée. De plus, selon l'ARC, l'Appelante ne pouvait pas réduire ses gains sur change provenant de ses ventes aux États-Unis en opérant compensation avec ses pertes sur change provenant du remboursement du capital de sa dette, ces pertes étant de nature capital.

Le litige fut porté devant la Cour canadienne de l'impôt qui rejeta les prétentions de l'Appelante. Selon la Cour canadienne de l'impôt, le traitement comptable des gains et pertes sur change effectués par l'Appelante ne pouvait exister aux fins fiscales parce qu'il est contraire au principe selon lequel un contribuable doit utiliser le taux de change en vigueur au moment de la transaction en cause.

De plus, la Cour canadienne de l'impôt a refusé d'appliquer le principe de la comptabilité de couverture, car, en l'espèce, contrairement à certaines opérations de couverture impliquant des produits dérivés, la décision de l'Appelante de réaliser un emprunt en dollars américains était motivée en partie par les taux d'intérêt plus bas pratiqués au sud de la frontière.

3.2. QUESTION EN LITIGE

La question en litige telle que posée par la Cour d'appel fédérale est de savoir si le « principe de la dette » qui sert à caractériser les gains et les pertes sur change doit céder le pas lorsqu'une raison importante de libeller un emprunt en dollars américains est de se « couvrir » et de neutraliser l'effet des fluctuations de change sur le revenu par ailleurs gagné en dollars américains.

3.3. LA DÉCISION

Devant la Cour d'appel fédérale, l'Appelante a soutenu que la Cour devait trancher entre deux principes opposés. Le premier veut que le traitement fiscal des gains et pertes sur change corresponde à la nature du prêt contracté. Le deuxième veut que le traitement fiscal des gains et pertes sur change provenant d'une transaction de couverture corresponde à ladite transaction de couverture.

La Cour a rejeté les prétentions de l'Appelante en soulignant que la transaction en cause est l'emprunt contracté en dollars américains et que celui-ci a été contracté aux fins de construire et de réaliser un projet de nature capital. Le fait que l'emprunt ait été libellé en dollars américains ne modifie en rien sa nature.

La Cour d'appel fédérale a également refusé de voir dans la comptabilité de couverture un principe d'application générale en fiscalité. Elle a souligné que l'application du droit fiscal repose, dans une large mesure, sur un ensemble législatif complexe où les particularités propres à chaque cas l'emportent habituellement sur les principes généraux. Le fait que des gains ou pertes sur change soient traités comme du revenu ou des pertes d'entreprise lorsque des transactions portant sur des revenus sont « couvertes » par des produits dérivés ne doit pas selon la Cour d'appel fédérale être étendus à des transactions commerciales indépendantes les unes des autres. Ce faisant, on s'éloignerait du principe selon lequel les gains et les pertes sur change provenant du remboursement d'une dette libellée dans une devise étrangère doivent correspondre à la nature du prêt.

3.4. COMMENTAIRES

Bien que le résultat n'ait pas été satisfaisant pour l'Appelante, on peut penser qu'elle ne se serait pas retrouvée devant les tribunaux si le taux de change avait fluctué en sens inverse au cours de la période en litige. En effet, les pertes sur taux de change provenant des ventes aux États-Unis auraient alors été déductibles du revenu alors que les gains sur taux de change provenant du remboursement de la dette auraient été traités comme du gain en capital. À tout événement, afin d'éviter le risque de se retrouver dans la même situation que l'Appelante, le contribuable qui souhaite se protéger des fluctuations de taux de change devrait, à la lumière de cette décision, avoir recours à des produits dérivés spécifiquement conçus à cette fin.

PARTIE D

Danny Galarneau, avocat
Ministère de la Justice du Québec

1. RÉGIME DE L'ASSURANCE MALADIE DU QUÉBEC

1.1. L'ARRÊT *STIEFEL CANADA INC. C. SMRQ*¹

1.1.1. Les faits

Stiefel est un grossiste en médicaments et en produits cosmétiques. Cette société est une filiale de Stiefel Laboratories Inc., dont le siège social est à New York.

Pour les années d'imposition 1999, 2000, 2001 et 2002, le sous-ministre du Revenu du Québec a émis des avis de cotisation visant la contribution de Stiefel au Fonds des services de santé (FSS) en application de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*².

Le litige porte essentiellement sur le taux de la contribution d'un employeur. Ce débat sur l'interprétation de la loi vient essentiellement d'une modification législative apportée en 1999.

1.1.2. Question en litige

La principale question en litige vise à déterminer si la notion de « sociétés associées » utilisée afin d'établir le taux de la contribution de l'employeur inclut ou non les sociétés étrangères.

1.1.3. Les dispositions pertinentes

Les dispositions litigieuses sont les articles 33, 33.0.2 et 42 L.R.A.M.Q. et l'article 21.20 de la *Loi sur les impôts* du Québec³.

¹ (C.A., 13 janvier 2009) 2009 QCCA 28.

² L.R.Q., c. R-5 (ci-après « L.R.A.M.Q. »).

³ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

1.1.4. Décision de première instance

Par l'utilisation de la méthode d'interprétation téléologique, le juge de première instance a donné une portée large à la notion « sociétés associées » afin de donner à la modification législative de 1999 toute sa raison d'être.

1.1.5. Décision de la Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel a, d'une part, ciblé la portée de la modification législative de 1999 à la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec* et, d'autre part, déterminé l'application de cette loi à la situation à l'étude.

Dans son analyse de la portée de la modification législative de 1999, la Cour d'appel fait un rappel historique du régime de financement de l'assurance maladie au Québec.

En nous rappelant les conclusions de la Commission D'Amours, la Cour d'appel mentionne l'intention claire du législateur : diminuer le fardeau fiscal des petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») en réduisant l'impôt sur la masse salariale.

Suivant cette volonté législative, la Cour conclut que cette modification ne taxe que la masse salariale versée à l'intérieur du Québec : « Ce n'est que le taux de taxation régressif qui est fixé en tenant compte de la valeur totale des salaires payés par une entreprise [...] ». »

Le taux de contribution au Fonds de la solidarité sociale est basé sur la masse salariale totale de l'entreprise, donc la totalité des salaires des sociétés associées. La Cour conclut que cette borne imposée par la loi vise à évaluer l'ampleur de l'entreprise, donc d'identifier les PME pour qui la volonté gouvernementale est de diminuer le fardeau fiscal.

En rejetant l'appel de Stiefel, la Cour d'appel confirme que le calcul basé sur l'ensemble des sociétés associées ne sert qu'à établir le taux de la contribution applicable à la masse salariale québécoise.

2. JUSTE VALEUR LOCATIVE

2.1. L'AFFAIRE *SCHUTZ C. LA REINE*⁴

2.1.1. Les faits

Appleby College est un pensionnat situé au bord du lac Ontario. Ce collège compte plus de 500 élèves, dont 200 pensionnaires. De plus, 25 des 65 membres du corps enseignant résident sur le campus dans des logements qui sont la propriété du collège.

Suivant les conditions d'embauche, les 25 employés devaient vivre sur les lieux désignés afin d'exercer les fonctions de leur emploi. Certains employés versent un loyer alors que d'autres se voient accorder un avantage qui est déclaré sous une forme ou une autre dans la déclaration de revenus des employés, sauf pour un seul d'entre eux.

Les logements dont disposent les employés visés comprennent des habitations unifamiliales, des maisons jumelées ou des logements de 500 pieds carrés. Les employés doivent notamment se procurer leurs électroménagers et ne peuvent apporter aucun changement aux terrains ou locaux loués sans l'autorisation de leur locateur.

a) Le directeur et sa résidence

Le directeur habite une résidence isolée à deux étages. Alors que cette maison sert majoritairement pour l'hébergement du directeur, elle sert également à l'entreposage d'articles scolaires. La résidence n'est pas clôturée, ce qui ne permet pas de l'associer à une résidence privée.

Le directeur a l'obligation d'y résider vu la vocation du collège. Il paie 500 \$/mois de loyer alors que les frais pour les services publics sont payés par Appleby. De plus, le directeur et sa femme sont propriétaires d'une résidence qui se situe hors campus. Ils y vont lors des congés, en été et les fins de semaine.

En plus de recevoir les membres du conseil d'administration du collège à la résidence sur le campus, le directeur y rencontre des étudiants, des parents et des enseignants et y tient plusieurs activités scolaires, réceptions et réunions.

⁴ 2008 CCI 523.

b) Les dortoirs

L'employé qui est responsable de résidence dispose d'un appartement à deux étages au rez-de-chaussée de la résidence qui est à même le dortoir des élèves. Le responsable adjoint, pour sa part, habite un appartement au troisième étage du dortoir. Les deux appartements sont accessibles pour les responsables et les élèves par les couloirs utilisés par les élèves y habitant.

c) M^{me} Paula Schutz

À titre de chef de dortoir, M^{me} Paula Schutz est responsable de la supervision générale des élèves résidant au dortoir appelé Baillie House. Elle est logée dans un appartement style studio à même ce dortoir.

Pour le premier semestre scolaire, elle habite seule l'appartement alors qu'au retour des Fêtes, elle le partage avec un autre chef de dortoir.

d) M^{me} Deborah Sewell

M^{me} Sewell est, au cours de l'année d'imposition 1997, responsable de résidence du dortoir Baillie House.

Comme responsable de résidence, M^{me} Sewell donne, à titre d'enseignante, six cours tout en surveillant les activités quotidiennes des élèves, s'assurant du levé des élèves, etc. Essentiellement, M^{me} Sewell encadre les élèves jour après jour.

Au cours de l'année en litige, M^{me} Sewell n'a pas fait de paiement de loyer pour habiter au dortoir Baillie House, mais a tout de même déclaré un avantage imposable.

e) M. Michael Pierce

M. Michael Pierce est directeur adjoint chargé du service aux élèves. Avec ses enfants, il habite une maison située à côté du dortoir Baillie House.

Entourée de plusieurs installations sportives, la résidence où habite M. Pierce ne présente aucune intimité et à titre de chef de l'équipe d'urgence de l'école, son contact avec l'école est constant.

En plus du loyer mensuel, M. Pierce a assumé les frais pour les services publics.

f) M . David Shuchanek

M. Shuchanek est responsable de résidence à Walker House et codirecteur du programme de vie en résidence. Cependant, au mois d'août 1996, M. Shuchanek a quitté son poste pour s'installer dans Little Grey House, une toute petite maison, qu'il a habitée pendant environ quatre mois pour finalement s'établir dans un duplex sur le campus.

Malgré cette nouvelle résidence familiale dans laquelle il habite avec ses trois enfants, les élèves s'y rendent régulièrement vu la grande ouverture de M. Shuchanek.

En sus du loyer mensuel, M. Shuchanek a assumé les frais pour les services publics.

g) M . Peter Thompson

Au cours de l'année en litige, M. Thompson est responsable de la résidence à Colley House, où habitent 57 garçons. Ses activités quotidiennes sont assimilables à celles des autres responsables de résidence ou de responsable adjoint.

Le logement loué par M. Thompson est à même la résidence Colley House et malgré qu'il y habite avec sa femme et ses deux enfants, il y a constamment du bruit et du dérangement.

En résumé, il y a certains avantages à habiter sur le campus, à savoir :

- 1) proximité du lieu de travail;
- 2) atmosphère du campus;
- 3) fait de ne pas avoir à faire la navette;
- 4) absence de stress attribuable aux déplacements;
- 5) esprit communautaire;
- 6) sentiment de sécurité.

Évaluation de la juste valeur locative

Tant les appelants que l'intimée ont produit une expertise en ce qui concerne la juste valeur locative des logements à Appleby.

Pour le compte des appelants, M. Bruce W. Rae a présumé l'existence d'un marché réel mettant en cause un propriétaire réel et un locataire réel. Cette méthode d'évaluation suppose que les propriétés sont en fief simple et que le propriétaire n'était pas à Appleby et que le locataire n'était pas un enseignant, donc disponible sur le marché régulier.

Ne pouvant avoir de propriété comparable, il lui était impossible selon lui de faire une analyse appropriée. C'est ainsi qu'il a fait une analyse de chacune des propriétés en évaluant tous leurs attributs. Son analyse lui permit donc d'établir une juste valeur locative aux différentes propriétés basée sur des estimations ou fondée sur une intuition.

M. Donovan Bennett a, pour le compte de l'intimée, préparé un rapport d'évaluation de la juste valeur locative. Afin de compléter son analyse, M. Bennett a analysé le niveau d'intrusion attribuable à la proximité avec les élèves et a comparé les coûts de logement des étudiants de niveau universitaire sur un campus et hors campus. En utilisant la technique de la parité en cherchant des propriétés comparables dans un rayon donné par rapport à Appleby, la similitude de leur utilité et de leur superficie était ainsi recherchée et analysée. Les loyers furent par la suite ajustés afin de tenir compte de la perte de jouissance paisible.

Chacun des deux experts a donc procédé à l'analyse de chacune des résidences des contribuables visés par le présent litige. Nous renvoyons le lecteur à chacune de ces analyses, qui se retrouvent aux paragraphes 40 à 64 du jugement.

2.1.2. Questions en litige

Les questions en litige sont les suivantes :

- 1) déterminer la juste valeur locative du logement dont bénéficie chacun des appelants;
- 2) déterminer la réduction à effectuer sur cette juste valeur locative compte tenu de la situation de chacun des appelants;

- 3) déterminer si une réduction de l'avantage inclus aux revenus des appelants était nécessaire puisque l'employeur profitait d'un avantage accessoire.

2.1.3. Les dispositions pertinentes

C'est l'application des faits au paragraphe 6 1) L.I. qui est litigieuse.

2.1.4. Position des parties

Position des appelants

Évidemment, les appelants prétendent que l'évaluation complétée par M. Rae est raisonnable et que la juste valeur locative ainsi établie doit être appliquée à chacun d'entre eux.

Position de l'intimée

Sans surprise, l'intimée prétend pour sa part que le rapport de l'expert Bennett reflète la réalité et qu'elle est complète puisque les réductions appropriées et demandées par les appelants ont déjà été appliquées.

2.1.5. Décision de la Cour canadienne de l'impôt

Le tribunal doit statuer sur la valeur attribuable à l'avantage reçu par chacun des appelants se rattachant aux résidences respectives. Il revient donc au juge de déterminer quels éléments de preuve seront retenus, et ce, sur la base d'un des rapports d'expert.

Le juge Rossiter conclut tout d'abord que la juste valeur locative doit être calculée sur la base de l'utilisation de la propriété et tout comparable doit être similaire s'il n'est pas soumis aux mêmes conditions que l'avantage évalué. De plus, le magistrat soutient qu'il ne faut pas tenir compte de la situation individuelle de l'employé qui reçoit l'avantage, et ce, peu importe la méthode d'évaluation retenue.

Quant au fardeau de preuve, il revient aux appelants d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que le résultat obtenu par l'intimée est inexact ou inapproprié.

Tout en confirmant qu'il était approprié d'utiliser la technique de la parité, le juge Rossiter note des différences dans l'application de cette méthode d'évaluation qui ont mené à des écarts importants.

Dans son analyse du litige, le juge instrumentant dit préférer le témoignage et l'analyse de M. Rae, l'évaluateur des appelants. Son expérience et son honnêteté quant aux difficultés que représentait l'évaluation d'une parcelle de terrain unique en son genre sur laquelle il y avait des habitations ont grandement influencé son choix.

Les comparaisons à des immeubles d'habitation individuels ont fait de son évaluation la plus raisonnable des deux.

En rejetant l'évaluation de M. Bennett, le juge soutient que l'évaluateur de l'intimée a utilisé une approche trop théorique. De plus, le facteur le plus important, voire unique, pour l'expert était l'utilité des propriétés, ce avec quoi n'était pas d'accord le juge de la Cour canadienne de l'impôt.

Ces comparables utilisés étaient trop souvent insatisfaisants et peu valables. Enfin, l'exposition au bruit fut calculée à partir de mesures arbitraires et le résultat aurait dû mener à une réduction appropriée de la juste valeur locative. N'utilisant pas son expérience et le bon sens, l'expert de l'intimée a incorrectement procédé à une analyse mathématique et incomplète.

Le juge décide donc de considérer les facteurs suivants déjà établis dans la décision *National Capital Commission c. Marcus*⁵ :

- 1) l'utilité de chaque logement;
- 2) la superficie de chaque logement;
- 3) l'emplacement du logement;
- 4) les commodités offertes dans les environs;
- 5) le terrain et la taille du terrain;
- 6) les commodités offertes par chaque propriété;
- 7) l'âge du logement;
- 8) l'état du logement.

⁵ [1969] 1 R.C. de l'É. 327.

Finalement, le juge applique les conclusions obtenues par le rapport Rae, mais selon les superficies calculées par l'expert Bennett. Il établit ainsi la juste valeur locative des logements en la considérant raisonnable et équitable eu égard aux circonstances.

Reste maintenant à déterminer la réduction à opérer sur la juste valeur locative des logements en question par suite de la relation employeur-employé et de l'avantage accessoire dont bénéficie l'employeur à cause de l'avantage accordé à l'employé.

Le juge rappelle la question à trancher : s'agit-il d'une simple évaluation compte tenu du remue-ménage et de la perte de vie privée associés aux logements ou s'agit-il d'une évaluation donnant lieu à une réduction pour le remue-ménage et la perte de vie privée associés aux logements étudiés?

Puisque aucune indemnité n'est accordée aux appelants pour les inconvénients ou le remue-ménage auxquels ils faisaient face, tous conviennent qu'une réduction doit être opérée.

Dans le cadre de cette évaluation, le juge Rossiter retient la position de l'intimée qui consiste à déterminer le montant raisonnable en pareilles circonstances. D'ailleurs, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a publié des interprétations concernant la question à l'étude.

Afin de convenablement analyser cette réduction, le juge partage en quatre catégories les logements visés et évalue les calculs mathématiques de l'expert Bennett seulement, M. Rae n'ayant fait aucun calcul.

Encore une fois, le tribunal ne retient pas les calculs présentés par l'expert de l'intimée, et ce, sur la base de l'absence de fiabilité et ce ne sont pas des chiffres dont une personne raisonnable et prudente tiendrait compte pour évaluer le coût du loyer qu'elle accepterait de payer. L'expert a fait fi presque en totalité de la perte de vie privée, préférant mettre l'accent sur la perte de jouissance paisible. Selon le juge, les deux aspects doivent être considérés et les circonstances détermineront si un aspect pourrait l'emporter sur l'autre.

C'est dans cette optique que le juge Rossiter conclut que les réductions accordées par l'intimée sont insuffisantes. Appliquant ses conclusions à chacun des appelants, le juge détermine donc individuellement le pourcentage de réduction applicable aux logements. Ces pourcentages sont de 65 % pour la résidence du directeur du collège (catégorie A), de 80 % pour les logements à même les dortoirs (catégorie B), de 25 % pour les

résidences et maisons jumelées (catégorie C) et aucune réduction n'est accordée à la résidence Whittington (catégorie D).

De plus, le magistrat accorde le taux de réduction à l'avantage lié au paiement par Appleby des frais pour les services publics.

En terminant, la Cour fait donc droit aux appels des contribuables et modifie à la baisse les cotisations litigieuses. Elle conclut ceci : « chaque contribuable doit inclure dans le calcul de ses revenus un avantage imposable à partir de la juste valeur locative calculée, cet avantage doit être réduit pour perte de jouissance paisible et de vie privée, sans cependant le réduire puisque l'employeur en tire un avantage accessoire ».

3. PERTE EN CAPITAL

3.1. L'ARRÊT CANADA C. CASCADES INC.⁶

3.1.1. Les faits

À la fin de l'année 2000, Cascades détenait 71,1 % des actions ordinaires de la société Industries Paperboard International Inc. (ci-après « PII »). Le prix de base rajusté de ces actions est à cette époque de 68 783 154 \$ et a une valeur marchande de 52 841 546 \$.

Ayant constitué au préalable la société 3715965 Canada inc., Cascades lui transfère les actions de PII pour une contrepartie égale à la juste valeur marchande, provoquant ainsi la réalisation d'une perte en capital de 15 941 608 \$. En contrepartie, Cascades reçoit des actions ordinaires de 3715965 Canada inc.

Quelques jours plus tard, PII et 3715965 Canada inc. sont fusionnées. 384894-9 Canada inc. (ci-après « PII Fusionco ») est issue de cette fusion et à ce moment, les actions ordinaires détenues par Cascades dans 3715965 Canada inc. sont converties en actions ordinaires de PII Fusionco.

Dans le calcul de ses revenus imposables pour l'année d'imposition 2000, Cascades a réclamé la perte en capital sur la disposition des actions de PII.

⁶ 2009 CAF 135 (ci-après « *Cascades* »).

En janvier 2004, l'ARC émet une cotisation et considère comme nulle la perte de Cascades, et ce, en application des paragraphes 40(3.3), 40(3.4) et 40(3.5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷.

Le litige porte sur l'interprétation à donner aux paragraphes précédemment mentionnés et principalement sur le sens à donner à l'expression « s'appliquant » utilisée à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R.

3.1.2. Question en litige

La question en litige vise à déterminer si la juge de première instance a erré en droit en concluant que Cascades a droit à la perte réclamée.

3.1.3. Les dispositions pertinentes

Les dispositions litigieuses sont les paragraphes 40(3.3), 40(3.4) et 40(3.5) L.I.R.

3.1.4. Décision de première instance

En appliquant les enseignements de la Cour suprême du Canada, la juge Lamarre de la Cour canadienne de l'impôt a considéré que les principes d'interprétation applicables aux lois fiscales, à savoir notamment l'interprétation textuelle de la loi et l'esprit général de la loi, lui permettent de conclure que toutes les conditions prévues au paragraphe 40(3.3) L.I.R. doivent être réunies pour que s'applique le paragraphe 40(3.4) L.I.R. Ainsi, si toutes ces conditions ne sont pas réunies, le magistrat ne peut pas déclarer la perte nulle au sens du paragraphe 40(3.4) L.I.R.

Pour la juge de première instance, l'alinéa c) du paragraphe 40(3.3) L.I.R. prévoit que Cascades ou une personne lui étant affiliée doit être propriétaire du bien de remplacement et que à la suite de la fusion de PII et de 3715965 Canada inc., aucune entité n'est propriétaire du bien de remplacement, soit les actions de PII (société sans existence légale à la suite de la fusion).

La juge Lamarre rejetait par le fait même la position de l'ARC qui prétendait que le paragraphe 40(3.5) L.I.R. de cette disposition présume que la perte est nulle en ce que PII Fusionco est réputée être propriétaire des actions de PII tant qu'elle est affiliée à Cascades. Pour le tribunal, le

⁷ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

paragraphe 40(3.5) exige que les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. « s'appliquent » et puisque toutes les conditions énumérées au paragraphe 40(3.3) L.I.R. ne sont pas remplies, ces paragraphes ne « s'appliquent » pas et le paragraphe 40(3.5) L.I.R. n'est d'aucune utilité.

3.1.5. Décision de la Cour d'appel fédérale

Appliquant la norme de contrôle de la décision correcte, la Cour d'appel réitère les principes d'interprétation établis par les multiples décisions de la Cour suprême du Canada. La Cour dit ceci :

« [23]⁸ Par conséquent, comme je l'affirmais dans *Les Papiers Scott Limitée c. Sa Majesté la Reine*, 2006 CAF 372; (2006), 355 N.R. 387 au paragraphe 45, relativement à l'article 68 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 :

[...]

[45] [...] bien que l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique soit appropriée pour interpréter l'article 68, si le libellé de la disposition est "précis et non équivoque", le sens ordinaire des mots aura beaucoup de poids pour l'interprétation de la disposition. Cependant, si le libellé de l'article 68 peut avoir plus d'un sens raisonnable, le sens ordinaire des mots aura moins de poids⁸. »

Dans son analyse, la Cour rappelle les trois conditions prévues au paragraphe 40(3.3) L.I.R. afin que la perte en capital soit réputée nulle : 1) le cédant doit disposer d'une immobilisation non amortissable (al. 40(3.3)a) L.I.R.); 2) le cédant ou une personne lui étant affiliée doit acquérir le même bien ou un bien identique au cours de la période qui commence 30 jours avant la disposition et se termine 30 jours après la disposition (al. 40(3.3)b) L.I.R.); et 3) enfin, à la fin de cette période, le cédant ou une personne lui étant affiliée est propriétaire du bien visé.

D'après le tribunal, en limitant l'analyse aux paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R., Cascades pouvait déclarer la perte en capital. Cependant, la Cour est d'avis que ces dispositions doivent être interprétées en tenant compte du paragraphe suivant, soit le paragraphe 40(3.5) L.I.R., lequel prévoit que les « présomptions suivantes s'appliquent dans le cadre des paragraphes (3.3) et (3.4) ».

⁸ *Cascades*, précité, note 6, par. 23 et 45.

Ne partageant pas la décision de la juge Lamarre, la Cour conclut que l'intention du législateur n'était pas d'exiger que les trois conditions énumérées au paragraphe 40(3.3) L.I.R. soient toutes remplies afin que s'applique la présomption de propriété prévue à l'alinéa c) du paragraphe 40(3.5) L.I.R. Si telle avait été son intention, la rédaction de cette disposition aurait été différente. De plus, une telle interprétation mène directement à un résultat illogique :

« [35] [...] 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 affiliées⁹. »

La Cour conclut donc que la présomption prévue au paragraphe 40(3.5) L.I.R. s'applique en l'espèce et ainsi, la perte réclamée par Cascades est réputée nulle.

La Cour mentionne également que la juge Lamarre a commis une erreur en droit en considérant l'intention de Cascades dans son interprétation des dispositions. Ainsi, même si l'intention de Cascades lors de sa restructuration n'était pas de réaliser une perte de façon prématurée, la minimisation des pertes contenues dans ces paragraphes ne comporte aucun critère d'intention.

⁹ *Cascades*, précité, note 6, par. 35.

MODIFICATION ET RECTIFICATION DES CONTRATS



Mathieu Bouchard
Avocat, associé,
B.C.L., LL. B., LL. M.
Irving Mitchell Kalichman
s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 31:3

1. PROVINCES DE COMMON LAW 31:3

1.1. COUR SUPRÊME DU CANADA 31:3

1.2. COURS SUPÉRIEURES DES PROVINCES 31:4

 1.2.1. Ontario..... 31:5

 1.2.2. Colombie-Britannique 31:12

2. QUÉBEC 31:17

2.1. *AFFAIRE FELIX & NORTON INTERNATIONAL INC. C.*
PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA 31:17

2.2. *AFFAIRE SERVICES ENVIRONNEMENTAUX AES INC. C.*
AGENCE DU REVENU DU CANADA 31:21

CONCLUSION 31:22

INTRODUCTION

De nombreux jugements des tribunaux de droit commun ont été rendus en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec en matière de rectification d'écrits instrumentaires et d'annulation de contrats pour des raisons d'ordre fiscal dans la dernière année. La tendance jurisprudentielle actuelle semble favoriser les contribuables : compte tenu du nombre de décisions qui s'accumulent, il apparaît de plus en plus aisé de convaincre un juge du bien-fondé d'une telle demande, pour peu que l'on établisse clairement l'intention véritable des parties au moment de la conclusion de l'entente visée quant à ses conséquences fiscales.

Le texte qui suit passe donc en revue les jugements rendus depuis un an dans ce domaine¹.

1. PROVINCES DE COMMON LAW

1.1. COUR SUPRÊME DU CANADA

D'entrée de jeu, notons que la Cour suprême du Canada a rappelé en janvier 2009 les enseignements de l'arrêt *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*² quant à la doctrine de rectification des contrats en *equity*. Ainsi, dans l'affaire *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*³, le plus haut tribunal du pays a conclu qu'il n'est pas possible d'avoir recours à cette doctrine afin de rectifier une clause de non-concurrence en remplaçant l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » – qui n'avait aucune valeur légale – par les termes « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ».

Dans ses motifs, le juge Rothstein a souligné, au nom d'une formation unanime, que « [l]a théorie de la rectification ne peut pas être utilisée pour récrire le marché conclu par les parties »⁴. Il a ajouté qu'un tribunal ne peut

¹ Pour une analyse plus fouillée des similarités et différences entre le droit québécois et la common law à ce sujet, voir Mathieu BOUCHARD, « Récents développements en matière de rectification », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 43:1-24.

² [2002] 1 R.C.S. 678 (ci-après « *Sylvan Lake* »).

³ 2009 CSC 6 (ci-après « *Shafron* »).

⁴ *Id.*, par. 3.

s'autoriser de cette doctrine afin d'« impos[er] ce qui, *a posteriori*, lui semblait être un arrangement judicieux qu'auraient pu conclure les parties, mais qu'elles n'ont par ailleurs pas choisi »⁵. Dès lors, l'intimée en l'espèce n'ayant pas prouvé l'existence d'une entente contractuelle autre que celle consignée dans l'écrit signé par les parties, elle ne pouvait obtenir la rectification de cet écrit. Ce faisant, la Cour distingue l'écrit instrumentaire ambigu, non susceptible d'être rectifié, de l'écrit entaché d'une erreur pouvant être rectifiée :

« En l'espèce, KRG Western ne peut faire valoir aucune entente préalable, écrite ou verbale, qui expliquerait l'expression [TRADUCTION] "l'agglomération de la ville de Vancouver". La rectification a pour objet de rétablir l'entente véritablement conclue par les parties, n'eût été l'erreur commise dans l'entente écrite. Or dans le cas qui nous occupe, rien ne permet de croire que les parties auraient convenu d'une chose, puis inscrit par erreur quelque chose d'autre dans le contrat écrit. En fait, elles ont plutôt utilisé une expression ambiguë dans le contrat écrit. La clause restrictive originale a été rédigée par un avocat de Toronto qui, semble-t-il, ne savait pas que l'expression [traduction] "l'agglomération de la ville de Vancouver" n'avait pas de sens défini en droit. La théorie de la rectification ne s'applique pas⁶. » (Notre soulignement)

En somme, la Cour suprême réitère ici l'importance pour les parties qui plaident le droit à la rectification de prouver de façon satisfaisante les éléments constitutifs de leur entente originale, exigence qui reviendra comme un leitmotiv dans chacune des décisions étudiées.

1.2. COURS SUPÉRIEURES DES PROVINCES

La Cour supérieure de justice de l'Ontario de même que la Cour suprême de Colombie-Britannique ont récemment rendu plusieurs décisions dans des dossiers où l'on cherchait à obtenir une ordonnance de rectification pour des raisons d'ordre fiscal.

⁵ *Id.*, par. 55.

⁶ *Id.*, par. 57.

1.2.1. Ontario

1.2.1.1. Affaire 1394943 Ontario inc. c. Roy⁷

Le premier de ces jugements, rendu dans l'affaire 1394943, est intervenu dans les circonstances suivantes. Les défendeurs, anciens actionnaires de la compagnie demanderesse, avaient acquis leurs actions grâce au produit d'un prêt hypothécaire consenti par la compagnie elle-même sur son unique actif, à savoir un immeuble locatif. Ce paiement de la demanderesse en faveur des défendeurs n'avait jamais été inscrit ni rapporté de quelque façon que ce soit dans les livres et les rapports annuels de celle-ci.

À la suite de la vente des actions de la demanderesse, cette dernière a poursuivi ses anciens actionnaires afin qu'ils lui restituent les fonds en question au motif qu'ils avaient été détournés à leur profit. Par voie de demande reconventionnelle, les défendeurs ont requis la rectification de l'acte de vente des actions pour y indiquer que le produit du prêt hypothécaire n'était pas dû à la compagnie, mais bien à ses anciens actionnaires, le tout afin d'éviter l'application éventuelle du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸, lequel entraîne la double imposition des montants que l'actionnaire d'une compagnie s'approprie.

Si elle a refusé d'ordonner le remboursement à la demanderesse de la somme en jeu, la Cour en est tout de même arrivée à la conclusion que ses anciens administrateurs avaient violé leurs obligations fiduciaires. Par conséquent, non seulement la juge Linhares de Sousa a rejeté la demande de rectification des défendeurs, mais elle a condamné de plus les anciens administrateurs à dédommager la demanderesse pour toute conséquence fiscale négative qui aurait pu découler de la violation de leurs obligations⁹.

S'il ne s'agit pas de la situation « classique » de rectification, cette cause demeure d'intérêt en ce qu'elle illustre une solution de rechange à une ordonnance de rectification visant à éviter des conséquences fiscales négatives lorsque la partie qui requiert l'ordonnance est jugée fautive. Ainsi, la Cour a choisi plutôt de lui faire porter le fardeau de tout éventuel impact fiscal de sa « victime ». En effet, nous sommes ici en matière d'ordonnances

⁷ [2009] O.J. n° 922 (Quicklaw) (C.S.J.) (ci-après « 1394943 »).

⁸ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁹ 1394943, précité, note 7, par. 94 et 98.

en *equity*, qui relèvent de la discrétion du juge, et où la maxime *he who seeks equity must do equity* reçoit pleine application¹⁰.

1.2.1.2. Affaire *Winclare Management Services Ltd. c. Procureur général du Canada*¹¹

L'affaire *Winclare* présente une situation maintenant familière. La compagnie requérante a déclaré un dividende en capital. Or, ses comptables se sont trompés dans le calcul de son compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), de sorte que le montant déclaré comme dividende excède le solde du compte. À la suite de la délivrance d'une nouvelle cotisation à l'un de ses actionnaires, la compagnie a cherché à faire rectifier la résolution déclarant le dividende. Le procureur général du Canada, appelé comme intimé, ne s'est pas opposé à la requête, laquelle a donc été accueillie et l'ordonnance demandée a été prononcée.

Ce qui frappe par contre, ce sont les commentaires du juge. En effet, étonné qu'un contribuable doive obtenir une ordonnance de la Cour supérieure dans de telles circonstances, alors que les parties ont toutes convenu qu'une erreur de bonne foi était à la source du problème et que les autorités fiscales ne s'opposaient pas à la demande, le juge Matlow, lors d'une première audition en l'absence des représentants du procureur général, avait suspendu les plaidoiries et ordonné la convocation de ces derniers. Le juge voulait ainsi qu'ils expliquent leur position *viva voce* :

« Counsel for the respondent therefore attended at my request on the continuation of argument on March 23, 2009, and advised me as follows;

- 1) the same facts now placed before the court in the evidence had been accepted by the CRA as being accurate and true;
- 2) a committee of officials of the CRA had examined and considered the situation that had arisen as a result of the error and concluded that the applicants should be entitled to relief from the tax consequences of the error;
- 3) however, neither the Minister nor anyone else had any statutory authority to relieve the applicants of the consequences of the error;

¹⁰ *Sylvan Lake*, précité, note 2, par. 34.

¹¹ [2009] O.J. n° 1580 (Quicklaw) (C.S.J.) (ci-après « *Winclare* »).

- 4) accordingly, because no relief could be granted by the CRA, the applicants' sole avenue for pursuing relief would require them to obtain judgment for rectification of the directors' resolution as sought in this application; and
- 5) this application would not be opposed.

Further, counsel for the respondent confirmed that if judgment for rectification of the resolution were granted, the CRA would grant relief to the applicants¹². » (Notre soulignement)

Peu convaincu par les explications fournies, le juge a conclu ses motifs par un *obiter* sous forme d'éditorial :

« It is unfortunate that no statutory authority presently exists that would have enabled the CRA or its Minister to intervene in this case in the interests of justice without first requiring this merely formal but costly application to be made¹³. »

À l'heure où l'accessibilité à la justice est sur toutes les lèvres, l'élimination du recours à la procédure judiciaire, à tout le moins lorsque le fisc ne conteste pas le droit du contribuable de faire rectifier ou annuler une transaction pour éviter des conséquences fiscales non voulues, et son remplacement par une procédure administrative méritent d'être sérieusement étudiés par les législateurs fédéral et provincial.

1.2.1.3. *Affaire Aim Funds Management Inc. c. Aim Trimark Corporate Class Inc.*¹⁴

L'intérêt juridique des autorités fiscales pour intervenir dans les dossiers de rectification est débattu dans l'affaire *Aim Funds*. Dans ce dossier, les parties tentaient d'obtenir de consentement la rectification de différentes conventions de façon qu'elles reflètent leur intention commune que les coûts de vente déferés associés à des fonds communs de placement soient dus par les investisseurs plutôt que par les fonds, et par conséquent qu'ils soient non assujettis à la taxe sur les produits et services. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») ayant déjà délivré de nouvelles cotisations sur la base des documents originaux, elle voulait intervenir comme partie afin de

¹² *Id.*, par. 9-10.

¹³ *Id.*, par. 13.

¹⁴ [2009] O.J. n° 2408 (Quicklaw) (C.S.J.) (ci-après « *Aim Funds* »).

contre-interroger les témoins et faire des représentations de manière à assurer la tenue d'un débat contradictoire¹⁵.

Alors qu'au Québec la Cour d'appel et la Cour supérieure ont toutes deux déterminé que le fisc « n'avait aucun intérêt à [s']immiscer » dans des procédures judiciaires visant l'obtention d'un jugement déclaratoire ou la rectification de documents, même lorsque les ordonnances recherchées auront des incidences fiscales¹⁶, il n'existait apparemment aucune décision ontarienne ayant tranché la question.

Invoquant le fait que le procureur général était intervenu, sans opposition, dans de nombreux litiges similaires, notamment dans l'affaire *Juliar c. Procureur général du Canada*¹⁷, le protonotaire Dash a décidé de permettre son intervention agressive en l'espèce, jugeant que puisque de nouvelles cotisations avaient été délivrées par l'ARC, celle-ci était créancière de la requérante, et que ces droits étaient donc susceptibles d'être affectés par le jugement à intervenir sur la demande de rectification :

« In my view, once the CRA has made an assessment or re-assessment of tax liability against the applicant it is a creditor of the applicant (subject to being reversed either by reconsideration or by appeal to the Tax Court). As such, it would be negatively affected if the court should rectify the agreements in issue based on an untested and possibly incorrect determination of the original intention of the parties. Of course if the original intention of the parties is properly found to have been to enter into an agreement to govern their affairs so as to avoid tax but they failed to accomplish that in the written documents, and this in turn results in an order to rectify the agreement such that the payment of tax may be avoided, then the MNR would not be entitled to the tax revenue. While I agree that the intentions of the parties to a contract are solely within the knowledge of those parties, the MNR would be negatively affected should those intentions be incorrectly determined by a court because no-one tested the parties' statements as to those intentions. If that were the result, the MNR would not receive the tax revenue to which it may be entitled.

¹⁵ Le procureur général invoquait la règle 13.01 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, qui correspond à l'intervention agressive des articles 208 et 209 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »).

¹⁶ *SMRQ c. Royer-Beauvais*, [1984] C.A. 201, 206 (ci-après « *Royer-Beauvais* »). Voir aussi l'affaire *Canada c. Gestion R.F. & Fils inc.*, R.E.J.B. 2001-26915 (C.S.). Dans ces deux dossiers, rendus en l'absence du procureur général, et ce, alors que le processus d'opposition et d'appel des cotisations suivait son cours usuel, la Cour a rejeté les demandes de rétractation de jugements présentées par les autorités fiscales au motif qu'elles n'avaient pas reçu signification des procédures.

¹⁷ (1999) 46 O.R. (3^e) 104 (C.S.J.) (appel rejeté, (2000) 50 O.R. (3^e) 728 (C.A.); autorisation d'appel refusée, [2000] S.C.C.A. n^o 621 (Quicklaw)) (ci-après « *Juliar* »).

In addition, although “rectification of the agreement” based on the original intentions of the parties is the subject matter of the proceedings, its purpose is to eliminate the liability for tax (which the applicant claims was always the intention). In fact the application for rectification is being brought for the purpose of affecting the applicant’s position with the CRA. As such the MNR has an interest in the subject matter of the application. Further, the MNR has an obligation to assess for tax based on the parties’ true agreement and as such has an interest in the parties’ original intentions¹⁸. » (Notre soulignement)

Or, en droit processuel québécois à tout le moins, il est clair qu’à moins qu’il ne puisse justifier « que lui soit reconnu, contre les parties ou l’une d’elles, un droit sur lequel la contestation est engagée »¹⁹, ou encore qu’il satisfait aux critères de l’action oblique ou en inopposabilité²⁰, un créancier ordinaire, telle l’ARC, n’a pas l’intérêt juridique requis pour intervenir comme partie à un litige²¹. En effet, les tribunaux de droit commun ne peuvent dans le contexte d’un processus déclaratoire reconnaître quelque droit que ce soit aux autorités fiscales puisque, comme le notait le juge Turgeon dans l’affaire *Royer-Beauvais*, la Cour supérieure « n’[a] pas la juridiction pour solutionner le litige fiscal existant entre [le contribuable] et le sous-ministre du Revenu », litige qui relève plutôt de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l’impôt ou encore de la Cour du Québec²².

¹⁸ *Aim Funds*, précité, note 14, par. 19-20.

¹⁹ Art. 209 C.p.c.

²⁰ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1627 à 1636 (ci-après « C.c.Q. »).

²¹ Le procureur général pourrait par contre intervenir pour faire des représentations à l’audience en vertu de l’article 211 C.p.c., ou encore comme partie selon l’article 99 C.p.c. si « l’instance [touche] l’application d’une disposition d’ordre public ». Voir à ce sujet l’affaire *Apotex Inc. c. Procureur général du Québec*, J.E. 2007-2049 (C.A.) (autorisation d’appel refusée, 10 avril 2008, C.S.C. n° 32396).

²² Précité, note 16, 206. Par contre, tel que l’auteur l’a déjà expliqué ailleurs, l’application de ce principe dans l’affaire *Royer-Beauvais* peut être remise en question, compte tenu de l’arrêt *La Reine c. The J.B. and Sons Co. Ltd.*, [1970] R.C.S. 220, rendu par la Cour suprême du Canada. En effet, dans l’affaire *Royer-Beauvais*, le jugement déclaratoire obtenu de la Cour supérieure tranchait une question qui se situait au cœur même du litige relevant de la compétence exclusive des tribunaux siégeant en matière fiscale. La procédure choisie par le contribuable avait donc pour effet de court-circuiter le processus d’appel des cotisations (pour une analyse plus poussée, voir Mathieu BOUCHARD, « La rectification de contrats en droit québécois : mythes, réalités et applications pratiques », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 38:1-22, aux pages 38:17-21).

Cela étant, une pratique s'est développée ces dernières années, même au Québec, selon laquelle les autorités fiscales sont mises en cause dans de telles procédures, en particulier lorsque des cotisations ont déjà été émises²³. Cela permet un débat complet, en particulier lorsque les parties privées s'entendent sur les conclusions recherchées. En permettant au fisc d'intervenir, on s'assure de la tenue d'un véritable débat judiciaire. C'est ce que le protonotaire Dash paraissait avoir en tête dans l'affaire *Aim Funds* :

« Where the parties to the application have a commonality of interest in seeing that rectification is granted, and none of the named respondents are adverse in interest, there would be no-one to test the record. In my view the AGC is a necessary and proper party in that situation to test the stated common intentions of the parties at the time of the original agreement and to ensure that all necessary information is before the court. The role of the AGC is to test whether the rectification sought is truly a correction of a mistake made in the original agreement that failed to carry out the parties' common intent to arrange their affairs in a manner that would legitimately avoid taxes, rather than retroactive tax planning, such that history is re-written to obtain a more favourable tax treatment under the guise of rectification. Only with the participation of the AGC could the applications judge decide the matter based on "convincing evidence" on a "stringent" standard of proof. The MNR of course will not get a windfall if rectification is refused because the court declined to accept the parties' stated original intentions—it will in such circumstances only be paid taxes that are owed. If rectification is granted, then the MNR will reassess its position based on the new language of the agreements, and any continued dispute will be resolved by the Tax Court²⁴. » (Notre soulignement)

Le protonotaire Dash a ajouté que le droit de contestation du procureur général doit inclure la possibilité de contre-interroger les témoins²⁵. Toutefois, il a suggéré de limiter les situations où le fisc est autorisé à intervenir aux cas où 1) des cotisations ont été déjà délivrées sur la base des écrits en cause et 2) les parties à la requête consentent toutes à l'ordonnance

²³ Voir, pour des exemples récents, les affaires *Vigneault, Lachance & Associés inc. c. Vigneault, Lachance services financiers inc.*, EYB 2008-137135 (C.S.) (ci-après « *Vigneault* »); *Chabot c. Chabot & Audet inc.*, [2008] J.Q. n° 2169 (Quicklaw) (C.S.) (ci-après « *Chabot* ») et *Brochu c. Les Placements Donald Brochu inc.*, EYB 2007-128548 (C.S.) (ci-après « *Brochu* »). D'après la jurisprudence analysée par le protonotaire Dash dans l'affaire *Aim Funds*, précité, note 14, par. 10-18, il semble que cette pratique soit aussi suivie dans les autres provinces.

²⁴ *Aim Funds*, précité, note 14, par. 22.

²⁵ *Id.*, par. 23.

recherchée « such that there would be no adverse party testing the assertions of the parties as to their common intentions »²⁶.

1.2.1.4. Affaire *TCR Holding Corp. c. Ontario*²⁷

Dans l'affaire *TCR Holding*, la requérante voulait faire annuler judiciairement une fusion intervenue en 2008 entre elle et trois de ses filiales au motif qu'elle avait été conclue par erreur. En effet, la requérante était de ce fait devenue sans le vouloir caution d'un billet à ordre consenti huit ans auparavant par l'une des ses filiales, 1420846 Ontario Inc. (ci-après « 1420846 »), au mis en cause dans le cadre du rachat d'une entreprise désormais en faillite.

Si la fusion de la requérante avec deux des trois filiales avait été effectuée à des fins fiscales pour permettre l'utilisation des pertes de la première afin de réduire les gains des secondes, il était clairement établi que l'inclusion de 1420846 dans cette transaction visait exclusivement à éliminer ce que le comptable de la requérante croyait être une « coquille vide ». En aucun cas la requérante n'entendait assumer ses obligations.

Le mis en cause, bénéficiaire de la caution, s'opposait à la requête puisque la récente fusion lui accordait providentiellement une garantie solvable pour sa créance. Quant aux autorités fiscales, elles s'en remirent à la discrétion du tribunal.

Se fondant sur les jugements rendus dans l'affaire *Juliar*²⁸, le juge Newbould a « rectifié » la transaction en l'annulant purement et simplement. Il a ajouté, au sujet d'un possible préjudice à des tiers :

« No one will be prejudiced by an order setting aside the amalgamation. No taxes will be avoided and the only impact in cancelling the amalgamation will be the deferral by TCR and the other amalgamating corporations other than 846 of the realization of certain tax benefits. The Director under the OBCA does not oppose the order sought.

With respect to the intervenors, there will be no prejudice in the sense that they will lose something to which they were entitled. The covenant of TCR was never bargained for and would be a windfall if the amalgamation were not set

²⁶ *Id.*, par. 24.

²⁷ [2009] O.J. n° 3430 (Quicklaw) (C.S.J.) (ci-après « *TCR Holding* »).

²⁸ Précité, note 17.

aside. I share the view of Farley J. in *Re: GT Group Telecom Inc.* (2004), 5 CBR (5th) 230 that it would be inappropriate for a party, in that case the CCRA, to claim a windfall benefit which arose through an inadvertent mistake²⁹. » (Notre soulignement)

Les civilistes noteront que ce jugement correspond à l'ordonnance d'annulation d'un contrat pour cause de vice de consentement en vertu de l'article 1407 C.c.Q. plutôt que de la rectification proprement dite de l'écrit, laquelle ne vise en droit québécois qu'une erreur de forme³⁰. Cette confusion dans le vocabulaire utilisé souligne à quel point les plaideurs québécois doivent faire preuve de circonspection lorsqu'ils citent la jurisprudence du reste du pays dans ce domaine. En d'autres mots, la similarité des termes n'emporte pas nécessairement l'adéquation des concepts³¹.

1.2.2. Colombie-Britannique

De la côte du Pacifique, deux jugements de première instance portent sur la rectification de contrats en raison d'impacts fiscaux non voulus par les parties. Pourtant ces jugements ayant été rendus à un mois d'intervalle, les juges en sont arrivés à des conclusions diamétralement opposées. Or, ce qui semble avoir joué contre la contribuable concernée dans la première cause est l'absence de preuve d'une intention claire des parties de structurer la transaction visée de façon à atteindre un certain résultat fiscal, preuve qui demeure donc essentielle en la matière.

1.2.2.1. Affaire *Dowad c. Dowad*³²

L'affaire *Dowad* découle des conséquences fiscales non prévues du partage du patrimoine familial dans le cadre d'un divorce. Les parties avaient ainsi convenu que l'ex-époux transfère son sixième des actions de sa compagnie à une compagnie détenue par son ex-épouse, à la suite de quoi la compagnie de l'ex-époux rachèterait ces actions, le tout afin de procurer des liquidités à l'ex-épouse et de s'assurer de maintenir le contrôle de l'ex-époux sur sa compagnie.

²⁹ *TCR Holding*, précité, note 27, par. 32-33.

³⁰ Voir M. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 1.

³¹ *Richmond (Ville) c. Canada*, [2007] A.C.I. n° 297 (Quicklaw), par. 37-40.

³² [2009] B.C.J. n° 919 (Quicklaw) (C.S.) (ci-après « *Dowad* »).

Malheureusement pour le couple, leurs conseillers respectifs ne considèrent pas les impacts fiscaux de cette entente, et en particulier la Partie IV L.I.R., en vertu de laquelle la compagnie de l'épouse devenait redevable à la suite du rachat des actions d'un impôt de 161 864 \$, alors que la compagnie de l'époux avait droit à un remboursement au même montant dans son compte d'impôt en main remboursable au titre de dividendes.

Ayant allégué que son ex-époux et sa compagnie avaient obtenu un bénéfice de 161 864 \$ au détriment de sa compagnie, l'ex-épouse réclamait le remboursement du montant d'impôt en question ou, alternativement, une ordonnance rectifiant ou rétractant l'entente de partage au motif de l'erreur des parties quant à ses conséquences fiscales. Les intimés s'opposaient à ces demandes en invoquant l'absence d'erreur sur l'entente de partage elle-même, qui était conforme à l'intention des parties, ajoutant que de toute façon les requérantes auraient éventuellement dû payer le montant d'impôt en question.

La juge Satanove a d'abord rappelé les critères stricts qu'une partie à un contrat doit respecter pour obtenir son annulation, à savoir que l'erreur doit porter sur un de ses aspects fondamentaux :

« It is not just any mistake that will void a contract or give rise to rectification. For a mistake to attract relief at common law, the misapprehension must be fundamental (Solle v. Butcher, [1949] 2 All E.R. 1107 (K.B.); Associated Japanese Bank (International Limited) v. Credit du Nord S.A., [1988] 3 All E.R. 902 (Q.B.); McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. (1971), 22 D.L.R. (3d) 9, [1971] 3 O.R. 801 (H.C.J.)).

“Fundamental” in this sense has been defined as sufficient to “render the subject matter of the contract essentially and radically different from the subject matter which the parties believe to exist” (*McLeod v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1456 at para. 8, [1997] 1 C.T.C. 2515, quoting from *Associated Japanese Bank*)³³. » (Notre soulignement)

Le test retenu est fort similaire à celui qui est appliqué au Québec sous l'article 1400 C.c.Q., lequel prévoit que « [l]'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elle lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement »³⁴.

³³ *Id.*, par. 9-10.

³⁴ Voir l'affaire *Cayer c. Martel*, J.E. 95-2071 (C.A.), p. 5 et l'affaire *Morin-Légaré c. Légaré*, [2002] J.Q. n° 3563 (Quicklaw) (C.A.), par. 77-85.

Dans le cas présent, la juge Satanove a rejeté la requête de l'ex-épouse, ayant établi qu'une erreur sur les conséquences fiscales d'une entente de partage ou encore l'ignorance de ces mêmes conséquences par les parties et leurs conseillers juridiques et financiers au moment de conclure la transaction ne constituait pas une erreur portant sur l'une de ses conditions importantes ou essentielles :

« It appears from the above cases, there is good authority for finding that where the parties are under no mistake as to how an agreed transaction will be executed, but only as to the tax consequences that flow from it, the doctrine of mistake will not apply³⁵. » (Notre soulignement)

La Cour a cité, entre autres, le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *771225 Ontario Inc. c. Bramco Holdings Co. Ltd.*³⁶, sans qu'aucune mention ne soit faite de l'affaire *Juliar*³⁷ ni des jugements qui l'ont suivie³⁸. En effet, il semble que cette jurisprudence n'ait pas été portée à son attention par les parties. Or, dans l'affaire *Juliar*, l'erreur qui justifia la rectification ordonnée portait précisément sur les conséquences fiscales imprévues de la transaction, ce qui suscita d'ailleurs le commentaire suivant de la Cour d'appel :

« The appellant quarrels with the finding of fact that "it was the intention of the Juliaris that the transactions would not trigger an immediate obligation to pay income tax." The appellant argues that this finding "was based more on an inference than on clear, direct, and admissible evidence."

This latter is a fair comment. It is possible, even probable, that no one mentioned income tax throughout the nine or 10 months in issue. The plain and obvious fact, however, is that the proposed division had to be carried out on a no immediate tax basis or not at all³⁹. » (Notre soulignement)

De la même façon, dans l'affaire *B.E.A. Holdings Inc. c. Trafsys Inc.*⁴⁰, la Cour supérieure du Québec avait d'abord rejeté la demande d'annulation

³⁵ *Dowad*, précité, note 32, par. 16.

³⁶ (1995) 21 O.R. (3^e) 739 (C.A.) (autorisation d'appel refusée, [1995] S.C.C.A. n° 147 (Quicklaw)).

³⁷ Précité, note 17.

³⁸ Voir, par exemple, l'affaire *QL Hotel Service Ltd. c. Minister of Finance*, (2008) 90 O.R. (3^e) 760 (C.S.J.).

³⁹ *Juliar*, précité, note 17, jugement de la Cour d'appel, par. 26-27.

⁴⁰ J.E. 2003-1102 (C.S.) (appel accueilli, C.A. Montréal, n° 500-09-013408-034, 12 février 2004, j. Dufresne (ci-après « *B.E.A. Holdings* »)).

du contrat au motif que l'erreur des parties portait exclusivement sur les conséquences fiscales de la transaction visée :

« Les parties en l'espèce ont librement structuré les contrats dont ils ont convenu pour régler leur problème de gouvernance. L'erreur invoquée par la requérante pour demander l'annulation des contrats ne porte pas sur l'objet des ententes, ni même sur l'impossibilité de réaliser l'objectif visé par celles-ci, mais sur les conséquences fiscales non anticipées attribuables, selon la requérante, aux conseils des professionnels consultés.

Le motif invoqué pour l'annulation de la Transaction ne peut, dans les circonstances de l'espèce, être retenu. Il faut écarter la demande d'annulation de la vente d'actions⁴¹. » (Notre soulignement)

L'appel de ce jugement fut accueilli et, à l'image de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Juliar*, le plus haut tribunal du Québec reconnaissait dans ses motifs qu'une erreur sur les conséquences fiscales d'une transaction, visant par ailleurs un autre objet qui, lui, est réalisé, est susceptible de « port[er] sur un élément essentiel du consentement », et donc de donner lieu à l'annulation du contrat⁴².

Ce qui paraissait faire défaut dans l'affaire *Dowad*⁴³, c'est une preuve convaincante de la part de l'ex-épouse qu'au moment de la conclusion de l'entente de partage du patrimoine familial, les parties n'avaient pas souhaité les conséquences fiscales qui se matérialisèrent par la suite, viciant leur consentement, ou à tout le moins la preuve d'éléments qui auraient permis à la Cour d'inférer une telle intention. C'est donc dans ce contexte particulier que devrait être lu et compris le passage cité précédemment tiré des motifs de la juge Satavone, plutôt que comme une remise en question d'une jurisprudence maintenant bien établie.

1.2.2.2. Affaire *Fraser Valley Refrigeration (Re)*⁴⁴

Quelques semaines après l'affaire *Dowad*, la même Cour en est arrivée au résultat inverse dans l'affaire *Fraser Valley*. Le juge Masuhara, s'étant appuyé notamment sur les jugements rendus dans l'affaire *Juliar*⁴⁵, y a

⁴¹ *Id.*, jugement de la Cour supérieure, par. 39-40.

⁴² *Id.*, jugement de la Cour d'appel, par. 3.

⁴³ Précité, note 32.

⁴⁴ [2009] B.C.J. n° 1267 (Quicklaw) (C.S.) (ci-après « *Fraser Valley* »).

⁴⁵ Précité, note 17.

ordonné la rectification de factures délivrées par la requérante de sorte que les transactions en question ne soient plus assujetties à la taxe pour les services sociaux de la Colombie-Britannique. En effet, bien que la requérante et ses clients aient eu l'intention de bénéficier de l'exemption de taxe sur la vente d'équipement à des exploitations agricoles, les mentions requises par la loi à cet effet avaient été omises des factures, d'où la requête.

Après avoir rappelé les principes généraux applicables en matière de rectification en common law, et contrairement à la juge Satanove dans l'affaire *Dowad*⁴⁶, le juge Masuhara, ayant cité les jugements de la Cour suprême de Colombie-Britannique dans les affaires *Re Razzaq Holdings Ltd.*⁴⁷, *Re Prospera Credit Union*⁴⁸ et *Snow White Productions Inc. c. PMP Entertainment Inc.*⁴⁹, a conclu que la rectification est permise lorsque l'erreur des parties porte sur les conséquences fiscales d'une transaction⁵⁰.

Les autorités fiscales provinciales ont bien tenté de s'opposer à la demande en invoquant un changement dans la jurisprudence à la suite du récent arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shafron*⁵¹. Le gouvernement prétendait ainsi que la preuve de la commune intention des parties n'était plus suffisante pour donner ouverture à une ordonnance de rectification. Or, comme le juge Masuhara l'a souligné, la Cour suprême n'a pas écarté la notion de commune intention, mais elle a plutôt rappelé que la rectification n'est pas permise lorsque l'intention des parties n'a jamais été exprimée auparavant ou encore lorsqu'elle était purement interne (*in their « inner minds »*)⁵².

En l'espèce, il avait été prouvé que la volonté tant de la requérante que de ses clients était de bénéficier de l'exemption prévue à la loi. D'ailleurs, la taxe pour les services sociaux n'avait pas été facturée à la requérante ni perçue par elle sur aucune des ventes en litige. Comme l'écrit le tribunal :

⁴⁶ Précité, note 32.

⁴⁷ (2000) 11 B.L.R. (3^e) 157 (C.S.C.B.).

⁴⁸ (2002) 32 B.L.R. (3^e) 145 (C.S.C.B.).

⁴⁹ (2004) 46 B.L.R. (3^e) 283 (C.S.C.B.).

⁵⁰ *Fraser Valley*, précité, note 44, par. 26 et 39.

⁵¹ Précité, note 3.

⁵² *Fraser Valley*, précité, note 44, par. 35.

« In tax cases rectification is granted to rectify documents that are inconsistent with the expressed and agreed tax intent of the parties to a contract. Intent is relevant, because where intent is common and continuing it forms a part of the true agreement between the parties to a contract⁵³. » (Notre soulignement)

Cela étant, la Cour d'appel ontarienne dans l'affaire *Juliar* semblait reconnaître la possibilité d'obtenir une ordonnance de rectification même lorsqu'il était reconnu que les conséquences fiscales d'une transaction n'avaient pas été discutées durant les négociations⁵⁴. Il restera à voir ce qu'il adviendra de cette possibilité maintenant que la Cour suprême du Canada insiste sur la nécessité d'une preuve de volonté externe clairement exprimée. D'une façon ou d'une autre, et comme l'illustre *a contrario* l'affaire *Dowd*⁵⁵, il est impératif pour les parties qui cherchent à obtenir la rectification d'un contrat de faire une preuve convaincante de leurs intentions telles qu'elles existaient au moment des négociations quant aux conséquences fiscales de la transaction ou de l'écrit à modifier.

2. QUÉBEC

Deux décisions ont retenu l'attention au cours de la dernière année au Québec, l'une offrant un exemple d'annulation de résolution déclarant un dividende et la seconde une rectification des écrits constatant une transaction. Dans un cas comme dans l'autre, les tribunaux se montrent ouverts à ce mécanisme comme « soupape de sûreté » en cas d'erreur dans la conception ou la réalisation d'une opération commerciale ayant d'importantes conséquences fiscales.

2.1. AFFAIRE *FELIX & NORTON INTERNATIONAL INC. C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA*⁵⁶

Un peu comme dans l'affaire ontarienne *Winclare*⁵⁷, la compagnie requérante dans l'affaire *Felix & Norton*, s'étant fiée sur les calculs effectués par ses comptables, avait versé des dividendes en capital à ses deux actionnaires pour la somme totale de 950 000 \$. Or, n'étant pas remontés dans le temps au-delà de l'année 2000, les comptables avaient omis de

⁵³ *Id.*, par. 41.

⁵⁴ *Juliar*, précité, note 17, jugement de la Cour d'appel, par. 27.

⁵⁵ Précité, note 32.

⁵⁶ J.E. 2009-710 (C.S.) (ci-après « *Felix & Norton* »).

⁵⁷ Précité, note 11.

considérer une importante perte en capital survenue en 1999, de sorte que le solde du CDC se limitait à 750 000 \$. Dès lors, en vertu du paragraphe 184(2) L.I.R., la requérante faisait face à un impôt au taux de 75 % sur la différence, pour un montant de 150 000 \$, alors que l'intention de toutes les parties concernées était clairement le versement de dividendes sans impact fiscal.

Bien que s'étant prévalu du paragraphe 184(3) L.I.R., transformant l'excédent en un dividende imposable entre les mains des actionnaires (ce qui entraînait tout de même le prélèvement d'un impôt de 60 000 \$), la requérante s'adressa à la Cour supérieure pour faire annuler les versements en question. Si l'ARC s'en remettait à la discrétion du tribunal, Revenu Québec s'opposait à l'ordonnance recherchée aux motifs que la Cour supérieure n'avait pas compétence pour prononcer l'annulation de la résolution en cause et que le paragraphe 184(3) L.I.R. offrait aux contribuables touchés la seule mesure de réparation en l'espèce.

Cette prise de position de Revenu Québec remettait ni plus ni moins en cause l'ensemble des ordonnances rendues à ce jour par les tribunaux québécois en de telles matières. Revenu Québec prétendait d'ailleurs que puisque les affaires *Ambulances 2000 inc. c. Vézeau*⁵⁸, *Sojesfam inc. c. Agence du revenu du Canada*⁵⁹ et *Vigneault*⁶⁰ avaient toutes été entendues *ex parte*, en l'absence des représentants du fisc, elles ne constituaient pas des précédents valables.

Soulignons d'abord que si le jugement dans l'affaire *Ambulances 2000* fut effectivement rendu *ex parte*, l'ARC était intimée dans l'affaire *Sojesfam* alors que, dans l'affaire *Vigneault*, le procureur général du Canada et le sous-ministre du Revenu du Québec avaient été mis en cause, mais qu'ils avaient choisi de ne pas s'opposer à la demande du contribuable⁶¹.

⁵⁸ 2006 QCCS 7963, C.S. Iberville, n° 755-17-000670-060, 6 décembre 2006, j. Roy (ci-après « *Ambulances 2000* »).

⁵⁹ C.S. Montréal, n° 500-17-037208-074, 17 décembre 2007, j. Zerbisias (ci-après « *Sojesfam* »).

⁶⁰ Précité, note 23.

⁶¹ Les autorités fiscales adoptèrent la même position dans l'affaire *Brochu*, précité, note 23, à laquelle le juge Sénécal a d'ailleurs fait référence au paragraphe 21 de ses motifs dans l'affaire *Felix & Norton*, précité, note 56.

Cela étant, la position prise par Revenu Québec n'a en rien convaincu le juge Sénécal. Celui-ci, après avoir passé en revue les jugements rendus en semblables matières, notamment l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *B.E.A. Holdings*⁶², et avoir souligné les motifs élaborés rendus dans plusieurs d'entre eux, a rejeté l'argument de Revenu Québec et réaffirmé le pouvoir de la Cour supérieure d'annuler une transaction lorsque le consentement des parties est entaché d'une erreur quant à son impact fiscal :

« Les tribunaux n'ont donc jamais hésité à annuler des contrats ou résolutions d'une compagnie afin de faire respecter l'intention initiale des parties, du moment qu'il ne s'agissait pas de cas où les parties n'avaient pas tenu compte des conséquences fiscales pour ensuite tenter d'y remédier subséquemment à la cotisation⁶³. » (Notre soulignement)

Le juge Sénécal a souligné au passage que les deux gouvernements reconnaissaient déjà ce pouvoir des tribunaux de droit commun dans leurs bulletins d'interprétation des lois fiscales⁶⁴, ce qui rendait la position défendue par Revenu Québec en l'instance d'autant plus inexplicable.

Quant à l'argument voulant que la réparation offerte par le paragraphe 184(3) L.I.R. soit la seule permise, le tribunal est d'avis contraire. En effet, si cette disposition offre une « porte de sortie » au contribuable qui a commis une erreur, celle-ci « ne prétend pas par ailleurs écarter le droit civil, en l'occurrence les motifs d'annulation pouvant être invoqués devant les tribunaux pour empêcher la déclaration du dividende d'être valide »⁶⁵.

Le juge Sénécal a établi une distinction avec l'affaire *SMRQ c. 3199959 Canada inc.*⁶⁶, où la Cour d'appel avait refusé la permission à un contribuable d'avoir recours aux notions d'enrichissement injustifié et de répétition de l'indu pour obtenir le remboursement de montants payés à titre de taxe de vente du Québec. En effet, des dispositions de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*⁶⁷ et de la *Loi sur le ministère du Revenu*⁶⁸ interdisaient

⁶² Précité, note 40.

⁶³ *Felix & Norton*, précité, note 56, par. 24.

⁶⁴ *Id.*, par. 25.

⁶⁵ *Id.*, par. 28.

⁶⁶ [2007] R.J.Q. 2187 (C.A.) (ci-après « 3199959 »).

⁶⁷ L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

⁶⁸ L.R.Q., c. M-31 et mod.

expressément tout remboursement en de telles circonstances, supplantant dès lors les règles du droit civil qui auraient autrement pu recevoir application⁶⁹. Or, en matière de dividendes en capital, loin de constituer un « code complet », l'article 503.0.1 du *Règlement sur les impôts*⁷⁰ renvoie simplement aux règles fédérales applicables, lesquelles n'excluent ni explicitement ni implicitement le droit civil⁷¹.

Ce faisant, le tribunal rappelle le rôle que joue le droit civil en de telles matières ainsi que la portée réelle de l'ordonnance d'annulation recherchée :

« En réalité, ce dont il s'agit ici, ce n'est pas l'application des règles civilistes à un litige fiscal, mais l'application du droit civil à un acte juridique en vue de conclure à la nullité de l'acte. Ce n'est que par incidence que l'annulation de celui-ci a des conséquences pour le ministère du Revenu : s'il n'y a plus d'acte juridique, les conséquences fiscales de l'acte n'existe plus⁷². » (Notre soulignement)

Quant au bien-fondé de la demande, le juge Senécal écrit que, bien qu'une déclaration de dividendes constitue un acte juridique unilatéral, et non un contrat, elle exige tout de même pour être valide le consentement éclairé des administrateurs de la compagnie. Partant, un vice qui altère ce consentement pourra emporter la nullité de la résolution⁷³. En l'espèce, une telle preuve a été faite, le consentement des administrateurs ayant été vicié par l'erreur commise de bonne foi par leurs comptables, et cette erreur portant sur une condition essentielle du versement des dividendes, à savoir qu'ils se limitent au solde du CDC⁷⁴.

⁶⁹ 3199959, précité, note 66, par. 47-54.

⁷⁰ R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

⁷¹ *Felix & Norton*, précité, note 56, par. 42.

⁷² *Id.*, par. 40.

⁷³ *Id.*, par. 29-30 et 34.

⁷⁴ *Id.*, par. 43-51. Le juge Senécal note que les autorités fiscales ne tiennent pas de comptabilité des CDC et que suivant la *Circulaire d'information 70-6R5* (AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 70-6R5*, « Décisions anticipées en matière d'impôt sur le revenu », 27 juin 2003, par. 15g), il est impossible d'obtenir une décision anticipée « lorsque la question se rapporte au calcul de l'impôt (par exemple, le montant d'impôt en main remboursable au titre de dividendes à un moment précis) ».

Fait rassurant à noter pour les contribuables, cette décision semble s'écarter du jugement rendu l'an dernier dans l'affaire *Chabot*⁷⁵, alors que le juge Castonguay avait refusé de déclarer nulles deux conventions d'achat par roulement d'actions au motif, entre autres, que les tribunaux n'annulaient pas les transactions conclues aux seules fins fiscales lorsqu'elles emportaient des conséquences négatives imprévues ou non voulues⁷⁶. En effet, le juge Senécal souligne que « l'erreur a été commise à l'égard de ce qui constituait le fondement même de ce qui justifiait la résolution et le versement du dividende »⁷⁷, à savoir qu'il est versé libre d'impôt. Le jugement qu'il a rendu, qui prononçait la nullité de la résolution dans de telles circonstances, nous apparaît en ce sens conforme aux enseignements de la Cour d'appel dans l'affaire *B.E.A. Holdings*⁷⁸, dont la portée semblait avoir été limitée par l'affaire *Chabot*.

2.2. AFFAIRE SERVICES ENVIRONNEMENTAUX AES INC. C. AGENCE DU REVENU DU CANADA⁷⁹

Les motifs rendus par la juge Borenstein dans l'affaire *Services environnementaux AES* sont succincts, mais on devine que les parties à une entente de réorganisation par le biais d'un échange d'actions selon les articles 86 L.I.R. et 541 à 543 de la *Loi sur les impôts*⁸⁰ s'étaient trompées dans l'établissement du prix de base rajusté des actions remaniées. Elles tentaient ainsi d'obtenir un jugement déclaratoire rectifiant de façon rétroactive les écrits ayant constaté la transaction afin que leur intention de différer le paiement d'impôts soit respectée, ce à quoi l'ARC et Revenu Québec s'opposaient, arguant que la Cour supérieure n'avait pas le pouvoir d'ordonner une « rectification » au sens où les tribunaux de common law l'entendent depuis l'affaire *Juliar*⁸¹.

⁷⁵ Précité, note 23.

⁷⁶ L'auteur a critiqué cette décision dans ce même cadre l'an dernier. Voir M. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 1.

⁷⁷ *Felix & Norton*, précité, note 56, par. 49.

⁷⁸ Précité, note 40.

⁷⁹ EYB 2009-155312 (C.S.) (ci-après « *Services environnementaux AES* »).

⁸⁰ L.R.Q., c. I-3 et mod.

⁸¹ Précité, note 17.

S'appuyant principalement sur les analyses faites par la Cour supérieure dans l'affaire *Brochu*⁸² et par la Cour du Québec dans l'affaire *Imperial Tobacco Canada Ltée c. SMRQ*⁸³, la juge Borenstein a conclu qu'elle avait le pouvoir de prononcer l'ordonnance recherchée. Elle permettait donc aux parties de corriger avec effet rétroactif les écrits en question et les a déclarés opposables aux autorités fiscales.

Bien que la solution retenue soit conforme à ce qui se fait maintenant couramment à l'extérieur du Québec, les fondements juridiques d'une telle ordonnance en droit civil sont fragiles. D'ailleurs, dans l'affaire *Brochu*, les faits particuliers de la cause permettaient de justifier l'ordonnance de rectification prononcée comme l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui annule un contrat et ordonne la remise en état des parties de moduler cette dernière afin d'éviter qu'un préjudice ne leur soit causé, selon le second alinéa de l'article 1699 C.c.Q.⁸⁴ Compte tenu du peu de détails donnés en l'instance, il est impossible de conclure si le même raisonnement aurait pu s'appliquer en l'espèce, ou encore si une simple annulation de la transaction avec restitution des prestations aurait suffi.

CONCLUSION

Champ d'études fascinant, où les notions de droit fiscal imprègnent et influencent l'évolution de concepts de common law et de droit civil, celui-ci est apparemment devenu ces dernières années la chasse gardée des tribunaux d'instance, aucune décision d'importance n'ayant été rendue par les cours d'appel depuis les affaires *Juliar* en 2000 et *B.E.A. Holdings* en 2004, et la Cour suprême du Canada ne s'étant jamais penchée sur la question. Pourtant, leur intervention pourrait être bénéfique afin d'assurer une meilleure cohérence théorique aux décisions rendues, sans compter que la prévisibilité du droit y aurait tout à gagner.

⁸² Précité, note 23.

⁸³ J.E. 2006-2188 (C.Q.).

⁸⁴ Voir M. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 1. Toutefois, comme l'a souligné la Cour d'appel dans l'affaire *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, [2009] R.J.Q. 54 (C.A.), aux paragraphes 36 à 40, ce pouvoir demeure « exceptionnel ».

RÉGIMES ENREGISTRÉS AU DÉCÈS



Hélène Marquis

Avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Conseillère principale
en planification
Financière Sun Life



Serge Lessard

Avocat, Pl. Fin., FLMI
Transamerica Vie Canada



Natalie Hotte

D. Fisc., Pl. Fin.,
expert-conseil
Banque Nationale Gestion privée 1859
Financière Banque Nationale inc.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (HÉLÈNE MARQUIS)

REÉR, FERR, rentes : je roule, je ne roule pas?

INTRODUCTION.....	32:7
1. GÉNÉRALITÉS.....	32:7
2. RÉGIMES MATRIMONIAUX – PATRIMOINE FAMILIAL – SUCCESSION.....	32:10
2.1. DÉTERMINER QUI HÉRITE DES BIENS DU RÉGIME – BIGAMIE FISCALE.....	32:10
2.2. EFFECTUER LES DIVERSES ÉTAPES DU PARTAGE DES BIENS MATRIMONIAUX.....	32:11
2.3. TRANSMETTRE LA SUCCESSION.....	32:12
2.3.1. Désignation de bénéficiaire.....	32:12
2.3.2. Testament.....	32:13
3. RÈGLE FISCALE DE BASE.....	32:15
3.1. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE AVANT ÉCHÉANCE.....	32:15
3.1.1. Le revenu accumulé après le décès.....	32:18
3.1.2. Les pertes accumulées après le décès.....	32:19
3.2. RÉDUCTION DE L'IMPÔT DU RENTIER DÉCÉDÉ – TRANSFERT DIRECT.....	32:21
3.2.1. Transfert direct à l'époux ou au conjoint de fait survivant.....	32:21
3.2.2. Prestation du REÉR réputée reçue par le liquidateur.....	32:22
3.2.3. Désignation de bénéficiaire ou legs en faveur d'une fiducie exclusive au conjoint.....	32:25
3.2.4. Transfert à l'enfant ou au petit-enfant financièrement à charge.....	32:26
3.2.5. Transfert à l'enfant majeur handicapé.....	32:28
4. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE APRÈS ÉCHÉANCE.....	32:28
4.1. LE REÉR ÉCHU.....	32:29
4.2. LE CONTRAT DE RENTE ENREGISTRÉ.....	32:30
4.2.1. Arrérages de rente servis au conjoint survivant.....	32:31
4.2.2. Rente commuée payée au bénéficiaire.....	32:31
4.3. LE FONDS DE REVENU DE RETRAITE.....	32:32

4.3.1.	Décès du rentier d'un FERR – Règle fiscale de base	32:32
4.3.2.	Réduction de l'impôt du rentier décédé – Transfert direct	32:32
4.3.3.	Paiement effectué à un bénéficiaire ou à la succession	32:35
4.3.4.	Le revenu accumulé et les pertes réalisées après le décès.....	32:35
5.	LES RÉGIMES ACCESSOIRES.....	32:35
5.1.	RÉGIME D'ACCESSION À LA PROPRIÉTÉ.....	32:36
5.2.	RÉGIME D'ENCOURAGEMENT À L'ÉDUCATION PERMANENTE.....	32:36
	CONCLUSION	32:36
	ANNEXE.....	32:38

PARTIE B (SERGE LESSARD)

CRI, REÉR immobilisés et FRV au décès

	INTRODUCTION.....	32:43
1.	MISE EN SITUATION.....	32:43
2.	QUE SONT LES CRI ET LES FRV?.....	32:44
2.1.	COMMENTAIRES SUR LE RREGOP	32:46
2.2.	COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES	32:47
3.	AU DÉCÈS, UN CRI ET UN FRV PEUVENT-ILS ÊTRE VERSÉS À LA SUCCESSION, À UN BÉNÉFICIAIRE OU À QUI L'ON VEUT?	32:48
3.1.	LE CONJOINT A PRIORITÉ	32:49
3.2.	EN L'ABSENCE DE CONJOINT.....	32:49
3.3.	APPLICATIONS DE LA RÈGLE	32:50
3.4.	COMMENTAIRES SUR LE RREGOP	32:51
3.5.	COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES	32:52
4.	QUELLE EST LA DÉFINITION DE CONJOINT AU SENS DES RÉGIMES DE RETRAITE?.....	32:52
4.1.	COMMENTAIRES SUR LE RREGOP	32:53
4.2.	COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES	32:53
5.	UN CONJOINT ADMISSIBLE PEUT-IL RENONCER D'AVANCE À LA PRESTATION EN CAS DE DÉCÈS PRÉVUE AU CRI ET AU FRV?	32:54

5.1.	COMMENTAIRES SUR LE RREGOP	32:55
5.2.	COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES	32:55
6.	LA PRESTATION DE DÉCÈS DU CRI ET DU FRV VERSÉE AU CONJOINT EST-ELLE IMMOBILISÉE?	32:56
6.1.	COMMENTAIRES SUR LE RREGOP	32:56
6.2.	COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES	32:57
7.	LE CRI ET LE FRV SONT-ILS INCLUS DANS LE PATRIMOINE FAMILIAL AU DÉCÈS?	32:57
7.1.	COMMENTAIRES SUR LE RREGOP	32:61
7.2.	COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES	32:62
8.	LES CRI ET FRV ET LEURS PRESTATIONS DE DÉCÈS SONT-ILS INSAISSABLES?	32:62
8.1.	MISE EN GARDE	32:63
8.2.	COMMENTAIRES SUR LE RREGOP	32:64
8.3.	COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES	32:64
9.	COMMENT FONCTIONNE L'IMPOSITION DES RÉGIMES DE RETRAITE, DES CRI ET DES FRV AU DÉCÈS?	32:65
9.1.	COMMENTAIRES SUR LE RREGOP	32:66
9.2.	COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES	32:66

**PARTIE C (NATALIE HOTTE)
CÉLI, REÉI, REÉÉ et RPDB au décès**

INTRODUCTION	32:67
PARTIE I – COMPTE D'ÉPARGNE LIBRE D'IMPÔT	32:68
1. MODE DE DÉTENTION	32:68
2. RÈGLES DE BASE AU DÉCÈS	32:68
2.1. AU MOMENT DU DÉCÈS	32:68
2.2. APRÈS LE DÉCÈS	32:69
3. ROULEMENT AU CONJOINT	32:70
3.1. TITULAIRE REMPLAÇANT	32:70
3.2. TRANSFERT INDIRECT AU CONJOINT	32:73
3.3. ATTENTION À LA TERMINOLOGIE UTILISÉE DANS LES PUBLICATIONS	32:75

4.	DROIT DE COTISATION AU DÉCÈS	32:75
5.	NON-RÉSIDENT	32:76
PARTIE II – RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ		32:76
1.	DÉFINITIONS	32:76
1.1.	RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ.....	32:77
1.2.	INTERVENANTS	32:77
2.	DÉCÈS DU BÉNÉFICIAIRE	32:79
2.1.	BÉNÉFICIAIRE	32:79
2.2.	DÉCÈS DU TITULAIRE (AUTRE QUE LE BÉNÉFICIAIRE)	32:80
PARTIE III – RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES		32:81
1.	RAPPEL DES RÈGLES DE BASE	32:81
1.1.	TYPES DE RÉGIMES	32:81
1.2.	INTERVENANTS	32:82
2.	DÉCÈS	32:84
2.1.	DU BÉNÉFICIAIRE.....	32:84
2.2.	DU SOUSCRIPTIONNEUR.....	32:85
3.	AUTRES QUESTIONS	32:88
PARTIE IV – RÉGIME DE PARTICIPATION DIFFÉRÉE		
	AUX BÉNÉFICIAIRES	32:90
1.	RAPPEL DES NOTIONS DE BASE	32:90
2.	RÈGLES DE BASE AU DÉCÈS	32:92
2.1.	DÉCÈS DU PARTICIPANT ET IMPOSITION DES SOMMES VERSÉES	32:92
2.2.	UN DROIT RPDB N'EST PAS UN BIEN EN IMMOBILISATION	32:92
2.3.	DÉDUCTIONS POUR LES DROITS SUCCESSORAUX PROVINCIAUX	32:93
3.	ROULEMENT OU TRANSFERT AU DÉCÈS	
	DU CONJOINT	32:93
3.1.	TRANSFERT DIRECT	32:93
3.2.	TRANSFERT INDIRECT DANS UN REÉR OU UN RPA	32:94
4.	AUTRES ÉLÉMENTS	32:96
4.1.	PATRIMOINE FAMILIAL	32:96

4.2.	DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE.....	32:96
4.3.	NON-RÉSIDENT	32:97
5.	RÈGLES TRANSITOIRES	32:97

PARTIE A**REÉR, FERR, rentes : je roule, je ne roule pas?**

Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP, conseillère principale en planification
Financière Sun Life

INTRODUCTION

Le transfert des régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») et des fonds enregistrés de revenu de retraite (ci-après « FERR ») au décès s'avère complexe vu les nombreuses distinctions qui doivent être faites tant en matière de droit successoral que de droit fiscal. Ajoutons à cela certaines variantes telles qu'un solde au compte du régime d'accession à la propriété (ci-après « RAP ») ou du régime d'encouragement à l'éducation permanente (ci-après « REÉP ») au moment du décès, et nous avons fait le tour des règles touchant le transfert de ces biens au décès du rentier.

En fait, comme nous le verrons au cours de cette présentation, l'application des règles fiscales peut varier selon l'émetteur du régime, en fonction du stade de vie du détenteur, soit qu'il s'agisse d'un régime qui est en phase d'accumulation ou de décaissement, et enfin en fonction des règles successorales établies par le droit civil.

Comment s'y retrouver? Dans l'optique d'un praticien qui doit informer un liquidateur de la succession de ces questions et particulièrement des choix fiscaux à faire et de leurs conséquences, nous tenterons de dresser un tableau de référence visant à faciliter une compréhension globale. Toutefois, il est nécessaire auparavant de nous familiariser avec les différentes structures légales et fiscales ainsi qu'avec le vocabulaire utilisé sinon ce tableau ne sera qu'un outil inefficace.

1. GÉNÉRALITÉS

Rappelons d'abord que le REÉR est une création de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ qui a comme objectif de favoriser l'épargne-retraite des individus en permettant de déduire du revenu imposable d'un particulier appelé « rentier » une prime versée dont le montant est déterminé en

¹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), art. 146 et suiv. Des dispositions concordantes pour le Québec se retrouvent dans la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 905.1 et suiv.

fonction de plafonds établis par la loi². À une exception près, soit celle du REÉR du conjoint, seul le contribuable qui a accumulé les revenus gagnés³ et qui a cotisé au régime est qualifié de « rentier » de son vivant. Selon les caractéristiques juridiques de l'émetteur, qui peut être un assureur, une société de fiducie ou de placements ou encore un dépositaire, le régime sera un contrat de rente, un arrangement constitué d'un apport versé en fiducie à une société offrant des services publics de fiduciaire ou à une société offrant des contrats de placement ou enfin, un dépôt. Quel que soit l'émetteur, le régime doit remplir des conditions strictes pour se qualifier contractuellement au titre de régime d'épargne-retraite tel qu'il est défini dans la loi et être enregistré à cette fin⁴. Une fois ces conditions remplies, les sommes cotisées au REÉR d'un individu ainsi que les gains réalisés sur cette épargne ne seront jamais imposés tant et aussi longtemps qu'ils demeurent dans le régime, le paiement de l'impôt étant différé. Il y a dès lors création d'un impôt latent qui, un jour ou l'autre, devra revenir entre les mains du fisc. Exception faite d'un rachat ou d'un retrait anticipé, c'est-à-dire effectué pendant la période d'accumulation, ce « un jour ou l'autre » où l'impôt sur les sommes épargnées sera exigible devrait survenir à deux moments précis : à l'échéance du REÉR dont la date est prévue au contrat ou au plus tard, dans l'année où le rentier atteint l'âge de 71 ans⁵ ou à son décès⁶ s'il survient avant.

Lorsque l'échéance survient du vivant du rentier, le REÉR cesse d'exister et doit obligatoirement être transformé en un revenu de retraite, ce qui signifie en des versements égaux payables périodiquement à intervalles ne dépassant pas un an, qui peuvent prendre la forme d'une rente viagère, d'une rente non viagère à terme fixe avec ou sans période de garantie⁷ ou encore les biens du REÉR peuvent être transférés à un FERR⁸. Le revenu périodique versé par la rente ou le FERR sera pleinement imposable entre les mains du rentier dans l'année où il est versé.

² Par. 146(5) et 146(5.1) L.I.R.

³ Par. 146(1) « revenu gagné » L.I.R.

⁴ Par. 146(1) « régime d'épargne-retraite » et « régime enregistré d'épargne-retraite » L.I.R.

⁵ Al. 146(2)b.4) L.I.R.

⁶ Par. 146(8.8) L.I.R.

⁷ Par. 146(1) « revenu de retraite » L.I.R.; Formulaire T2037.

⁸ Par. 146.3(1) « fonds de revenu de retraite » et « fonds enregistré de revenu de retraite » L.I.R.

Tout comme le REÉR, le FERR est lui aussi une création de l'impôt et répond à des règles très précises. Contrairement à la rente qui doit être constituée en versements égaux périodiques, le FEER accorde une certaine flexibilité. En fait, le FERR doit verser annuellement au rentier ayant 72 ans et plus un montant minimum calculé à partir d'une formule établie dans la loi⁹. Le rentier du FERR doit s'imposer sur le montant de ses retraits périodiques effectués durant l'année civile ou s'il ne retire pas d'excédent, sur le montant minimum prévu par la loi. Cela permet de continuer à différer les impôts sur les sommes accumulées et les gains réalisés qui sont en sus du revenu de retraite minimum payé au rentier. Tout comme le REÉR, le FERR peut aussi être un contrat de rente, un arrangement avec une société de fiducie ou de placements ou un dépôt, selon la structure juridique de l'émetteur. Nous verrons plus loin que cette structure a un impact sur la façon dont les biens constituant le REÉR ou le FERR seront dévolus au décès à cause des règles de droit civil pouvant s'appliquer.

Il n'est pas de notre propos de parler plus en détail des généralités entourant la constitution des REÉR et des FERR mais bien de leur dévolution au décès du rentier. Ce faisant, nous ne pouvons pas ignorer deux régimes permettant d'utiliser les biens du REÉR en cours d'accumulation autrement que comme un revenu de retraite et sans déclencher un impôt dans l'année du retrait. Il s'agit bien entendu du RAP¹⁰ et du REÉP¹¹ pour lesquels des conséquences fiscales peuvent survenir lorsqu'un solde subsiste au décès. Ces deux régimes permettent au propriétaire de retirer des fonds de son REÉR pour financer l'acquisition d'une habitation ou pour poursuivre un programme d'études. Ils permettent de rembourser les fonds ainsi retirés sur une période échelonnée prescrite par la loi, sans avoir à s'imposer sur ces montants qui redeviennent disponibles pour la constitution d'un revenu de retraite à l'échéance lorsque les remboursements sont effectués.

Enfin, les conséquences légales et fiscales du transfert du REÉR ou du FERR seront aussi mesurées en fonction du lien entretenu entre le rentier et le bénéficiaire ou l'héritier devant les recevoir. Ces conséquences et les choix fiscaux disponibles pourront varier selon que cette personne est l'époux ou le conjoint de fait, un enfant ou petit-enfant à charge mineur ou majeur handicapé. Ces personnes sont qualifiées dans la loi de « bénéficiaires admissibles au remboursement de primes ».

⁹ Par. 146.3(1) « minimum » L.I.R.

¹⁰ Art. 146.01 et suiv. L.I.R.

¹¹ Art. 146.02 et suiv. L.I.R.

Il ne faut pas oublier que les REÉR et les FERR font partie des biens partageables du patrimoine familial et de la société d'acquêts au moment de la rupture du mariage, qui peut se réaliser lors de la séparation légale, du divorce ou du décès de l'un des époux ou conjoints. Les relations familiales sont complexes dans notre société. Que dire des familles recomposées, parfois à plusieurs reprises, des ruptures non consommées légalement, des unions factuelles vécues au jour le jour sans contrat ni testament; tout cela rend plus ardu le travail du liquidateur successoral qui doit prendre les bonnes décisions pour limiter le fardeau fiscal du décédé et par ricochet, de la succession, dans une atmosphère le plus souvent émotionnellement explosive.

En résumé, les éléments pouvant avoir un impact sur la dévolution et le traitement fiscal des REÉR et les fonds de revenu de retraite au décès sont les suivants :

- le fait que le régime soit en période d'accumulation ou parvenu à échéance;
- l'émetteur du régime selon qu'il soit un assureur, une société de fiducie ou un dépositaire comme une banque ou une caisse;
- la nature du produit, qu'il s'agisse d'une fiducie, d'un dépôt ou d'une rente;
- le lien du rentier avec la personne devant les recevoir;
- le mode de dévolution choisi.

2. RÉGIMES MATRIMONIAUX – PATRIMOINE FAMILIAL – SUCCESSION

2.1. DÉTERMINER QUI HÉRITE DES BIENS DU RÉGIME – BIGAMIE FISCALE

Un sujet important doit être abordé lorsqu'il est question de transférer les biens à un époux ou conjoint de fait survivant. De nombreuses contraintes peuvent apparaître relativement à des situations familiales compliquées. Contrairement au régime de retraite où la personne devant bénéficier du régime au décès est clairement identifiée dans la loi, les autorités fiscales ont déjà mentionné qu'il est possible de rencontrer des circonstances de « bigamie fiscale » où il pourrait y avoir à la fois plus d'un conjoint apte à recevoir un montant qui se qualifie comme « remboursement

de primes » ou « prestation désignée » dans le cadre d'un FERR. Cela a comme avantage de permettre une plus grande gamme de possibilités de réduction, voire d'annulation de l'impôt du décédé sur ces produits.

2.2. EFFECTUER LES DIVERSES ÉTAPES DU PARTAGE DES BIENS MATRIMONIAUX¹²

Il est important de rappeler que les REÉR et les FERR font partie des biens partageables du patrimoine familial et de la société d'acquêts lors de la dissolution du mariage, ce qui inclut le décès de l'un des époux. Il est aussi opportun de se remémorer qu'il existe au Québec une classe spéciale de conjoints, soit les conjoints unis civilement qui sont eux aussi soumis aux règles du partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts s'ils ont opté pour ce régime au moment de leur union. Il convient toutefois de noter que la *Loi sur les impôts* du Québec reconnaît l'union civile dès le premier jour de son existence alors que la loi fédérale n'y donne aucune lettre de créance. De ce fait, les conjoints unis civilement au Québec doivent aussi se qualifier à titre de conjoints de fait selon la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour bénéficier des avantages fiscaux prévus pour les époux et conjoints de fait. Il sera nécessaire de tenir compte de cette situation avant d'exercer les options prévues par les lois fiscales.

La société d'acquêts peut être légale, c'est-à-dire que les règles établies du *Code civil du Québec*¹³ s'appliquent sans distinction, ou conventionnelle, si les époux ou les conjoints unis civilement ont signé un contrat de mariage en société d'acquêts où ils ont établi certaines règles concernant leur société d'acquêts, lesquelles peuvent être très différentes de celles établies par la loi, et il n'y a rien d'illégal là-dedans. Raison de plus pour les planificateurs financiers de poser des questions à ce propos lors d'une rencontre de planification successorale.

Le patrimoine familial pour sa part est un effet du mariage. Il s'applique à tous, quel que soit le régime matrimonial des époux, exception faite des renonciations faites par acte notarié ou déclaration judiciaire conjointe avant le 31 décembre 1990. Les règles du patrimoine familial sont d'ordre public et nul ne peut y déroger par contrat. Il est possible de renoncer au partage du patrimoine familial uniquement à deux moments précis, lors de la rupture du couple en raison d'une séparation légale ou d'un divorce ou au décès.

¹² Suzanne PILON et Jocelyne JARRY, *Guide sur le partage de la société d'acquêts*, Brossard, Publications CCH ltée, 2007.

¹³ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

Le partage du patrimoine familial a préséance sur le partage de la société d'acquêts. Par contre, il peut arriver qu'il soit plus avantageux, selon les circonstances, de renoncer au patrimoine familial et de se soumettre aux règles de la société d'acquêts, chaque cas étant un cas d'espèce, d'où l'importance de consulter des professionnels compétents.

2.3. TRANSMETTRE LA SUCCESSION

Un autre élément important à considérer lorsque vient le temps de transmettre ses régimes enregistrés à ses héritiers est de bien connaître les modes de dévolution ainsi que les caractéristiques légales et fiscales des produits qui sont disponibles sur le marché. Le vocabulaire de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur ces questions est particulièrement difficile à suivre pour un civiliste car on y utilise le mot « bénéficiaire » pour indiquer indifféremment si le bien échoit à un bénéficiaire désigné ou à un héritier de la succession.

Cette distinction prend une importance toute particulière au Québec en ce qu'une désignation de bénéficiaire n'est valide, qu'elle soit faite dans le contrat ou par testament, que pour certaines catégories de produits seulement, comme nous le verrons ci-après.

2.3.1. Désignation de bénéficiaire

Pour l'instant, les lois du Québec, contrairement à celles d'autres provinces, ne permettent pas qu'une désignation de bénéficiaire soit faite dans des contrats émanant d'un dépositaire. En fait, seules les rentes viagères et non viagères pratiquées par les assureurs en ce qui a trait aux bénéficiaires et aux titulaires subrogés peuvent avoir une désignation de bénéficiaire valide. Le contrat de rente doit remplir les conditions énoncées à l'article 2367 C.c.Q. et à l'article 33.4 de la *Loi sur les assurances*¹⁴ pour se qualifier comme tel¹⁵. Par ailleurs, certains produits vendus par les sociétés de fiducie et les sociétés de placements peuvent se qualifier au titre de rente et être assimilés aux rentes non viagères à termes fixes servies par les assureurs et porter une désignation de bénéficiaire¹⁶. Les dispositions en question se rapportent d'abord et avant tout à la protection du capital investi contre la

¹⁴ L.R.Q., c. A-32 et mod.

¹⁵ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758 (ci-après « *Thibault* »).

¹⁶ *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01, art. 178 et 178.1.

saisine des créanciers du titulaire lorsque le bénéficiaire désigné est l'époux ou le conjoint uni civilement, le descendant ou l'ascendant du titulaire du contrat ou bénéficiaire irrévocable¹⁷. Il serait difficile dans ces circonstances de conclure autrement que la désignation d'un des bénéficiaires mentionnés dans un de ces contrats ou par testament confère les mêmes droits au décès que les rentes viagères ou non viagères à terme servies par les assureurs, c'est-à-dire que la somme payable au bénéficiaire ne fait pas partie de la succession du rentier décédé¹⁸. Il convient de noter que ces dispositions sont apparues dans la loi à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Thibault*, par suite d'une longue saga judiciaire portant sur la question de l'insaisissabilité de ce type de produit. Depuis leur adoption, les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de se pencher sur leur validité même si certains juristes mettent en doute leur efficacité. Dans le cadre d'une planification successorale, il est plus prudent de prévoir un legs par testament à tout le moins subsidiairement pour éviter les problèmes dans le cas où la désignation de bénéficiaire serait déclarée nulle ou invalide.

Quand les divers guides et documents émanant des autorités fiscales fédérales parlent de bénéficiaire, il faut faire bien attention, et ce, particulièrement au Québec, de distinguer le bénéficiaire qui peut être désigné comme tel dans le contrat ou tout écrit non testamentaire ainsi que par testament, du bénéficiaire de la succession que nous appellerions « héritier » en droit civil. La somme payable au bénéficiaire désigné ne faisant pas partie de la succession du décédé comme nous l'avons mentionné plus haut, ces sommes seront transférées directement au bénéficiaire en entier, laissant à la succession du décédé, ultimement responsable des impôts payables par ce dernier à son décès, la charge de les payer. Dans le cas où la succession serait insolvable ou qu'elle n'aurait pas suffisamment de biens pour acquitter les impôts en entier, le bénéficiaire serait solidairement responsable des impôts avec le décédé¹⁹.

2.3.2. Testament

Désignation de bénéficiaire

Il est possible de faire une désignation de bénéficiaire par testament. Quoiqu'elle ne puisse pas être irrévocable et qu'elle ne procure aucune

¹⁷ Art. 2457 et 2758 C.c.Q.

¹⁸ Art. 2455 C.c.Q.

¹⁹ Par. 160.2(1) et 160.2(2) L.I.R.

protection contre les créanciers du vivant du testateur, cette désignation fera en sorte que les sommes payables au bénéficiaire ne transiteront pas par la succession du décédé. Il est dès lors très sage de planifier le paiement des impôts pour éviter que les héritiers appelés à recueillir les legs universels soient éventuellement déshérités par les impôts payables sur les régimes enregistrés.

Legs particulier ou à titre particulier

Un legs à titre particulier est celui qui donne droit à un bien déterminé. Le légataire n'a aucune vocation successorale sauf celle de recevoir ce bien. Le légataire particulier qui accepte le legs n'est pas un héritier, mais il est saisi comme un héritier des biens légués. Plus important encore, tout comme le bénéficiaire désigné il n'est pas tenu des obligations du décédé. C'est donc dire que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes fiscales du décédé sauf si le legs est conditionnel à l'acquittement de ces dettes. Le testateur qui ne veut pas transmettre la dette fiscale du REÉR ou du FERR à ses légataires universels a tout intérêt à prévoir une telle condition. En cas d'insolvabilité de la succession, le légataire particulier serait solidairement responsable avec le décédé des impôts dus sur le régime enregistré jusqu'à concurrence du montant établi par la loi²⁰.

Legs universel

Le legs universel est celui qui donne à une ou plusieurs personnes la vocation de recueillir la totalité des biens de la succession, une fois que tous les autres legs auront été remis ou que le légataire y aura renoncé et que toutes les dettes auront été payées. Les légataires universels sont habituellement tenus des dettes dans la proportion de ce qu'ils reçoivent. Lorsque les personnes appelées à recevoir les régimes enregistrés font partie de ce groupe, le représentant légal pourra avoir plus de latitude pour effectuer des planifications *post mortem* de façon à limiter ou annuler les impôts payables par le décédé sur les régimes enregistrés à condition qu'il puisse faire les choix qui s'imposent avec des bénéficiaires admissibles.

Legs à titre universel

Bien que l'on retrouve le mot « universel », ce type de legs n'est pas aussi large que le précédent. Il donne à une personne la vocation de recevoir une quote-part de la succession. Si le testateur lègue deux quotes-parts d'un

²⁰ *Id.*

ensemble de biens à des personnes différentes, la renonciation de l'une ne donne pas le droit à l'autre de recevoir la totalité des biens. Cette partie du legs à titre universel se retrouvera alors dans le lot des légataires universels. Les légataires de ce type sont habituellement tenus des dettes dans la proportion de ce qu'ils reçoivent.

Succession *ab intestat*

Ce type de succession survient lorsqu'une personne décède sans testament. Au Québec, seuls les époux et les conjoints unis civilement sont appelés à la succession sans testament, ce qui exclut d'emblée les conjoints de fait. Il faut donc faire attention à une désignation de bénéficiaire d'un conjoint de fait pour un produit de rente enregistré. La négociation du représentant légal pour tenter de l'amener à signer un Formulaire T2019 pour lui refiler les impôts du décédé pourrait s'avérer fort utopique comme nous le verrons plus loin. Soulignons toutefois que dans certaines circonstances, une succession *ab intestat* peut parfois faciliter la négociation des formulaires d'impôt avec les personnes qui peuvent se prévaloir de remboursements de primes ou de prestations désignées en leur qualité de bénéficiaires admissibles.

3. RÈGLE FISCALE DE BASE

Le dicton populaire veut que dans la vie il y ait deux incontournables : le décès et les impôts. La règle générale veut qu'un décédé soit réputé avoir disposé de tous ses biens en immobilisations ainsi que de ses régimes enregistrés à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») immédiatement avant son décès vient aussi confirmer que l'un ne va pas sans l'autre. Rappelons que les cotisations effectuées au REÉR, soit les primes versées, plus les gains accumulés dans les régimes enregistrés de retraite n'ont jamais été imposés entre les mains du contribuable de son vivant. Au décès, vient donc le moment où il faut rendre ultimement ses comptes au fisc. Pour chacun des régimes concernés, des dispositions précises de la loi prévoient comment cette opération devra s'exécuter.

3.1. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE AVANT ÉCHÉANCE

Le vocabulaire de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui concerne les REÉR est quelque peu difficile à cerner, et ce, même pour les fiscalistes; alors imaginez un néophyte qui doit démêler des expressions telles que rentier, REÉR échu ou non échu, remboursement de primes, prestation, prestation désignée, conjoint, enfants ou petits-enfants fiscalement à charge et autres.

Lorsque le rentier d'un REÉR non échu décède après le 29 juin 1978, il est réputé avoir reçu immédiatement avant son décès une prestation égale à la JVM de tous les biens composant le régime au moment du décès²¹. Le montant ainsi déterminé doit être inclus dans le revenu du décédé conformément à l'alinéa 56(1)h) L.I.R.²²

Ainsi, lorsque le défunt n'a aucun héritier ou bénéficiaire se qualifiant pour recevoir un remboursement de primes, les impôts dus sur la totalité de la JVM des biens du régime deviendront une dette de la succession et devront être acquittés à même les actifs de cette dernière. La JVM des biens comprend toutes les cotisations qui ont été faites au régime, qu'elles aient été déduites ou non du revenu du décédé²³. Le montant encaissé par le bénéficiaire ou les héritiers ultimes sera qualifié de « prestation » au sens du paragraphe 146(1) L.I.R. Lors d'un décès survenant avant l'échéance du REÉR, seule une somme forfaitaire pourra être versée. Enfin, la JVM des biens du régime ne peut pas faire l'objet d'une élection au titre des « droits ou biens » selon les dispositions du paragraphe 70(2) L.I.R. Le liquidateur ne peut donc pas produire une déclaration distincte pour réduire le revenu imposable du décédé²⁴.

Le mode de dévolution choisi par le décédé est important. Si le produit a été souscrit auprès d'un assureur ou d'une société de fiducie et qu'il satisfait les critères légaux requis pour se qualifier au titre de rente viagère ou non viagère à terme fixe, une désignation de bénéficiaire dans le contrat ou dans le testament fera en sorte que la prestation sera reçue en entier directement par ce dernier alors que l'impôt sera payé par la succession.

Par exemple, Suzanne et Paul ont commencé à faire vie commune depuis environ 10 mois, lorsque Paul décède dans un accident d'automobile. Ils ne sont donc pas conjoints de fait au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les impôts*. Paul détient des sommes accumulées dans un REÉR pour une valeur d'environ 200 000 \$. Il a aussi une assurance vie de 100 000 \$ au travail, payable à sa succession. Peu avant son décès, il avait entendu un planificateur financier en entrevue à la radio. Ce dernier avait

²¹ Al. 146(8.8)a) L.I.R.; art. 929 L.I.

²² Art. 310 L.I. L'émetteur du régime doit dès lors faire suivre un Feuillet T4RSP (case 34) et un Relevé 2 (case E) au nom du rentier décédé.

²³ Par. 204.2(1.1) L.I.R.

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-212R3, « Revenu de personnes décédées – Droits ou biens », 21 mars 1990.

alors mentionné que des conjoints de fait pouvaient se désigner bénéficiaires de leurs REÉR et recevoir le montant par transfert direct en franchise d'impôt, ce qui permettait au décédé d'économiser des impôts et au survivant de continuer à différer les impôts si le montant était réinvesti dans son propre REÉR. En plus d'être avantageuse fiscalement pour sa succession, cette stratégie permet de bonifier l'épargne-retraite du survivant sans avoir de répercussions sur ses propres droits de cotisation. Sans poser plus de questions, Paul a communiqué avec son courtier pour désigner Suzanne comme bénéficiaire²⁵ de son REÉR.

Au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, Suzanne ne se qualifie pas comme conjoint de fait, donc elle n'est pas un bénéficiaire admissible pouvant recevoir un remboursement de primes, ce qui aurait permis de lui transférer directement le REÉR en franchise d'impôt pour le décédé. Comme elle a été désignée bénéficiaire, elle recevra les 200 000 \$ à titre de « prestation » car cette somme ne transite pas par la succession. De son côté, le représentant légal de Paul devra inclure dans son revenu pour l'année du décès le montant de 200 000 \$ représentant la JVM des biens du REÉR. Supposons un taux marginal d'imposition de 48 %, la succession de Paul devra donc payer 96 000 \$ d'impôt. Si Paul n'a pas d'autres actifs ni de dettes, ses héritiers recevront 4 000 \$. La prestation d'une assurance vie exonérée n'est pas imposable. Toutefois, comme les 100 000 \$ étaient payables à la succession, cette somme a été encaissée par le représentant légal et a dû être utilisée pour régler la dette fiscale de la succession. Si la succession n'avait pas suffisamment d'actifs pour acquitter les impôts dus sur le REÉR, Suzanne, à titre de bénéficiaire désignée, aurait été solidairement responsable avec Paul, le dernier rentier, d'acquitter les impôts relatifs à la prestation reçue²⁶.

Il est certain que Paul aurait dû aller plus loin dans son questionnement et planifier sa succession un peu mieux. Voici les options qui auraient pu s'offrir à lui.

Désignation de bénéficiaire

S'il voulait laisser un montant à Suzanne, il aurait pu la désigner comme bénéficiaire du contrat d'assurance de 100 000 \$ au travail et désigner sa

²⁵ Voir la définition de « bénéficiaire désigné » à l'annexe du présent texte.

²⁶ Par. 160.2(1) L.I.R. Cette responsabilité solidaire du bénéficiaire désigné et du rentier n'existe que pour la dette fiscale rattachée à l'inclusion des versements du REÉR dans la dernière déclaration de revenus du décédé.

succession comme bénéficiaire du REÉR. Cette solution aurait permis à la succession de recevoir un net de 104 000 \$ au lieu de 4 000 \$ et aurait eu à tout le moins comme avantage de laisser ceux qui reçoivent la prestation du REÉR payer les impôts qui y sont rattachés.

Le legs particulier

Si Paul avait fait un testament, il aurait pu faire un legs particulier ou à titre particulier à Suzanne à condition que cette dernière acquitte les impôts sur le régime. Même si le transfert des sommes dans un régime lui appartenant n'est pas possible, cette solution aurait pu être moins onéreuse pour la succession qui aurait reçu les 100 000 \$ d'assurance vie nets d'impôt. Quant à Suzanne, après avoir payé les impôts du décédé sur le REÉR, elle aurait encaissé 104 000 \$. Comme elle ne se qualifie pas comme conjoint de fait, aucune planification impliquant le choix conjoint avec le représentant légal n'est disponible et elle ne peut pas acquérir un REÉR, une rente enregistrée ou un FERR avec cet argent autrement qu'en utilisant ses propres droits de cotisation. Si le legs particulier n'avait pas été assorti de la condition relative au paiement des impôts, le résultat aurait été le même que pour un bénéficiaire désigné puisque le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession.

Le legs universel

Le legs universel ou à titre universel à Suzanne et aux autres héritiers de Paul n'aurait pas non plus permis de planifier plus adéquatement les impôts du décédé et de la succession vu l'impossibilité de recourir à quelque allègement fiscal que ce soit. La charge fiscale aurait été la même et les dettes auraient été réparties proportionnellement à la valeur des biens reçus par chacun des héritiers.

3.1.1. Le revenu accumulé après le décès

Le REÉR est régi par une fiducie dont les revenus sont exonérés d'impôt tant et aussi longtemps que le régime existe. Le REÉR, et donc la « fiducie » présumée qui le régit, est réputé avoir pris fin au décès du rentier. Les circonstances ne permettent habituellement pas que les biens du régime soient remis aux bénéficiaires ou ayants droit dans les heures qui suivent le décès. Au contraire, plusieurs mois pour ne pas dire plusieurs années peuvent s'écouler avant que le dernier versement ne soit fait. Qu'advient-il alors du revenu accumulé dans le régime entre la date du décès et le moment de la remise?

Les revenus des placements de la fiducie du REÉR génèrent un impôt payable pour chaque année postérieure à l'année se terminant le 31 décembre suivant l'année du décès²⁷. Combinée avec la définition de « montant libéré d'impôt »²⁸, cette formule donne donc un répit d'au moins 12 mois plus le nombre de mois restant à courir dans l'année du décès du rentier pour procéder à la remise des sommes sans que la succession ait à inclure dans son revenu les revenus présumés attribués de la fiducie du REÉR. Après l'expiration de ce délai, le liquidateur de la succession devra déclarer les revenus de placements et les imposer à l'intérieur de la succession ou si le bénéficiaire est un bénéficiaire désigné, ce dernier devra les inclure dans son revenu pour l'année²⁹. Il convient de noter toutefois que cette inclusion n'a pas lieu lorsque les actifs du REÉR peuvent faire l'objet d'un transfert sous la forme d'un remboursement de primes comme nous le verrons plus loin.

3.1.2. Les pertes accumulées après le décès

Jusqu'au Budget fédéral de 2009, il était impossible autant pour le liquidateur que pour les bénéficiaires de réclamer les pertes réalisées entre le moment du décès et celui de la distribution des actifs du régime. L'écrasement des marchés boursiers et la crise financière de l'automne 2008 aidant, le gouvernement fédéral a proposé des mesures visant à mettre un terme à cette injustice grave³⁰. Un allègement fiscal permettant un report rétrospectif des pertes est accordé lorsque la JVM des biens du REÉR diminue après le décès du rentier à condition que les actifs soient distribués aux bénéficiaires désignés ou au liquidateur de la succession avant la fin de l'année qui suit le décès du rentier et pendant laquelle les revenus auraient été considérés comme un « montant libéré d'impôt ». La perte subie peut être déclarée pour l'année du décès et portée en déduction du revenu du rentier décédé pour l'année du décès si les conditions suivantes sont remplies :

²⁷ Al. 146(4)c) L.I.R.

²⁸ Par. 146(1) « montant libéré d'impôt » L.I.R.

²⁹ Dans ce cas, un Feuillet T4RSP (case 28) et un Relevé 2 (case H) seront établis au nom du bénéficiaire désigné ou de la succession, selon le cas.

³⁰ CANADA, ministère des Finances, *Le plan d'action économique du Canada – Le budget de 2009*, 27 janvier 2009, dispositions mises en vigueur par l'adoption du Projet de loi C-10, lequel a reçu la sanction royale le 12 mars 2009. Ces mesures seront harmonisées avec celles du Québec.

- le REÉR est encaissé au plus tard le 31 décembre de l'année suivant celle du décès;
- après le décès, aucun placement inadmissible n'a été fait dans le régime;
- la fin du régime doit survenir après la fin de 2008, c'est-à-dire que le dernier paiement doit survenir en 2009 ou après.

Le mécanisme du report rétrospectif de pertes est similaire à celui déjà existant dans la loi permettant le report des pertes réalisées par la succession sur des immobilisations dont elle a disposé dans l'année suivant celle du décès³¹. Ainsi, si toutes les conditions sont remplies, le liquidateur successoral pourra demander, à l'encontre du montant inclus dans le revenu provenant du REÉR dans la déclaration de revenus finale du rentier décédé, une déduction équivalente au montant de la diminution de la valeur des actifs du régime, le calcul devant s'effectuer comme suit :

- la JVM des biens au décès plus la totalité des montants imposables reçus par un contribuable entre la date du décès et celle de la liquidation du régime survenant au plus tard le 31 décembre de l'année suivant celle du décès, plus tout « montant libéré d'impôt »

moins :

- la totalité des sommes distribuées aux ayants droit pendant la même période³².

Par exemple, Paul est décédé en 2008, alors que la JVM de son REÉR était de 200 000 \$. Le liquidateur de sa succession a distribué 150 000 \$ au cours de l'année 2009 afin de liquider le régime. Le « montant libéré d'impôt » accumulé durant cette période était de 10 000 \$. Selon la formule proposée, la déduction devrait se calculer comme suit :

JVM du REÉR au décès inclus dans la Déclaration T-1 du décédé	200 000 \$
Plus le « montant libéré d'impôt »	10 000 \$
Moins :	
La totalité des sommes distribuées à la liquidation du régime	<u>150 000 \$</u>

³¹ Par. 164(6) L.I.R.

³² Par. 146(8.92) et 146(8.93) L.I.R.

La perte rétrospective du défunt, imputable contre le revenu de 200 000 \$ provenant du REÉR, sera donc de 60 000 \$.

3.2. RÉDUCTION DE L'IMPÔT DU RENTIER DÉCÉDÉ – TRANSFERT DIRECT

L'exemple de Paul dont il est question plus haut démontre qu'il n'existe pas de moyen de réduire la facture d'impôt d'un rentier célibataire sans enfant, les seules planifications disponibles visent à rendre plus équitable le paiement de la facture fiscale eu égard à la façon dont les biens sont dévolus. Il en est autrement lorsque le rentier décède en laissant un époux ou un conjoint survivant, des enfants ou petits-enfants mineurs financièrement à charge ou encore un enfant majeur handicapé financièrement à charge. Ce sont ces mécanismes que nous examinerons ci-dessous.

3.2.1. Transfert direct à l'époux ou au conjoint de fait survivant

Il est possible de réduire ou d'annuler le montant provenant du REÉR devant être inclus dans le revenu du décédé, lorsque la totalité ou une partie des fonds provenant du REÉR se qualifie à titre de remboursement de primes³³. Cela survient à condition que l'époux ou le conjoint de fait³⁴ soit désigné bénéficiaire au contrat ou dans le testament si le produit se qualifie pour porter une telle désignation. Dans ce cas précis, les documents émanant de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») exigent que trois conditions soient remplies pour que les fonds puissent faire l'objet d'un remboursement de primes :

- l'époux ou le conjoint de fait doit être **l'unique** bénéficiaire désigné dans le contrat de REÉR ou par testament;
- l'époux ou le conjoint de fait doit donner instruction à l'émetteur du REÉR de transférer les biens du REÉR directement dans un autre REÉR à son nom;
- le transfert doit se faire avant le 31 décembre de l'année suivant le décès.

³³ Par. 146(1) « remboursement de primes », al. a) L.I.R.

³⁴ Voir les définitions de « bénéficiaire admissible », d'« époux » et de « conjoint de fait » se qualifiant à cette fin à l'annexe du présent texte.

Dans de telles circonstances, le transfert s'effectue automatiquement et sans autres formalités. Le conjoint bénéficiaire recevra les feuillets fiscaux à son nom avec la mention remboursement de primes et aucune inclusion du revenu ne sera faite par le décédé.

3.2.2. Prestation du REÉR réputée reçue par le liquidateur

Dans toutes les autres circonstances et quel que soit le type de legs auquel l'époux ou le conjoint a droit, la prestation du REÉR sera réputée reçue par le liquidateur de la succession. Le sort des impôts sera lié au choix conjoint que devront effectuer le bénéficiaire ou l'héritier et le liquidateur.

Si le bénéficiaire désigné ne remplit pas une des conditions énoncées plus haut pour effectuer un transfert direct, ou s'il est un héritier de la succession du décédé, et que le liquidateur et l'époux ou le conjoint de fait ont désigné le versement comme étant un remboursement de primes et signé conjointement le Formulaire T2019 au fédéral et le Formulaire TP-930 au Québec³⁵, il sera réputé avoir reçu le montant directement et non par l'intermédiaire du liquidateur de la succession. Le remboursement de primes perçu par le survivant peut être déduit directement de la JVM des biens du REÉR qui autrement serait incluse dans le revenu du décédé³⁶. Cette déduction ne peut toutefois pas avoir lieu avant la remise des biens au bénéficiaire admissible. Si cette remise a lieu après la date de production de la déclaration finale du décédé, il est encore possible de réduire les impôts du décédé en utilisant les Formulaires T1-ADJ et TP-1R pour faire une demande de redressement des déclarations de revenus fédérale et provinciale du décédé.

Il n'est pas nécessaire que la totalité de la JVM des biens du REÉR fasse l'objet du remboursement de prime, l'élection peut porter sur une partie

³⁵ Par. 146(8.1) L.I.R. Selon certains auteurs dont M^c Marc Jolin, il serait possible de procéder à cette élection pour un seul niveau de gouvernement si le décédé peut utiliser d'autres allègements fiscaux par ailleurs. Administrativement, ce type de planification peut toutefois s'avérer un peu compliqué pour les institutions financières qui établiront les feuillets fiscaux en fonction des transferts qui leur seront demandés. Des instructions précises devront être fournies si l'on veut éviter l'inclusion dans le revenu du conjoint aux deux paliers de gouvernement.

³⁶ Si la totalité de la JVM des biens du régime est transférée à l'époux ou au conjoint survivant, l'émetteur du régime doit remplir le Feuilleton T4RSP (case 18) et le Relevé 2 (case D) pour le remboursement de primes au nom du conjoint.

seulement de cette dernière³⁷. Moyennant un certain effort de simulation en vue d'une planification fiscale *post mortem*, une élection partielle à titre de remboursement de primes pourrait permettre de maximiser la valeur après impôts des sommes détenues dans le REÉR au moment du décès pour chacun des époux ou conjoints tout en tenant compte des besoins précis immédiats du survivant.

Le résultat permet de réduire l'impôt payable par le décédé. L'époux ou le conjoint de fait récipiendaire doit maintenant inclure le montant du remboursement de primes dans sa propre déclaration de revenus de l'année de la réception³⁸. Pour éviter d'avoir lui-même à s'imposer sur ces sommes, il devra verser une prime à un régime enregistré, soit un REÉR, un FERR ou une rente viagère ou non viagère à terme fixe selon son âge et ses besoins, dans l'année où il reçoit le régime ou au plus tard, dans les 60 jours suivant la fin de cette année³⁹. Les revenus générés par le remboursement de primes réinvestis dans un régime enregistré pourront continuer à s'accumuler à l'abri de l'impôt au bénéfice du conjoint survivant. L'émetteur du régime souscrit fera alors parvenir les feuillets fiscaux appropriés au rentier de façon qu'il puisse déduire les montants de son revenu et réduire ses impôts en conséquence.

3.2.2.1. Éléments de planification

Le système en place pour exercer le transfert des biens du REÉR à l'époux ou au conjoint survivant en franchise d'impôt pour le décédé, diffère en tous points des dispositions applicables aux biens en immobilisations⁴⁰. Le transfert direct en franchise d'impôt est automatique lorsque des biens en immobilisations sont en cause, puisque le décédé est réputé avoir disposé du bien pour une valeur égale à son prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et

³⁷ Par contre, si seulement une somme partielle est versée à titre de remboursement de primes, le Feuille fiscal T4RSP (Formulaire TP-930) établi au nom du décédé devra inclure la partie versée au rentier à la case 34 et à la case E, auquel cas la valeur de la JVM des biens à inclure au revenu ne sera réduite que du montant égal au remboursement de primes versées au conjoint. L'époux ou le conjoint survivant recevra son propre feuillet faisant état du montant du remboursement de primes.

³⁷ Par. 146(8) et al. 56(1)h) L.I.R.

³⁸ *Id.*

³⁹ Al. 60l) L.I.R. Il convient de noter que si ces délais sont expirés, le ministre peut exercer sa discrétion pour toute période plus longue qu'il estime acceptable.

⁴⁰ Par. 70(6) L.I.R.

l'époux ou le conjoint survivant est réputé l'avoir acquis au même montant. Pour que le gain en capital latent soit inclus au revenu du décédé, le liquidateur doit choisir de ne pas se prévaloir de cet avantage fiscal⁴¹.

En matière de REÉR, la règle est exactement à l'effet contraire : il y a inclusion d'un montant égal à la JVM des biens sauf si l'époux ou le conjoint survivant choisit conjointement avec le liquidateur de réduire ou d'annuler le montant de l'inclusion pour le décédé par un transfert au survivant. Le survivant choisit alors d'inclure lui-même le montant dans son propre revenu imposable pour l'année où il le reçoit, libre à lui d'exercer ou non son privilège de souscrire un produit enregistré lui permettant la déduction.

Désignation de bénéficiaires et legs particulier sans condition

Revenons à l'exemple de Paul et Suzanne. S'ils étaient mariés au lieu d'être deux célibataires en voie de devenir conjoints de fait, Suzanne aurait alors été admissible pour recevoir un remboursement de primes à titre d'épouse survivante. Est-ce que la désignation de bénéficiaire dans le contrat de REÉR ou le legs particulier sans condition aurait permis de régler le problème de l'imposition de la JVM des biens dans les mains du décédé? Eh bien, la réponse est non. En fait, Suzanne aurait pu, encore une fois, encaisser la valeur du REÉR à titre de prestation non imposable en laissant à la succession de Paul le soin de régler la facture d'impôt de 96 000 \$.

Comme bénéficiaire désignée, elle n'a qu'à ne pas remplir la deuxième condition et ne pas donner d'instructions à l'émetteur du contrat de REÉR pour transférer les actifs du REÉR de Paul dans son propre REÉR. Par contre, si Paul avait désigné sa mère et non sa succession comme bénéficiaire de sa police d'assurance vie, cette dernière aurait encaissé les 100 000 \$ d'assurance libres d'impôt. Comme il n'y avait pas d'autres biens dans la succession, Suzanne aurait alors été tenue solidairement responsable des impôts de Paul sur la valeur du REÉR, ce qui lui aurait laissé une somme forfaitaire nette de 104 000 \$ à titre de prestation. En fonction de sa fortune personnelle et de son taux d'impôt à la retraite, elle aurait dès lors très probablement eut intérêt à s'imposer sur un remboursement de primes, ce qui lui aurait permis de transférer le tout dans son propre REÉR pour continuer à différer les impôts sur le montant de 200 000 \$, tout comme si Paul lui avait fait un legs particulier conditionnel au paiement des impôts.

⁴¹ Par. 70(6.2) L.I.R. On notera que cette élection relève du liquidateur seulement et que l'époux ou le conjoint survivant n'a pas à intervenir.

Legs universel ou à titre universel et succession sans testament

Si le testament de Paul avait prévu le legs du REÉR à Suzanne à titre universel ou si Suzanne était désignée comme légataire du résidu de la succession, le pouvoir de négociation du liquidateur pour convaincre Suzanne d'opter pour le remboursement de primes aurait été plus contraignant car Suzanne aurait eu de toute façon à payer les impôts au bout du compte.

Le fait que le rentier soit décédé *ab intestat* aurait les mêmes conséquences, le liquidateur ayant à ce moment la saisine de tous les biens de la succession.

3.2.3. Désignation de bénéficiaire ou legs en faveur d'une fiducie exclusive au conjoint

La complexité des relations familiales, l'existence de deux ou trois mariages ou relations conjugales rendent compliquée la planification successorale pour les familles recomposées. Pour plusieurs, les REÉR, FERR ou rentes enregistrées conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu* constitueront à leur décès un de leurs éléments d'actif important. Habituellement, un contribuable voudra faire bénéficier son conjoint des sommes accumulées au moment de son décès mais désirera également s'assurer que ces sommes puissent revenir à ses enfants au décès de son conjoint. Devant cet objectif, l'utilisation d'une fiducie testamentaire au profit du conjoint (ou d'une substitution) pourrait s'avérer un outil efficace.

Malheureusement, les règles fiscales actuelles ne permettent pas qu'une fiducie exclusive au conjoint reçoive un remboursement de primes lui permettant par ailleurs de souscrire un REÉR, un FERR ou une rente au bénéfice du conjoint sa vie durant. En fait, seul l'époux ou le conjoint de fait peut être un bénéficiaire admissible au sens de la définition de « remboursement de primes », et non une fiducie exclusive au conjoint, pour des raisons qui nous semblent difficiles à comprendre en termes de politique fiscale⁴². Le même raisonnement a été fait pour une substitution en faveur du conjoint survivant⁴³.

⁴² CRA Views, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 9724175, 6 novembre 1997; « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 57:1-40, question 2., aux pages 57:6-8.

⁴³ CRA Views, *op. cit.*, note 42, interprétation technique 9623645F, 10 septembre 1996.

Récemment, des modifications ont été proposées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour permettre que les sommes transférées du REÉR d'un contribuable décédé soient utilisées pour acquérir une rente viagère admissible payable à une fiducie, appelée « fiducie de prestations à vie », mise sur pied pour subvenir aux besoins d'une personne ayant une déficience mentale, incluant l'époux ou le conjoint de fait du contribuable décédé⁴⁴.

3.2.4. Transfert à l'enfant ou au petit-enfant financièrement à charge

Rétroactivement à 1996, les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont été changées lors du Budget de 1999, afin que le rentier qui décède alors qu'il a immédiatement avant son décès un enfant ou un petit-enfant à sa charge financièrement ait la possibilité de transférer son REÉR à cet enfant ou ce petit-enfant à charge, même s'il subsiste un conjoint survivant au moment de son décès⁴⁵. Nous référons le lecteur au lexique de l'annexe du présent texte pour plus de précisions sur l'expression enfant ou petit-enfant « financièrement à charge ». En ce qui concerne les impôts du décédé, les étapes restent les mêmes que celles qui doivent être suivies lorsque le remboursement de primes est versé au conjoint survivant. En fait, la JVM des biens du REÉR devant être incluse dans le revenu de rentier sera diminuée du montant du remboursement de primes⁴⁶. L'élection à titre de remboursement de primes doit se faire par la production du Formulaire 2019 (TP-930 au Québec), le représentant légal du décédé et celui de l'enfant mineur devront remplir ces formalités avec les rajustements requis.

Jusqu'à maintenant, les éléments de planification testamentaire sont les mêmes que ceux applicables au conjoint bénéficiaire désigné ou légataire. L'enfant ou le petit-enfant mineur à charge devra inclure le montant reçu à titre de remboursement de primes dans son revenu imposable pour l'année. Pour éviter l'imposition, le représentant légal de l'enfant pourra souscrire

⁴⁴ Marc JOLIN, « REÉR au décès : légataires inaptes et familles reconstituées », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 18:1-46.

⁴⁵ Il était possible de générer un remboursement de primes si le REÉR était transféré à un enfant ou petit-enfant financièrement à charge avant l'entrée en vigueur de ces modifications, à condition que le rentier n'ait pas d'époux ou de conjoint survivant au moment du décès.

⁴⁶ Par. 146(8) et 146(8.1) L.I.R.

une rente non viagère à terme fixe dont les versements sont prévus jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de 18 ans⁴⁷.

3.2.4.1. Éléments de planification

Le transfert du REÉR aux enfants ou petits-enfants à charge ouvre plusieurs possibilités de planification *post mortem* particulièrement efficaces. D'abord, il peut être possible de scinder le montant du remboursement de primes entre plusieurs enfants et de maximiser la valeur de cet argent selon leur âge et la valeur des autres biens dont ils ont hérité. De plus, s'il existe un conjoint survivant, il peut être possible d'établir une stratégie de fractionnement de revenu pouvant aider à compenser la perte du revenu du conjoint décédé par les économies d'impôts réalisées. Ce n'est pas l'objectif du présent texte de décrire en détail ces stratégies⁴⁸.

Fiducie au profit exclusif d'un mineur (par. 104(18) L.I.R.)

L'actuelle division 60l(ii)(B) L.I.R. permet que le rentier de la rente souscrite au bénéfice de l'enfant ou du petit-enfant mineur à charge soit une fiducie dans le cadre de laquelle le mineur est la seule personne qui a un droit de bénéficiaire sur les sommes à payer aux termes de la rente. Des modifications sont proposées à cette division pour retirer les mots « fiducie dans laquelle il est le seul à avoir un droit de bénéficiaire ». Par contre, le nouvel article 60.011 L.I.R. proposé, lequel contient des règles spéciales concernant l'application de l'alinéa 60l) L.I.R., permet l'usage d'une telle fiducie. La rente souscrite dans ces circonstances sera appelée « rente de mineur à durée déterminée ». Ces nouvelles dispositions permettront que le rentier en vertu de cette rente soit l'enfant mineur ou une fiducie dans le cadre de laquelle l'enfant mineur sera la seule personne à avoir un droit de bénéficiaire sur les sommes à payer aux termes de la rente.

Ces outils sont particulièrement efficaces pour protéger les actifs transmis à des enfants mineurs et pour permettre qu'un fiduciaire exerce un certain contrôle sur les remises au lieu de remettre en bloc des montants importants dans les mains de l'enfant lorsqu'il aura atteint sa majorité. Imaginons que les 200 000 \$ provenant du REÉR de Paul soient légués à son

⁴⁷ Div. 60l(ii)(B) L.I.R.

⁴⁸ Il existe de nombreux textes qui décrivent ces stratégies en détail dont Marc JOLIN, *Les impôts sur le revenu et le décès*, t. 2, Montréal, Association de planification fiscale et financière, août 1996, feuilles mobiles, partie II, dont une version révisée et mise à jour devrait paraître sous peu.

fils, Michel, âgé de 15 ans. Le montant de la rente versée sera d'environ 60 000 \$ par année, ce qui, après impôts, laissera probablement des excédents qui devront être remis en totalité à Michel lorsqu'il aura atteint sa majorité. Une fiducie aurait alors comme avantage de permettre une meilleure gestion des remises du revenu et du capital et de donner la possibilité d'étaler le tout après l'âge de 18 ans. Ces planifications exigent toutefois une rédaction testamentaire et fiduciaire très soigneuse de façon à s'assurer que tous les avantages légaux et fiscaux soient disponibles au moment opportun, dont particulièrement la déduction du montant de remboursement de primes utilisé pour acheter la rente.

3.2.5. Transfert à l'enfant majeur handicapé

Enfin, la dernière façon pour un rentier décédé d'un REÉR de réduire sa facture fiscale consiste à transférer son régime enregistré à un enfant ou petit-enfant qui immédiatement avant son décès était à sa charge en raison d'un handicap physique ou mental. Contrairement à l'enfant ou au petit-enfant mineur, il n'y a pas d'obligation dans ce cas d'acquérir une rente payable sur une période déterminée. L'imposition du montant du remboursement de primes reçu entre les mains du bénéficiaire pourra être évitée en acquérant un REÉR, un FERR ou une rente viagère ou non viagère à terme fixe avec ou sans période de garantie dont l'enfant sera le rentier⁴⁹.

Il n'est pas possible dans l'état actuel des choses que le régime ainsi établi au bénéfice d'un enfant handicapé soit détenu dans une fiducie au bénéfice de cette personne. Toutefois, de nouvelles propositions sont actuellement sur la table permettant d'établir une « fiducie de prestations à vie » lorsque le bénéficiaire du régime est un enfant majeur financièrement à charge en raison d'une infirmité mentale uniquement. Ces dispositions ne sont toutefois pas encore en vigueur⁵⁰.

4. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE APRÈS ÉCHÉANCE

Les documents de l'ARC établissent les catégories suivantes de régimes après échéance du REÉR, soit :

- le REÉR échu;

⁴⁹ Div. 601(v)(B) L.I.R.

⁵⁰ M. JOLIN, *loc. cit.*, note 44.

- la rente viagère ou non viagère à terme fixe avec ou sans période de garantie;
- le FERR.

La principale distinction que l'on peut établir entre le REÉR avant échéance et le REÉR échu consiste en l'obligation de servir périodiquement un revenu de retraite. C'est-à-dire que minimalement une fois par année, un montant imposable doit revenir entre les mains du rentier du régime. Après l'échéance du REÉR, et contrairement au REÉR avant échéance qui ne peut permettre que le versement d'une somme forfaitaire au décès, le montant versé pourra être soit une somme forfaitaire, soit des versements échelonnés sous forme d'annuités. Nous verrons au fur et à mesure que nous aborderons les divers types de régimes les règles qui leur sont propres.

4.1. LE REÉR ÉCHU

Notre premier défi a consisté à tenter de déterminer ce que peut vouloir dire « REÉR échu ». Nous avons vu auparavant qu'un REÉR échu a cessé d'exister et que la JVM des biens qu'il contenait doit avoir servi à acheter un contrat de rente ou avoir été transférée dans un FERR. Il faut comprendre que l'échéance ultime du REÉR se concrétise dans l'année où le rentier atteint l'âge de 71 ans. C'est le moment où il est obligé de transférer les sommes enregistrées dans un FERR ou souscrites à un contrat d'une rente sous peine de se voir imposé sur la totalité des sommes accumulées sans autre allègement fiscal. Il est toujours possible de convertir le contrat de REÉR en accumulation en établissant la possibilité de servir un revenu qui, rappelons-le, doit être périodique et échelonné, avant l'arrivée de cette échéance, certains contrats prévoyant une possibilité de conversion en une rente en service, ce qui peut fort bien arriver lorsque le rentier prend sa retraite avant l'âge de 71 ans. C'est aussi souvent le cas pour les contrats émis par les assureurs qui prévoient une conversion automatique en rente à l'âge de 71 ans si aucune instruction en leur parvient du rentier pour transférer les sommes dans un FERR ou autrement. Mais encore là, les institutions prévoyant ce genre de conversion sont habituellement celles habilitées à émettre des contrats de rente, le contrat sera donc un contrat de rente enregistré et non plus un REÉR. Il en est de même si un FERR est souscrit avant l'âge de 71 ans; même s'il est financé avec une rente, il n'en demeure pas moins que c'est un FERR.

Un REÉR échu serait-il un contrat auprès d'un dépositaire, dont le rentier aurait moins de 71 ans et dans lequel il effectuerait des retraits périodiques? Ces retraits ne seraient ni un versement minimum de FERR ni

une rente, donc le REÉR ne serait pas échu. Tout cela pour dire que sur le plan pratique, il est très difficile de déterminer ce qu'est ce produit qui, de toute façon, ne semble pas exister ou encore cela donne l'impression d'une certaine distorsion dans le vocabulaire utilisé.

En tout état de cause, l'ARC nous indique qu'au moment du décès du rentier d'un REÉR échu, la case 34 du Feuillet T4RSP doit indiquer le montant de la JVM de tous les biens du REÉR moins la partie de ce montant que l'époux ou le conjoint de fait du décédé survivant peut recevoir à la suite du décès du rentier. Le traitement fiscal est donc le même que pour le REÉR non échu lorsqu'un transfert en faveur du conjoint survivant est disponible.

4.2. LE CONTRAT DE RENTE ENREGISTRÉ

Comme nous l'avons mentionné plus haut, pour se qualifier au titre des rentes, un contrat doit remplir les conditions édictées par le *Code civil du Québec*, la *Loi sur les assurances* et la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*. Les institutions financières mettent en marché des rentes ayant les caractéristiques suivantes :

- rente viagère pure sans période de garantie;
- rente viagère avec période de garantie;
- rente viagère réversible sans période de garantie;
- rente viagère réversible avec période de garantie;
- rente non viagère à terme fixe.

Il est évident que seuls les contrats de rente transmissibles au décès du premier rentier font l'objet du présent texte. Les choix possibles au décès sont habituellement déterminés par le contrat de rente. Ainsi, ces contrats offrent normalement la possibilité d'avoir un rentier successeur qui sera habituellement le conjoint survivant. L'autre option disponible est la commutation de la rente en une somme forfaitaire qui devrait équivaloir à la valeur en capital nécessaire pour acquérir d'un assureur une rente similaire; en d'autres mots, il s'agit de la valeur actualisée de la rente. Dans les deux cas, le paiement pourra aussi être fait à un bénéficiaire désigné dans le contrat ou par testament.

4.2.1. Arrérages de rente servis au conjoint survivant

Dans les cas où les arrérages de rente continuent à être payables au conjoint survivant soit à titre de rentier successeur ou remplaçant ou comme bénéficiaire, l'alinéa 146(8.8)b) L.I.R. aura pour effet qu'aucune inclusion ne sera faite au revenu du décédé. Ce dernier devra inclure dans son revenu pour l'année des arrérages de rente qu'il a reçus à partir du 1^{er} janvier jusqu'à la date de son décès⁵¹. Par la suite, les paiements seront continués au conjoint survivant qui devra les inclure dans son revenu imposable⁵². Il n'y a pas de transfert dans un REÉR, un FERR ou une rente au nom de l'époux ou du conjoint de fait car il ne s'agit pas d'un remboursement de primes mais bien de la continuité du contrat initial.

4.2.2. Rente commuée payée au bénéficiaire

Lorsque le contrat permet de verser une somme forfaitaire à un bénéficiaire qui est l'époux ou le conjoint de fait, aucune inclusion n'apparaîtra au revenu du décédé. Toutefois, le bénéficiaire devra inclure ce montant dans son revenu. S'il a procédé à l'achat en son nom d'un REÉR, d'un FERR ou d'une rente, il pourra déduire une somme équivalente à celle utilisée pour l'acquérir.

Il convient de noter que si l'époux ou le conjoint de fait n'est pas rentier successeur ou bénéficiaire désigné du contrat de rente mais bien que la totalité ou une partie des sommes enregistrées lui échoit à titre d'héritier de la succession, le montant sera réputé reçu par le représentant légal du rentier décédé. Ils devront alors faire le choix conjoint sur le formulaire prescrit⁵³ pour que le conjoint soit réputé être devenu le rentier après le décès et que les sommes lui soient versées à titre de prestations⁵⁴. L'époux ou le conjoint de fait sera alors réputé être le rentier depuis l'ouverture de la succession et devra inclure dans son revenu toutes les sommes reçues par la succession. Si des modifications doivent être faites aux déclarations de revenus déjà produites, les Formulaires T1-ADJ et TP-1R. seront remplis et transmis aux autorités fiscales.

⁵¹ Al. 56(1)d) L.I.R.

⁵² Al. 56(1)h) L.I.R.

⁵³ Il ne semble pas y avoir de formulaire spécifique, une lettre signée par le liquidateur et l'époux ou le conjoint doit être produite et jointe à la déclaration du décédé. Au Québec, le Formulaire TP-930 doit toutefois être utilisé.

⁵⁴ Par. 148(8.91) L.I.R.

Si aucun choix commun n'est produit, le décédé devra inclure la JVM des biens dans son revenu pour l'année du décès.

4.3. LE FONDS DE REVENU DE RETRAITE

Le FERR est un accord intervenu entre un émetteur et un rentier aux termes duquel l'émetteur, en contrepartie des biens qui lui sont transférés, s'engage à verser au rentier, et si le rentier en fait le choix, à son époux ou à son conjoint de fait après son décès, des sommes dont le total au cours de chaque année doit au moins être égal au minimum⁵⁵ à retirer pour l'année sans excéder la JVM des biens au moment du versement. Tout comme le REÉR, le régime doit avoir reçu l'agrément du ministre pour être un FERR⁵⁶. Les personnes habilitées à émettre des FERR sont non limitativement les assureurs (FERR assuré), les sociétés de fiducie (FERR en fiducie) et les dépositaires (FERR dépositaire). La distinction est importante de deux points de vue : premièrement, pour établir la possibilité de transférer le bien par désignation de bénéficiaire dans le contrat et deuxièmement, pour établir les feuillets fiscaux relatifs aux sommes non exemptées provenant du revenu de placement accumulé après le 31 décembre de l'année suivant l'année du décès.

4.3.1. Décès du rentier d'un FERR – Règle fiscale de base

Au décès du dernier rentier d'un FERR, ce dernier sera réputé avoir disposé immédiatement avant son décès d'un montant égal à la JVM des biens du fonds au moment de son décès⁵⁷. Cette somme sera incluse dans le revenu du décédé pour l'année de son décès en vertu de l'alinéa 56(1)h) L.I.R. L'émetteur du FERR devra rapporter le tout à la case 18 du Feuillelet T4RIF.

4.3.2. Réduction de l'impôt du rentier décédé – Transfert direct

Deux possibilités sont offertes lorsque le rentier du FERR décède laissant un époux ou un conjoint survivant :

⁵⁵ Il s'agit d'une notion définie par la loi et qui se trouve au paragraphe 146.3(1) « minimum » L.I.R.

⁵⁶ Par. 146.3(1) « fonds de revenu de retraite » et « fonds enregistrés de revenu de retraite » L.I.R.

⁵⁷ Par. 146.3(6) L.I.R.

- 1) les versements du FERR se continuent à l'époux ou au conjoint survivant qui est nommé bénéficiaire ou rentier successeur (remplaçant);
- 2) une prestation désignée est versée à un bénéficiaire admissible.

La première option permettra que le contrat de FERR se continue sans autres formalités pour l'avenir. L'époux ou le conjoint survivant est nommé bénéficiaire ou rentier remplaçant dans le contrat ou par testament ou à défaut, le représentant légal du décédé et l'émetteur du FERR sont d'accord pour que ce dernier continue de faire les versements de FERR directement à l'époux ou au conjoint, même si le contrat ou le testament ne donnent pas d'indication en ce sens. Dans ces circonstances, seuls les montants qui auront été payés au rentier décédé dans l'année de son décès devront être rapportés dans le revenu de ce dernier pour l'année du décès. Ainsi, prenons comme exemple la situation suivante : Jean est le rentier d'un FERR. Il a désigné son épouse Michelle comme rentier successeur dans son contrat. Jean décède le 15 juillet 2008. Au moment de son décès, il avait déjà encaissé 2 500 \$ provenant de son FERR. L'émetteur du FERR devra donc remplir un Feuille T4RIF au nom de Jean et indiquer à la case 16 que ce dernier a reçu 2 500 \$ en 2008. Comme cette somme n'excède pas le montant minimum du FERR, il n'aura pas à indiquer d'excédent.

Michelle, pour sa part, à titre de rentier remplaçant, a continué à recevoir les versements du FERR. Le minimum du FERR de Jean étant de 7 000 \$ pour l'année, l'émetteur du FERR devra établir un Feuille T4RIF au nom de Michelle et indiquer la somme de 4 500 \$ à la case 16. Si des sommes excédant le minimum avaient été encaissées par Michelle avant la fin de l'année, ces dernières seraient rapportées à la case 24 du feuillet.

Si au moment de son décès, Jean n'avait pas encore reçu de versements du FERR, l'émetteur devrait alors déclarer la totalité du montant minimum dans un Feuille T4RIF établi au nom de Michelle.

La possibilité de continuer le FERR en utilisant le rentier remplaçant simplifie grandement les choses quand le rentier initial a pris la peine d'indiquer ses volontés au contrat ou par testament. Les choses risquent d'être plus compliquées et d'exiger plus de planification si le représentant légal doit agir de concert avec l'émetteur. Il est évident dans ces circonstances que cette option sera impossible si les legs au conjoint ou la valeur des biens lui revenant sont moindres que la valeur du FERR, à moins de renonciation de la part des autres héritiers.

La deuxième option consiste à nommer un bénéficiaire admissible qui recevra une « prestation désignée »⁵⁸. Dans ces circonstances, le mécanisme d'inclusion et de réduction du revenu du rentier est similaire à celui applicable au REÉR avant échéance avec certaines adaptations qui s'imposent. La catégorie des bénéficiaires admissibles est aussi la même, soit l'époux ou le conjoint survivant, un enfant ou petit-enfant mineur ou un enfant majeur handicapé financièrement à charge du rentier immédiatement avant son décès. La désignation peut se faire dans le contrat lorsque ce dernier se qualifie ou encore par testament, auquel cas le montant sera payable au représentant légal du décédé. C'est effectivement ce représentant légal qui a la responsabilité de répartir les sommes entre les héritiers et de déterminer s'il s'agit ou non d'une « prestation désignée ». L'élection totale ou partielle doit être faite à l'aide du Formulaire T1090, « FERR d'un rentier décédé – Prestation désignée ».

Examinons les situations les plus courantes pour comprendre comment les revenus provenant du régime seront rapportés.

L'époux ou le conjoint de fait est désigné bénéficiaire dans le contrat qui se qualifie à cette fin.

Cette situation se traduit par un transfert direct de la totalité des sommes du régime directement dans un FERR dont l'époux ou le conjoint de fait survivant sera le rentier ou encore dans un contrat de rente en utilisant l'alinéa 60l) L.I.R. De plus, les versements seront faits avant l'expiration de la période se terminant le 31 décembre suivant l'année du décès, soit avant la fin de la période exemptée. Seul l'époux ou le conjoint de fait se verra établir un Feuillet T4RIF pour l'année du décès dont la case 16 reflétera les montants transférés. Les sommes transférées directement au contrat appartenant au survivant seront indiquées à la case 24. Aucun feuillet fiscal ne sera établi au nom du rentier décédé. Il est possible que ce montant inclue les montants libérés d'impôt qui se sont accumulés dans le FERR après le décès et avant le 31 décembre de l'année suivant ce dernier.

Si l'une ou l'autre des conditions énumérées plus haut ne se réalise pas, l'émetteur devra déclarer la JVM du FERR à la case 18 d'un Feuillet T4RIF établi au nom du rentier décédé. Un autre Feuillet T4RIF sera établi au nom de l'époux ou du conjoint de fait bénéficiaire pour déclarer le revenu non exempté gagné dans l'année. S'il s'agit d'un FERR en fiducie, le revenu sera déclaré à la case 22 et le revenu libéré d'impôt à la case 36. S'il s'agit d'un

⁵⁸ Art. 146.3 « prestation désignée » L.I.R.

FERR dépositaire, ce revenu sera déclaré sur un Feuillet T5. Dans ce cas précis, rappelons qu'il n'est pas possible de faire une désignation de bénéficiaire valide. Dans tous les cas, l'époux ou le conjoint survivant devra inclure ces sommes dans son revenu.

L'époux ou le conjoint survivant pourra aussi choisir de payer l'impôt ou de transférer la JVM des biens dans un contrat enregistré établi à son nom. Il devra alors remplir le Formulaire T1090 conjointement avec le représentant légal du décédé pour déterminer le montant de la prestation désignée. Par le fait même, c'est lui qui recevra un Feuillet T4RIF reflétant la JVM de la valeur des biens du FERR. Il pourra alors éviter l'imposition en achetant un contrat de REÉR, de FERR ou de rente à son nom, en fonction de son âge ou de sa situation

4.3.3. Paiement effectué à un bénéficiaire ou à la succession

Dans tous les cas, la JVM du FERR devra être déclarée dans le revenu du décédé, conformément à la case 18 du Feuillet T4RIF établie à son nom. Un Feuillet T4RIF sera établi au nom de la succession pour rapporter les sommes gagnées après le délai d'exemption. Si les héritiers de la succession comprennent des personnes qui se qualifient pour recevoir une prestation désignée à titre d'époux ou de conjoint de fait survivant ou encore d'enfant ou de petit-enfant financièrement à charge mineur ou majeur handicapé, il sera possible de procéder au choix conjoint disponible pour les REÉR en faisant les adaptations nécessaires.

Encore une fois, les planifications dans ce cas seront semblables à celles pouvant être suggérées pour les REÉR avant échéance.

4.3.4. Le revenu accumulé et les pertes réalisées après le décès

Les commentaires apportés aux sections 3.1.1. et 3.1.2. s'appliquent à la présente section avec les rajustements requis.

5. LES RÉGIMES ACCESSOIRES

Certains allègements fiscaux ont été apportés au fil du temps pour permettre que les sommes investies dans le REÉR puissent servir à acquérir une première résidence ou à poursuivre des études.

5.1. RÉGIME D'ACCESSION À LA PROPRIÉTÉ

Au décès du rentier qui participait au RAP, le solde des sommes restant à rembourser dans le REÉR doit être inclus dans le revenu de la personne décédée pour l'année du décès⁵⁹. Il est possible d'éviter cette inclusion lorsque l'époux ou le conjoint survivant décide de continuer à faire les remboursements. Le choix doit être fait conjointement avec le représentant légal du décédé et le survivant. Les négociations peuvent être ardues mais la procédure est simple, il suffit qu'une lettre signée par les deux parties indiquant que les remboursements seront continués par le conjoint soit annexée à la déclaration de revenus du décédé.

5.2. RÉGIME D'ENCOURAGEMENT À L'ÉDUCATION PERMANENTE

Les règles sont similaires lorsque le rentier participait au REÉP. Au décès du rentier, le solde des sommes restant à rembourser dans le REÉP doit être inclus dans le revenu de la personne décédée pour l'année du décès⁶⁰. Une lettre signée par l'époux ou le conjoint survivant et le représentant légal du décédé doit être jointe à la déclaration de revenus du décédé et indiquer que les remboursements seront continués par l'époux ou le conjoint de fait. Les montants remboursés font alors partie du REÉR de l'époux ou du conjoint de fait.

CONCLUSION

Le traitement des REÉR, FERR et rentes enregistrées au décès du premier rentier implique la maîtrise de plusieurs notions légales et fiscales. Le coût fiscal peut être réduit ou encore annulé à condition de faire les bons choix et d'avoir rédigé les clauses testamentaires adéquatement. Comme nous l'avons mentionné au début du présent texte, qu'elle soit « pré-mortem » ou *post mortem*, il n'est pas toujours évident d'implanter une planification successorale d'autant plus que la prise de décision est souvent rendue plus difficile à cause de relations familiales complexes.

Le transfert direct par le biais d'une désignation de bénéficiaire comporte des avantages intéressants. Par contre, il faut garder à l'esprit qu'il n'est pas automatique comme c'est le cas pour les biens en immobilisations et que l'époux ou le conjoint de fait aura le dernier mot sur la question de

⁵⁹ Al. 56(1)h.1) L.I.R.

⁶⁰ Al. 56(1)h.2) L.I.R.

l'imposition des sommes enregistrées. Faut-il rappeler que son intérêt et celui de la succession peuvent diverger profondément. Il en est de même pour les legs où la décision de verser un remboursement de primes au lieu d'une prestation au survivant revient à la fois à ce dernier et au représentant légal. Si l'entente et l'harmonie ne sont pas au rendez-vous, le conflit risque d'être long. Il est malheureux de constater que les volontés du rentier original sont souvent exprimées avec peu de clarté et comportent des ambiguïtés qui se traduisent par des pertes importantes pour les héritiers. Dans le cadre d'une planification testamentaire, il est important de s'assurer que les régimes enregistrés seront transmis de façon que les impôts exigibles de la part du décédé et qui incombent à sa succession ne viennent pas déshériter les légataires universels. Quant à la planification *post mortem*, les planificateurs financiers et fiscaux ont intérêt à vérifier avec soin l'établissement des feuillets fiscaux et de communiquer avec les institutions financières en cas de doute sur la façon dont les choses se déroulent. Même si plusieurs aspects de ces planifications comportent une discrétion ministérielle lorsque certains délais sont outrepassés, il demeure que ces demandes doivent être raisonnables et le ministre a la discrétion de les accorder ou non.

ANNEXE

Bénéficiaire admissible

Un bénéficiaire admissible peut être **l'époux** ou le **conjoint de fait** du rentier décédé.

Il peut également s'agir d'un enfant ou d'un petit-enfant du rentier, qui était financièrement à sa charge, si le décès est survenu, selon le cas :

- en 1999 ou après;
- en 1998, et que le rentier n'avait pas d'époux ou de conjoint de fait au moment de son décès;
- en 1998, que le rentier avait un époux ou conjoint de fait au moment de son décès, **et** qu'un choix avait été fait pour que l'enfant ou le petit-enfant soit considéré comme bénéficiaire admissible;
- en 1996 ou 1997, que le rentier avait un conjoint au moment de son décès, **et** qu'un choix avait été fait pour que l'enfant ou le petit-enfant soit considéré comme bénéficiaire admissible entre 1993 et 1997, et que le rentier n'avait pas de conjoint au moment de son décès.

Bénéficiaire désigné

Bénéficiaire apparaissant directement dans le contrat de rente ou dans le testament quand le bien transféré se qualifie pour recevoir une telle désignation.

Conjoint de fait

Un conjoint de fait est une personne, **qui n'est pas votre** époux, qui vit avec vous dans une relation conjugale et qui remplit **une** des conditions suivantes :

- a) elle vit avec vous dans cette relation depuis au moins 12 mois sans interruption;
- b) elle est le parent de votre enfant par sa naissance ou son adoption;

- c) elle a la garde, la surveillance et la charge entière de votre enfant (ou elle en avait la garde et la surveillance juste avant que l'enfant atteigne l'âge de 19 ans).

De plus, une personne devient immédiatement votre conjoint de fait si vous avez déjà vécu ensemble une relation conjugale pendant au moins 12 mois sans interruption et que vous recommencez à vivre ensemble une relation conjugale. **Selon une modification proposée**, cette condition ne s'appliquera plus. Le résultat de cette modification proposée sera qu'une personne (autre que les personnes décrites en b) et c) ci-dessus) deviendra votre conjoint de fait seulement après que votre relation actuelle avec cette personne aura duré 12 mois sans interruption. Cette modification s'appliquera aux années 2001 et suivantes.

Dans cette définition, l'expression « 12 mois sans interruption » comprend les périodes de moins de 90 jours où vous avez vécu séparément en raison de la rupture de votre union.

Époux

Personne avec qui vous êtes légalement marié.

Financièrement à la charge

Nous vous considérons généralement comme étant un enfant ou un des petits-enfants financièrement à la charge du rentier décédé au moment de son décès si, avant son décès, vous résidiez habituellement avec lui, vous étiez à sa charge, et si vous êtes dans l'une des situations suivantes :

- votre revenu net de l'année précédente (inscrit à ligne 236 de votre déclaration) était inférieur au montant personnel de base pour cette année-là (ligne 300 de l'annexe 1);
- pour les décès survenu après 2002, vous avez une déficience et votre revenu net pour l'année précédente était égal ou inférieur au montant personnel de base **plus** le montant pour personne handicapée (ligne 316 de l'annexe 1) pour cette année-là.

Si vous ne résidiez pas avec le rentier décédé avant son décès en raison de vos études, nous considérons que vous résidiez quand même avec lui.

Si votre revenu net **dépassait les montants décrits ci-dessus**, nous **ne considérons pas** que vous étiez financièrement à la charge du rentier au moment de son décès, sauf si vous pouvez établir la preuve du contraire.

Dans un tel cas, vous ou votre représentant légal devez présenter à votre bureau des services fiscaux une demande écrite indiquant les raisons pour lesquelles nous devrions considérer que vous étiez financièrement à la charge du rentier au moment de son décès.

Personne handicapée

Une personne handicapée doit respecter les conditions qui suivent :

- la personne handicapée doit avoir droit au montant pour personnes handicapées, à la ligne 316 de l'annexe 1 de sa déclaration de revenus, l'année précédant le retrait du RAP et elle y a encore droit au moment où le retrait est effectué;
- un formulaire T2201, Certificat pour le crédit d'impôt pour personnes handicapées, doit être approuvé par nous l'année du retrait pour le RAP. Si le formulaire n'est pas approuvé par nous, le retrait ne sera pas admissible dans le cadre du RAP et le montant devra être inclus comme un revenu ou être remboursé dans l'année du retrait.

Personne handicapée qui vous est liée

Personne handicapée liée par les liens du sang, du mariage, de l'union de fait ou de l'adoption. Il n'est pas nécessaire que cette personne réside dans la même habitation que vous.

Prestation

Est comprise dans une prestation toute somme reçue dans le cadre d'un **régime d'épargne-retraite**, à l'exception :

- a) de la **fraction** de cette somme reçue par une **personne** autre que le **rentier** et qu'il est raisonnable de considérer comme faisant partie de la somme incluse dans le calcul du revenu d'un **rentier** en vertu des paragraphes (8.8) et (8.9);
- b) d'une somme reçue à titre de **prime** en vertu du régime par la **personne** avec laquelle le **rentier** a conclu le contrat ou l'arrangement visé à la définition de « **régime d'épargne-retraite** » au présent paragraphe;

- c) d'une somme, ou d'une partie de cette somme, reçue relativement au revenu de la **fiducie** en vertu du régime, pour une **année d'imposition**, à l'égard de laquelle la **fiducie** n'était pas exonérée d'impôt en vertu de l'alinéa (4)c);
- c.1) d'un **montant** libéré d'impôt, visé à l'alinéa b) de la définition de cette expression au présent paragraphe, qui se rapporte à des intérêts ou à un **montant** inclus dans le calcul du revenu autrement que par l'effet du présent article.

Sans préjudice de la portée générale de ce qui précède, le terme vise toute somme versée à un **rentier** en vertu du régime :

- d) soit conformément aux conditions du régime;
- e) soit à la suite d'une modification du régime;
- f) soit à la suite de l'expiration du régime.

Prestation désignée

S'agissant de la prestation désignée d'un **particulier** prévue par un **FERR**, le total des montants suivants :

- a) les montants versés dans le cadre du fonds après le décès de son dernier **rentier** au **représentant l égal** de ce **rentier**, qui répondent aux conditions suivantes :
 - i) ils seraient des remboursements de primes (cette expression s'entendant, à la présente définition, au sens du paragraphe 146(1) L.I.R.) s'ils avaient été versés au **particulier** dans le cadre du fonds et si le fonds était un **REÉR** non échu avant le décès,
 - ii) ils sont désignés conjointement par le **représentant légal** et le **particulier** sur le formulaire **prescrit** présenté au **ministre**;
- b) les montants versés au **particulier** dans le cadre du fonds après le décès de son dernier **rentier** qui seraient des remboursements de primes si le fonds était un **REÉR** non échu avant le décès.

Remboursement de primes

Il s'agit d'un montant payé ou considéré comme ayant été payé à même le REÉR d'un rentier décédé à un bénéficiaire admissible.

Rentier

En général, le rentier est la personne à laquelle un régime de retraite paie un revenu de retraite. Au moment du décès du rentier, l'époux ou le conjoint de fait survivant peut, dans certaines circonstances, devenir le rentier et avoir droit au revenu de retraite.

PARTIE B**CRI, REÉR immobilisés et FRV au décès**

Serge Lessard, avocat, Pl. Fin., FLMI
Transamerica Vie Canada

INTRODUCTION*

Le domaine des comptes de retraite immobilisés (ci-après « CRI ») (en anglais, *Locked-In Retirement Account (LIRA)*) et des fonds de revenu viager (ci-après « FRV ») (en anglais, *Life Income Fund (LIF)*) est très complexe. En effet, il est difficile pour la personne qui examine un relevé de placement CRI ou FRV de déterminer exactement les droits et obligations qui s'y rattachent.

Le présent texte ne prétend pas refléter toutes et chacune des subtilités reliées à ce domaine. On constatera que la littérature sur le sujet est quasi inexistante et les spécialistes sont rares.

Nous tenterons donc d'apporter un début d'explication sur les aspects légaux et fiscaux de ces outils de retraite tout en nous concentrant sur les éléments qui touchent le décès. Pour ce faire, nous avons choisi de construire ce texte sous forme de réponses à des questions essentielles.

1. MISE EN SITUATION

Les régimes de retraite privés, publics ou parapublics peuvent être de juridiction fédérale ou provinciale.

Lorsqu'ils sont soumis à la loi fédérale, les régimes de retraite privés sont généralement régis par la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*¹ et son règlement².

* L'auteur tient à remercier M^{es} Jacqueline Beaulieu, notaire à la Régie des rentes du Québec, Lili Lemieux, avocate à la CARRA et Carol Taraschuk, avocate au Bureau du surintendant des institutions financières Canada (BSIF) d'avoir eu l'amabilité de fournir leur point de vue sur plusieurs interrogations de l'auteur. Veuillez noter que le présent texte n'est pas une opinion sur ces organismes; l'auteur conserve son indépendance critique.

¹ L.R.C. (1985), 2^e supp., c. 32 (ci-après « L.N.P.P. »).

² *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension*, DORS/87-19 (ci-après « R.N.P.P. »).

Lorsqu'ils sont soumis à la loi provinciale du Québec, ils sont principalement régis par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*³ et son règlement⁴.

Cependant, un grand nombre d'employés du gouvernement et des organismes publics du Québec participent (ou ont participé) au régime de retraite établi par la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*⁵ et ses règlements.

Les cadres du gouvernement du Québec participent au régime de retraite du personnel d'encadrement (ci-après « RRPE ») en vertu de la *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*⁶ et de ses règlements.

Les informations qui suivent concernent les CRI et FRV sous l'empire de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* à moins qu'il en soit précisé autrement. Le lecteur constatera donc que nous avons ajouté des commentaires sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics (ci-après « RREGOP ») et sur les normes de prestation de pension (ci-après « NPP ») fédérales⁷. Tous les commentaires sur le RREGOP s'appliquent aussi au RRPE.

Il convient de noter qu'il existe aussi plusieurs lois particulières établissant des régimes de retraite pour des groupes particuliers (les juges de la Cour du Québec, les députés du Québec, les élus municipaux, les policiers de la Sûreté du Québec, les agents de la paix en services correctionnels, etc.) qui sont administrés par la CARRA, ainsi que pour d'autres régimes publics et parapublics fédéraux.

2. QUE SONT LES CRI ET LES FRV?

Il arrive pour certaines raisons (qui n'entrent pas dans le sujet du présent article) que des sommes du régime de retraite doivent être transférées en provenance du régime vers un placement quelconque et extérieur au régime.

³ L.R.Q., c. R-15.1 (ci-après « L.R.C.R. »).

⁴ *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, c. R-15.1, r.1 (ci-après « R.R.C.R. »).

⁵ L.R.Q., c. R-10 (ci-après « L.R.R.E.G.O.P. »).

⁶ L.R.Q., c. R-12.1.

⁷ Selon la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* et le *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension*.

Les régimes de retraite prévoient généralement une rente à la retraite, c'est-à-dire un versement périodique en vue de subvenir aux besoins à la retraite. Les sommes transférées en provenance du régime ne pourront l'être que si elles sont investies dans un véhicule qui remplace la rente de retraite prévue par le régime. La liste desdits véhicules est courte et se retrouve dans le *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, lesquels se nomment « options de remplacement de la rente ».

Un CRI est une option de remplacement de la rente de retraite prévue à l'article 28 (4°) R.R.C.R., conformément à l'article 98 L.R.C.R. et décrit à l'article 29 R.R.C.R. Un FRV est une option de remplacement de la rente de retraite prévue aux articles 17 et 28 (3°) R.R.C.R., conformément aux articles 92 et 98 L.R.C.R. Il est décrit aux articles 18 à 26 R.R.C.R.

Il existe d'autres options de transfert telle la rente viagère dont nous ne traitons pas.

Les CRI et FRV **ne sont pas** des régimes de retraite au sens de l'article 6 L.R.C.R. Au contraire, ce sont des véhicules dans lesquels on peut investir les sommes transférées en provenance d'un régime de retraite. Les CRI et FRV ne sont pas des placements. En effet, le placement lui-même, c'est le produit d'investissement lui-même soit, par exemple, un fonds distinct, un fonds mutuel ou un certificat de placement garanti (ci-après « CPG »). Cependant, le transfert de sommes du régime de retraite vers ce placement choisi ne peut se faire que si ledit placement comporte une « enveloppe contractuelle spécifique » de CRI ou de FRV, c'est-à-dire que ces placements doivent contenir des clauses contractuelles particulières et conformes au contrat type CRI ou FRV imposé par le *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*. Ces clauses s'ajoutent au texte du contrat du véhicule de placement choisi. De plus, pour être des CRI ou FRV, ces placements doivent aussi être respectivement des régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») ou des fonds enregistrés de revenu de retraite (ci-après « FERR »). Pour résumer, la personne qui dit détenir un CRI détient un **placement** (fonds distinct, fonds mutuel, CPG, actions, obligations ou autres) avec un **statut fiscal de REÉR** et avec un **enrobage contractuel de CRI**. Pour le FRV, c'est la même chose mais il s'agit d'un FERR plutôt que d'un REÉR.

À l'article 28 R.R.C.R., on peut lire ce qui suit :

« 28. Les régimes de retraite non régis par la Loi et dans lesquels des transferts peuvent être effectués en application de l'article 98 de la Loi, sont :

[...]

3.1° un fonds de revenu viager visé à l'article 18;

4° un compte de retraite immobilisé visé à l'article 29;

[...] » (Notre soulignement)

Il ne faut pas s'y tromper : les CRI et FRV ne sont pas des régimes de retraite. Ils ne sont considérés être des régimes de retraite que pour l'application d'une section de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*. Il s'agit donc uniquement d'une fiction juridique. Ce sont les clauses contractuelles qui imiteront partiellement ou totalement des « effets naturels de la Loi ». Il faut cependant noter que l'article 264 L.R.C.R. prévoit que l'insaisissabilité s'applique aux sommes et aux prestations des CRI et FRV.

La différence principale (mais non la seule) entre un CRI et un FRV est que le CRI est conçu à la base pour l'accumulation et non pas pour le retrait des sommes (bien que cela soit aussi possible sous certaines conditions) alors que le FRV est plus un véhicule de décaissement avec un retrait minimum (le minimum du FERR selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸) et un retrait maximum (selon le contrat FRV conforme au *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*).

2.1. COMMENTAIRES SUR LE RREGOP

Les CRI et FRV provinciaux sont-ils tous pareils? Non. Il est possible d'avoir un CRI ou FRV dont les sommes proviennent d'un régime de retraite régi par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, un CRI ou FRV dont les sommes proviennent du RREGOP ou un CRI ou FRV issu de l'application de l'une ou l'autre de ces lois mais acquis par divorce (transfert au conjoint en règlement de la créance du patrimoine familial). Il faut faire très attention, car généralement aucune indication ne se retrouvera dans le CRI afin de les distinguer vu que les mentions contractuelles obligatoires de par la loi sont les mêmes. Cependant, les conséquences peuvent être différentes tel qu'il est expliqué plus loin dans le texte.

Le RREGOP n'est pas soumis à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*. Cependant, l'article 5 du *Règlement sur l'application du Titre IV.2 de la Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*⁹ prévoit que les sommes remboursées à un employé (qui

⁸ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁹ c. R-10, r.1.1.3.

a cessé de participer et qui n'a droit qu'à une rente différée) seront versées dans un CRI ou FRV au sens du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*. De plus, les articles 10 et 13 du *Règlement sur le partage et la cession des droits accumulés au titre du régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*¹⁰ établissent que les sommes versées au conjoint par suite du divorce (ou séparation de corps, dissolution de l'union civile et non pas de l'union de fait) doivent aussi être versées dans un CRI ou FRV au sens du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*.

Les CRI et FRV dont les sommes proviennent du RREGOP sont donc identiques (à une exception près) aux CRI et FRV issus d'un régime de retraite régi par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*. Les clauses contractuelles sont les mêmes.

2.2. COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES

Le *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension* fédéral prévoit l'existence d'outils de transfert des sommes provenant d'un régime de retraite fédéral (le régime de retraite s'appelle « régime de pension » dans la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*). Les principaux outils sont : le REÉR immobilisé, le REÉR immobilisé restreint, le FRV et le FRV restreint (*locked-in RRSP, restricted locked-in RRSP, life income fund, restricted life income fund*).

On notera que le second outil mentionné s'appelle plutôt « régime d'épargne immobilisé restreint » (RE immobilisé restreint) (*restricted locked-in savings plan*) (*restricted locked-in SP*) et non pas « régime enregistré d'épargne-retraite restreint » (REÉR immobilisé restreint). Aux fins de compréhension, de repérage et d'analogie, nous utiliserons néanmoins la désignation « REÉR immobilisé restreint » puisqu'il était inutile pour le législateur de changer « REÉR » par « RÉ » dans la loi, sinon pour créer plus de confusion. Gageons que les divers intervenants financiers confondront de toute façon les deux appellations, avec raison.

Les REÉR immobilisés et REÉR immobilisés restreints sont semblables au CRI provincial mais non identiques. Les FRV et FRV restreints sont semblables au FRV provincial mais non identiques.

¹⁰ c. R-10, r.1.5.

La différence principale entre un REÉR immobilisé et un REÉR immobilisé restreint et entre un FRV et un FRV restreint est que le droit de retirer une somme d'argent non immobilisée importante une seule fois et qui est de l'ordre de 50 % du véhicule est uniquement disponible pour les versions « non restreintes » du FRV et du REÉR immobilisé. Pour utiliser ce droit, il faut transférer toutes les sommes dans un FRV **restreint** et effectuer le retrait dans les 60 jours. Une fois que ce droit de retrait a été utilisé, le solde reste dans le véhicule FRV « **restreint** » afin qu'un second retrait de même nature ne soit pas possible. De plus, si le FRV restreint est reconverti en REÉR immobilisé, il doit l'être dans la version « restreinte » du REÉR immobilisé qui, elle, ne peut être reconvertie que dans la version « restreinte » du FRV et le critère de la provenance de l'argent (FRV ou REÉR immobilisé) ne sera pas respecté, empêchant un second retrait de 50 %. L'alinéa 20.3(1)n) R.N.P.P. concernant le FRV restreint édicte ce qui suit :

« [...] »

n) prévoit que si le fonds est établi pendant l'année civile au cours de laquelle son détenteur atteint l'âge de 55 ans ou toute année civile subséquente, celui-ci peut transférer 50 % des sommes du fonds dans un régime enregistré d'épargne-retraite ou dans un fonds enregistré de revenu de retraite dans les soixante jours suivant l'établissement du fonds de revenu viager restreint, si les conditions ci-après sont réunies :

(i) le fonds de revenu viager restreint est créé en raison du transfert du droit à pension en vertu de l'article 26 de Loi (*sic*) ou d'un transfert d'un régime enregistré d'épargne-retraite immobilisée ou d'un fonds de revenu viager,

(ii) le détenteur remet à l'institution financière qui est partie au contrat ou à l'arrangement établissant le fonds de revenu viager restreint la formule 2 de l'annexe V. »

3. AU DÉCÈS, UN CRI ET UN FRV PEUVENT-ILS ÊTRE VERSÉS À LA SUCCESSION, À UN BÉNÉFICIAIRE OU À QUI L'ON VEUT?

Le contrat de CRI doit contenir la mention suivante prévue à l'article 29 R.R.C.R. :

« 29. [...] »

La convention établissant le compte de retraite immobilisé doit être conforme au contrat type préalablement enregistré auprès de la Régie qui doit prévoir :

[...]

3° que, dans le cas où le constituant qui est un ancien participant ou un participant décède avant la conversion du solde du compte en rente, ce solde est versé à son conjoint ou, à défaut, à ses ayants cause;

[...]. » (Notre soulignement)

Le contrat de FRV, à l'article 19 R.R.C.R., est au même effet :

« 19. Le remplacement de la rente visée à l'article 92 de la Loi par une rente viagère n'est autorisé que si les dispositions du contrat établissant le fonds de revenu viager sont conformes à celles du contrat type préalablement enregistré auprès de la Régie qui prévoient :

[...]

4° que dans le cas où le constituant qui est un ancien participant ou un participant décède avant la conversion de la totalité du solde du fonds en rente viagère, son conjoint ou, à défaut, ses ayants droit ont droit à une prestation dont le montant est égal à ce solde;

[...]. » (Notre soulignement)

3.1. LE CONJOINT A PRIORITÉ

Les règles du CRI et du FRV prévoient que c'est le conjoint qui a le droit de recevoir 100 % de la prestation (contrairement à la créance du patrimoine familial qui est de 50 %) en cas de décès du participant ou ex-participant (**et** qui est le constituant dans le cas du CRI et du FRV). Puisque le législateur a précisé que c'est le conjoint qui y a droit, cela implique que le conjoint recevra la somme directement, sans passer par la succession. Cette somme ne servira donc pas à payer les créanciers de la succession. Il s'agit par conséquent d'une forme de prestation qui crée un droit de créance du conjoint envers l'émetteur du CRI ou du FRV selon le cas.

3.2. EN L'ABSENCE DE CONJOINT

Tous ces véhicules prévoient, en l'absence de conjoint, que la prestation sera versée aux ayants cause/ayants droit. À notre avis, ce n'est pas la propriété des CRI et FRV qui fait partie de la succession mais plutôt un droit de créance. La prestation est payable au bénéficiaire lorsqu'il est possible d'effectuer une telle désignation de bénéficiaire sur le produit de placement choisi (c'est-à-dire que le produit de placement est une rente ou rente/fonds distinct). Si une telle désignation de bénéficiaire n'est pas possible (comme sur la presque totalité des fonds mutuels), aucun ayant cause particulier n'est donc précisé et la succession (en fait le constituant, mais puisqu'il est décédé, c'est la succession) aura un droit de créance envers l'émetteur du

CRI ou du FRV. Le CRI et le FRV n'existent plus au décès. Il ne reste que les droits de créance envers l'émetteur.

Selon le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*¹¹, un **ayant cause** est une « [P]ersonne qui a acquis les droits et obligations d'une autre personne appelée auteur ». À notre avis et dans la pratique, cette personne peut avoir acquis ces droits par désignation d'un bénéficiaire directement dans le CRI, le FRV (lorsque le produit le permet) ou auprès de la caisse de retraite, selon le cas.

Les dispositions du *Code civil du Québec*¹² sur les bénéficiaires des régimes de retraite (art. 2445 à 2460 C.c.Q.) ne s'appliquent donc pas au CRI et FRV (bien que ces dispositions s'appliquent au régime de retraite lui-même) et on ne peut pas nommer des bénéficiaires sur des prestations provenant de ces contrats sauf si le produit d'investissement lui-même le permet, par exemple lorsqu'il s'agit d'une rente (art. 2379 C.c.Q.) (on notera qu'un fonds distinct est un contrat de rente et qu'un fonds mutuel n'en est pas généralement un).

Le Code civil du Québec contient la disposition suivante à l'article 2379 :

« 2379. La désignation ou la révocation d'un créancier autre que la personne qui a fourni le capital de la rente, est régie par les règles de la stipulation pour autrui.

Toutefois, la désignation ou la révocation d'un créancier, au titre de rentes pratiquées par les assureurs ou dans le cadre d'un régime de retraite, est régie par les règles du contrat d'assurance relatives aux bénéficiaires et aux titulaires subrogés, compte tenu des adaptations nécessaires. » (Notre soulignement)

3.3. APPLICATIONS DE LA RÈGLE

Qu'arriverait-il si le constituant effectuait des désignations de bénéficiaire en faveur d'une personne autre que son conjoint alors qu'il a précisément la chance d'avoir un conjoint dans sa vie?

¹¹ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

¹² L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

Prenons l'exemple suivant :

- Pierre est le constituant d'un CRI de 100 000 \$.
- Comme véhicule de placement, il a choisi un fonds distinct (ce qui lui permet de choisir des bénéficiaires contrairement à un fonds mutuel).
- Le bénéficiaire du CRI est son fils Étienne.
- Il est conjoint de fait avec Marie depuis 10 ans. Marie n'est pas la mère d'Étienne.
- Il a fait un testament olographe par lequel il lègue tous ses biens à Étienne, Marie étant financièrement très autonome.
- Pierre décède.

Le contrat de CRI contenant une clause impérative attribuant la prestation au conjoint prioritairement, la désignation facultative en faveur de son fils, en vertu du contrat de fonds distinct, passera en deuxième. Les 100 000 \$ seront payables à Marie, à titre de conjointe. Cela signifie-t-il qu'il est inutile de faire une désignation d'une autre personne que le conjoint lorsqu'on a un conjoint? Non. Si Marie décède avant Pierre ou si elle cesse de se qualifier à titre de conjointe, c'est le bénéficiaire désigné qui recevra la somme au décès de Pierre. À moins bien sûr que Pierre n'ait une nouvelle conjointe qui se qualifie par la suite.

CRI ou FRV acquis par divorce

Si le constituant du CRI ou du FRV n'est pas un participant ou ex-participant du régime, c'est-à-dire qu'il a acquis le CRI ou FRV par le partage du patrimoine familial d'un divorce antérieur (cas fréquents) ou dans le cadre d'une séparation de fait avec partage forcé par une convention de vie commune ou volontairement (cas rares) (par. 146(16) et 147.3(5) L.I.R., art. 107 et 110 L.R.C.R.), la priorité au conjoint ne s'applique pas et le constituant peut désigner le bénéficiaire de son choix (toujours seulement si le produit permet une telle désignation comme une rente/fonds distinct).

3.4. COMMENTAIRES SUR LE RREGOP

Les CRI et FRV dont les sommes proviennent du RREGOP étant constitués conformément au *Règlement sur les régimes complémentaires de*

retraite, les clauses contractuelles sont les mêmes concernant la prestation de décès et la priorité au conjoint.

3.5. COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES

Voir les commentaires de la section concernant la définition de conjoint.

4. QUELLE EST LA DÉFINITION DE CONJOINT AU SENS DES RÉGIMES DE RETRAITE?

La *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* définit le conjoint comme suit :

« 85. Pour l'application de la présente sous-section, le conjoint est la personne qui, au jour considéré en vertu du deuxième alinéa :

1° est liée par un mariage ou une union civile à un participant;

2° vit maritalement avec un participant non marié ni uni civilement, qu'elle soit de sexe différent ou de même sexe, depuis au moins trois ans ou, dans les cas suivants, depuis au moins un an :

- un enfant au moins est né ou à naître de leur union;
- ils ont conjointement adopté au moins un enfant durant leur période de vie maritale;
- l'un d'eux a adopté au moins un enfant de l'autre durant cette période.

[...]

Séparation de corps.

Malgré le paragraphe 1° du premier alinéa, la personne qui est judiciairement séparée de corps du participant au jour où s'établit la qualité de conjoint n'a droit à aucune prestation en vertu de la présente sous-section, à moins qu'elle ne soit l'ayant cause du participant ou que celui-ci n'ait transmis l'avis prévu à l'article 89. » (Notre soulignement)

Cet article de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* s'applique aussi au CRI et au FRV en vertu des articles 16 et 27 R.R.C.R.

Conjoint marié ou uni civilement

On remarque que la priorité est accordée au conjoint marié. Lorsqu'une personne se qualifie à ce titre, aucun conjoint de fait ne se qualifie.

Conjoint marié mais judiciairement séparé de corps

Si le participant est marié mais judiciairement séparé de corps et non divorcé de son conjoint, ledit conjoint ne se qualifie plus à titre de conjoint pour la prestation de décès. Mais, puisque le participant est toujours marié, **personne** ne peut se qualifier comme son conjoint même un conjoint de fait de trois ans, tant que ledit participant ne divorce pas.

(Note : la séparation de corps n'est pas la séparation de fait : il faut un jugement en séparation de corps pour être séparé de corps.)

Conjoint de fait

Si le participant n'est pas marié ni uni civilement, son conjoint sera la personne du moment qui se qualifie (3 ans ou 1 an avec enfant).

4.1. COMMENTAIRES SUR LE RREGOP

Les CRI et FRV dont les sommes proviennent du RREGOP étant constitués conformément au *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, la définition de conjoint qui doit être utilisée est celle de l'article 85 L.R.C.R., tel qu'il est précisé à l'article 16 R.R.C.R. La définition de conjoint dans la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics* ne doit donc pas être utilisée pour les CRI et FRV dont les sommes proviennent du RREGOP.

4.2. COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES

Pour les cas relevant de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, il faut lire l'article suivant :

« 2. (1) [...]

“conjoint de fait” La personne qui vit avec la personne en cause dans une relation conjugale depuis au moins un an.

[...]

“survivant” S'entend :

a) soit, en cas d'inapplication de l'alinéa b), de l'époux du participant actuel ou ancien au décès de celui-ci;

b) soit du conjoint de fait du participant actuel ou ancien au décès de celui-ci.

[...]

(4) Sauf à l'article 25, la mention de "époux ou conjoint de fait" relativement au participant actuel ou ancien qui est séparé de son époux et vit avec un conjoint de fait vaut mention du conjoint de fait. »

Le conjoint de fait est donc le survivant, s'il en est un qui se qualifie au moment du décès. Sinon, le survivant sera le conjoint marié. De plus, contrairement aux régimes provinciaux, il suffit d'une année de cohabitation pour être conjoint de fait et non pas trois années. Par contre, le fait d'avoir un enfant issu de l'union ne peut aider à qualifier le conjoint de fait plus rapidement.

Il convient de noter que le « survivant » en question est le « survivant » de l'ancien participant. Cela veut dire que lorsque le REÉR immobilisé, le REÉR immobilisé restreint, le FRV ou le FRV restreint a été acquis par le partage du patrimoine familial à la suite d'un divorce (ou d'un jugement en séparation de corps ou dans le cas de la dissolution de l'union civile (ne pas confondre avec l'union de fait)) ou par suite du décès de l'ancien participant, la règle de la priorité de paiement au survivant ne s'appliquera pas et ces sommes seront versées à la succession ou, si le produit de placement est une rente/fonds distinct, au bénéficiaire désigné.

5. UN CONJOINT ADMISSIBLE PEUT-IL RENONCER D'AVANCE À LA PRESTATION EN CAS DE DÉCÈS PRÉVUE AU CRI ET AU FRV?

Pour un régime de retraite, selon l'article 88.1 L.R.C.R., il est possible de renoncer à la prestation au conjoint survivant. Cette renonciation peut cependant être révoquée par le conjoint.

« **88.1.** Le conjoint d'un participant peut renoncer aux droits que lui accorde la présente sous-section en transmettant au comité de retraite une déclaration contenant les renseignements prescrits par règlement. Le conjoint peut également révoquer cette renonciation pourvu que le comité en soit informé par écrit avant le décès du participant ou, dans le cas de la rente visée au deuxième alinéa de l'article 87, avant le début du service de la rente du participant. »

Effets.

La renonciation prévue au présent article n'entraîne pas renonciation aux droits qui peuvent échoir au conjoint à titre d'ayant cause du participant. De plus, malgré une telle renonciation, le régime de retraite est, pour l'application de l'article 415 du Code civil, réputé régi par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès. »

Pour éviter la confusion, il convient de noter que cet article concerne aussi bien la renonciation à la prestation de décès que la renonciation à la réversibilité de la rente viagère de retraite.

Cette renonciation est-elle possible pour les CRI et les FRV? Les dispositions contractuelles obligatoires du CRI et du FRV (art. 19 et 29 R.R.C.R.) permettent la renonciation à la prestation de décès.

L'article 29 R.R.C.R. prévoit ce qui suit pour les CRI :

« [...] »

6° que le conjoint du constituant peut, par avis écrit notifié à l'établissement financier, renoncer à son droit de recevoir le versement prévu au paragraphe 3 ou la rente prévue au paragraphe 5, et qu'il peut révoquer une telle renonciation en transmettant à l'établissement financier un avis écrit à cet effet avant le décès du constituant, dans le cas visé au paragraphe 3, et avant la date de conversion de tout ou partie du solde du compte en rente viagère, dans le cas visé au paragraphe 5; [...]. »

Cela veut-il dire qu'il faut uniquement se référer aux dispositions contractuelles et non pas à l'article 88.1 L.R.C.R. afin de déterminer la portée des règles de la renonciation applicables aux CRI et FRV? Oui, bien que cet article puisse nous servir à interpréter les clauses contractuelles. Nous déduisons que le législateur voulait que la clause contractuelle soit au même effet que l'article 88.1 L.R.C.R. avec les adaptations nécessaires.

5.1. COMMENTAIRES SUR LE RREGOP

Les CRI et FRV dont les sommes proviennent du RREGOP étant constitués conformément au *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, les clauses contractuelles concernant la renonciation sont les mêmes.

5.2. COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES

Aucune disposition de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* ni du *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension* ne permet au conjoint survivant de renoncer d'avance à la prestation de décès en faveur du conjoint survivant contenue dans un REÉR immobilisé, un REÉR immobilisé restreint, un FRV ou un FRV restreint.

6. LA PRESTATION DE DÉCÈS DU CRI ET DU FRV VERSÉE AU CONJOINT EST-ELLE IMMOBILISÉE?

Premièrement, l'immobilisation des CRI et FRV est créée par les clauses contractuelles qui précisent que dans la majorité des cas, les sommes ne pourront servir qu'à la constitution d'une rente viagère.

L'article 29 R.R.C.R. prévoit ceci pour les CRI :

« [...] »

2° qu'à l'exception des cas visés aux paragraphes 3 et 8 à 9.1, le solde du compte ne peut qu'être converti en rente viagère garantie par un assureur et établie pour la durée de la vie du constituant seul ou pour la durée de la vie du constituant et celle de son conjoint; [...]. »

Deuxièmement, les CRI et FRV sont respectivement des REÉR non échus et des FERR. Ces véhicules cessent donc d'être des REÉR et des FERR au décès. Les sommes peuvent être encaissées ou « roulées » au conjoint. En effet, même dans les cas de roulement au conjoint, l'ancien régime fiscal est terminé et l'argent comptant reçu est versé dans le REÉR ou le FERR du conjoint par le conjoint lui-même de son propre gré s'il désire effectuer le roulement.

Troisièmement, aucune disposition de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* ni du *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite* ne régit le nouveau REÉR ou FERR. Ces deux nouveaux véhicules ne sont pas non plus des régimes de retraite et aucune immobilisation des fonds n'est applicable puisque aucune clause contractuelle obligatoire à cet effet n'est requise dans le nouveau contrat REÉR/FERR.

Donc les sommes ne sont plus immobilisées après le décès, qu'elles soient « roulées » ou non.

6.1. COMMENTAIRES SUR LE RREGOP

Les CRI et FRV dont les sommes proviennent du RREGOP étant constitués conformément au *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, les clauses contractuelles sont les mêmes concernant l'existence et l'absence d'immobilisation.

6.2. COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES

La situation est bien différente au fédéral.

Les alinéas 20(1)b) et 20.1(1)i) R.N.P.P. établissent que les contrats de REÉR immobilisé et de FRV doivent contenir une clause qui prévoit le versement, au décès du détenteur, au survivant **dans un REÉR immobilisé, un FRV ou un FRV restreint**. Les sommes continueront donc d'être immobilisées après le décès du détenteur **si les sommes sont versées au survivant**.

Selon les alinéas 20.2(1)b) et 20.3(1)i) R.N.P.P., les contrats de REÉR immobilisés restreints et FRV restreints doivent contenir une clause qui prévoit le versement, au décès du détenteur, au survivant **dans un REÉR immobilisé, un REÉR immobilisé restreint, un FRV ou un FRV restreint**. Les sommes continueront donc d'être immobilisées après le décès du détenteur **si les sommes sont versées au survivant**.

Cependant, si la prestation est versée **à une autre personne que le survivant** (parce qu'il n'y a personne qui se qualifie à titre de survivant), l'argent peut être versé sans être immobilisé.

Il convient de noter que le « survivant » en question est le « survivant » de l'ancien participant. Cela veut dire que lorsque le REÉR immobilisé, le REÉR immobilisé restreint, le FRV ou le FRV restreint a été acquis par le partage du patrimoine familial à la suite d'un divorce (ou d'un jugement en séparation de corps ou dans le cas de la dissolution de l'union civile) ou par suite du décès de l'ancien participant, **la règle d'immobilisation ne s'appliquera pas lorsque ces sommes seront à nouveau versées à quiconque au décès du détenteur actuel (qui n'est pas l'ancien participant au régime)**.

7. LE CRI ET LE FRV SONT-ILS INCLUS DANS LE PATRIMOINE FAMILIAL AU DÉCÈS?

« 415. Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont [...] les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite. Le versement de cotisations au titre d'un régime de retraite emporte accumulation de droits au titre de ce régime; il en est de même de la prestation de services reconnus aux termes d'un régime de retraite.

[...]

Sont toutefois exclus du patrimoine familial, si la dissolution du mariage résulte du décès, les gains visés au deuxième alinéa ainsi que les droits accumulés au titre d'un régime de retraite régi ou établi par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès.

[...]

Pour l'application des règles sur le patrimoine familial, est un régime de retraite :

- le régime régi par la Loi sur les régimes complémentaires de retraite ou celui qui serait régi par cette loi si celle-ci s'appliquait au lieu où l'époux travaille,
- le régime de retraite régi par une loi semblable émanant d'une autorité législative autre que le Parlement du Québec,
- le régime établi par une loi émanant du Parlement du Québec ou d'une autre autorité législative,
- un régime d'épargne-retraite,
- tout autre instrument d'épargne-retraite, dont un contrat constitutif de rente, dans lequel ont été transférées des sommes provenant de l'un ou l'autre de ces régimes¹³. » (Notre soulignement)

Nous savons tous que le décès provoque la rupture du lien matrimonial et le partage du patrimoine familial. Le partage du patrimoine familial est le partage de la valeur des biens et non pas le partage des biens eux-mêmes. Bien entendu, le paiement de cette dette peut se faire par la remise de la propriété des biens eux-mêmes. Selon l'article 415 C.c.Q., il faudra exclure la valeur des régimes de retraite du calcul de la valeur du patrimoine familial si le patrimoine est partagé à l'occasion du décès, mais attention : seulement les régimes de retraite qui accordent au conjoint survivant le droit à des prestations de décès.

Nous tenons d'entrée de jeu à préciser au lecteur que la jurisprudence est quasiment muette sur les points qui suivent concernant l'application de l'article 415 C.c.Q. Il s'agit donc de notre opinion personnelle et nous tentons d'appliquer une interprétation logique qui donne un effet souhaitable et juste à la loi. Il est clair selon nous que la rédaction de l'article 415 C.c.Q. mérite actuellement une révision et plusieurs précisions.

Un premier point à régler est la qualification du CRI et du FRV. Ces véhicules ne sont pas des régimes de retraite tels qu'il est précisé ci-dessus.

¹³ Art. 415 C.c.Q.

Cependant, aux fins de l'application des articles du patrimoine familial, les CRI et FRV **sont** des régimes de retraite. Le CRI et le FRV entrent clairement dans la catégorie « **tout autre instrument d'épargne-retraite, dont un contrat constitutif de rente, dans lequel ont été transférées des sommes provenant de l'un ou l'autre de ces régimes** ».

On notera que, selon notre interprétation bien personnelle, ce sont les « **droits** » qui doivent avoir été accumulés « **au titre d'un régime de retraite régi ou établi par une loi** » et ce sont ces « **droits** » qui sont exclus du patrimoine familial si ledit régime de retraite « **accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès** ».

Pourquoi cette nuance de notre part? Eh bien, la logique derrière l'exclusion des régimes de retraite du patrimoine familial au décès est la suivante : le conjoint survivant peut réclamer la prestation de décès du régime de retraite directement auprès du régime de retraite. Cette prestation ne fait pas partie de la succession. De plus, la prestation est de 100 % de la valeur et non pas 50 % comme c'est le cas du patrimoine familial. Alors, il est logique d'exclure la valeur du régime de retraite au décès sinon le conjoint recevrait 100 % du régime par l'intermédiaire d'une créance envers le régime et 50 % par l'intermédiaire de la créance du patrimoine familial envers la succession. Il va sans dire que la créance du patrimoine est une dette et qu'elle sera payée avant que les autres héritiers reçoivent leur part. Cette situation forcerait le liquidateur à piger dans les autres biens de la succession pour payer une dette relative à un bien qui n'en fait pas partie et qui, par ailleurs, a déjà été reçu à 100 % par le conjoint! Évidemment, tel ne peut être l'intention du législateur et nous rejetons toute interprétation qui pourrait avoir cet effet.

Les effets décrits au paragraphe précédent doivent être analysés en tenant compte du fait qu'il n'y a que la partie accumulée durant le mariage qui est incluse ou non incluse dans le patrimoine familial selon le cas. Cette valeur peut être très petite, par exemple lors d'un mariage d'un an. Cependant, la priorité de paiement au conjoint survivant concerne l'entièreté du CRI, y compris les années antérieures durant lesquelles les conjoints ne se connaissaient pas!

Notons également que cet article ne limite pas cette application au décès **du détenteur** du régime de retraite. En effet, si le conjoint est protégé à 100 % lors du décès du participant, en contrepartie, il est normal que le participant conserve tous ses droits au décès de son **conjoint** si c'est le conjoint qui décède le premier plutôt que le participant, par l'exclusion de la valeur du CRI/FRV du patrimoine familial.

Les CRI et FRV ne sont pas des régimes « régis ou établis par une loi ». Donc, à première vue, bien qu'ils soient des régimes de retraite en vertu de l'article 415 C.c.Q., ils ne seraient pas exclus du patrimoine au décès. En effet, les CRI et FRV sont de nature contractuelle et la loi ne les régit pas. Une interprétation stricte de l'article 415 C.c.Q. nous plongerait dans le problème décrit ci-dessus. Voilà pourquoi nous précisons que ce sont les **droits** qui doivent avoir été **accumulés** au titre d'un régime de retraite régi ou établi par une loi. Le simple fait que ces droits aient été transférés dans un CRI ou FRV par la suite ne les disqualifie pas. Il s'agit seulement de voir si la loi qui régissait le régime de retraite « source » prévoyait des prestations au conjoint survivant et si elles ont été incorporées dans le contrat type obligatoire pour les CRI et FRV (et si, dans les faits, il existait une possibilité que le conjoint survivant du moment reçoive la prestation dans l'hypothèse où c'est le participant qui serait décédé le premier). Nous rappelons au lecteur qu'il s'agit de notre interprétation personnelle.

Donc ces droits, même s'ils ont été transférés dans un CRI ou FRV, devraient être exclus du calcul du patrimoine familial au décès si le régime de retraite accorde au survivant le droit à des prestations.

Quelle est la portée de « accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès »? Afin de répondre à cette question, nous vous invitons fortement à consulter le texte de M^e Mireille Deschênes¹⁴.

Une problématique particulière peut se produire. Disons que M. X possède uniquement un CRI de 100 000 \$ et que M^{me} Y ne possède rien. Ils sont mariés et l'un des deux décède.

Supposons que M. X décède en premier. La valeur du CRI doit-elle être incluse dans le calcul du patrimoine familial au décès? Puisque le régime de retraite (le CRI) accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès, la valeur du CRI sera exclue du calcul du patrimoine familial. Donc, M^{me} Y ne recevra pas 50 % du CRI à la suite du partage mais elle recevra plutôt 100 % du CRI à titre de créancière envers l'émetteur du CRI.

Supposons maintenant que M^{me} Y décède la première. Le droit à la créance du patrimoine familial étant transmissible au décès, la succession de

¹⁴ Mireille DESCHÊNES, « La rédaction des clauses relatives au partage des fonds de pension et autres véhicules de retraite : cherchez l'erreur », dans *Formation permanente Barreau du Québec, Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, pp. 113-126.

M^{me} Y pourra réclamer sa part. Mais le CRI fait-il partie du calcul du patrimoine au décès?

- Dans l'affirmative, M. X, toujours vivant, pourrait présenter certains problèmes de santé lorsqu'il apprendra qu'il doit verser la moitié de son CRI (en fait, sa retraite...) à quelqu'un d'autre (si l'héritier en vertu du testament n'est pas lui-même)! Pire encore, aucune disposition ne permettant cession ou la saisie du CRI, il devra piger dans ses autres biens personnels ou revenus pour payer cette dette. Cela n'est sûrement pas ce que législateur avait comme objectif.
- Sinon, la dette du patrimoine est égale à zéro et il n'y a pas de problème.

Pour le savoir, il faut se demander si le CRI prévoyait des prestations au conjoint survivant au décès.

Selon nous, le CRI (et le FRV) prévoit de telles prestations, c'est-à-dire le conjoint survivant du **constituant** aurait eu droit à la prestation de décès advenant le décès du **constituant**. Le fait que le **conjoint du constituant soit décédé en premier** n'est pas une condition mentionnée à l'article 415 C.c.Q. et ne devrait pas empêcher que le CRI soit exclu de la valeur du patrimoine au décès. En effet, on peut difficilement interpréter la loi autrement **puisque aucune loi** ne prévoit de versement au décès du conjoint du participant ou du constituant. Cela n'aurait pas de sens. N'oublions pas non plus que l'objectif des lois concernant les régimes de retraite est de fournir une retraite convenable aux participants.

Le lecteur comprendra que nous utilisons une interprétation souple pour pallier les très nombreuses zones grises de la loi.

7.1. COMMENTAIRES SUR LE RREGOP

Les CRI et FRV dont les sommes proviennent du RREGOP étant constitués conformément au *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, les clauses contractuelles sont les mêmes. On notera que le RREGOP est un « régime établi par une loi », en l'occurrence la *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*. En effet, le régime est créé par cette loi et non pas seulement « régi par une loi » comme les régimes de retraite privés qui sont établis par convention privée mais régis par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

7.2. COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES

On aura peut-être deviné que les règles fédérales posent problème face aux règles provinciales du patrimoine familial.

En effet, les REÉR immobilisés, REÉR immobilisés restreints, FRV et FRV restreints sont payables en priorité au survivant et le survivant en question est prioritairement le conjoint de fait d'un an ou plus s'il en existe un. Qu'une demande en divorce ait été introduite ou non, qu'un jugement en séparation de corps existe ou non, que la procédure de divorce traîne en longueur ou non, le conjoint de fait a priorité.

Donc si la somme est, dans les faits, payée au conjoint de fait à la suite du décès du détenteur qui est un ex-participant, peut-on dire qu'à ce moment (le moment du décès), la loi qui régissait le régime de retraite n'accordait pas de prestation de décès au survivant (attention : ce survivant-là est le survivant de l'article 415 C.c.Q. donc le conjoint marié)? Telle est notre interprétation, avec les mêmes réserves mentionnées ci-dessus. Espérons que les tribunaux penseront la même chose et qu'un tel véhicule ne soit pas exclu du calcul du patrimoine familial au décès sinon cela pourrait entraîner des injustices. De plus, même si cette interprétation est acceptée, il n'en demeure pas moins que les fonds sont quand même versés au conjoint de fait et que le conjoint veuf (ex-conjoint marié) verra sa créance du patrimoine être prélevée à même d'autres biens de la succession (s'il y en a).

8. LES CRI ET FRV ET LEURS PRESTATIONS DE DÉCÈS SONT-ILS INSAISSABLES?

Pour les régimes de retraite régis par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, l'article 264 L.R.C.R. et l'article 553 du *Code de procédure civile*¹⁵ rendent le capital et les prestations insaisissables.

Pour les CRI et FRV issus de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* et conformes au *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, l'article 264 L.R.C.R. rend le capital et les prestations insaisissables.

À la suite de la décision *Poulin c. Serge Morency et Associés Inc.*¹⁶ et en appliquant les notions courantes d'insaisissabilité, nous pouvons tirer

¹⁵ L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »).

¹⁶ [1999] 3 R.C.S. 351 (ci-après « *Poulin* »).

certaines conclusions concernant l'insaisissabilité et, peut-être, oser certaines planifications.

Premièrement, le régime de retraite est insaisissable.

Deuxièmement, la somme versée lors d'un transfert au CRI est aussi insaisissable.

Troisièmement, le CRI est lui-même insaisissable.

Quatrièmement, la prestation de décès du CRI (comme celle du régime de retraite) est aussi insaisissable. Il semble assez probable selon la décision *Poulin* que l'insaisissabilité de la prestation n'a qu'un seul effet : on ne peut faire une saisie auprès de l'émetteur du CRI (ou du régime de retraite).

Cela aurait pour effet que la prestation pourrait être versée au conjoint (sans passer par la succession du décédé tel qu'il est expliqué plus haut dans le présent article) et que le conjoint aurait probablement les possibilités suivantes :

- Le conjoint encaisse l'argent non immobilisé et cet argent devient saisissable par ses propres créanciers.
- Le conjoint fait transférer ces sommes non immobilisées dans un véhicule de placement quelconque et ce véhicule sera saisissable par ses propres créanciers.
- Le conjoint fait transférer ces sommes non immobilisées directement dans un véhicule de placement insaisissable tel un contrat de rente/fonds distinct (comportant les bénéficiaires appropriés) et ce véhicule **ne sera pas saisissable** par ses créanciers. Il convient de noter que dans ce dernier cas, **en aucun temps** les sommes ne sont saisissables. Il serait difficile pour un syndic de faillite de prétendre qu'une somme a été retirée de l'actif partageable de la faillite en fraude des droits des créanciers puisqu'elle n'en a jamais fait partie.

8.1. MISE EN GARDE

La saisissabilité étant la règle et l'insaisissabilité étant l'exception, en cas de doute les articles concernant l'insaisissabilité doivent être interprétés en faveur de la saisissabilité. Dans un tel contexte, il est extrêmement hasardeux de garantir un résultat en faveur de l'insaisissabilité.

8.2. COMMENTAIRES SUR LE RREGOP

Pour le RREGOP, l'article 222 L.R.R.E.G.O.P. prévoit que les sommes payées ou remboursées sont insaisissables. L'article 553 C.p.c. prévoit que les prestations, le capital et les sommes versées sont insaisissables. Toutefois, le dernier alinéa de cet article crée une exception selon laquelle les sommes mentionnées peuvent être saisies jusqu'à 50 % dans le cas de partage du patrimoine familial ou du paiement d'une dette alimentaire ou d'une prestation compensatoire.

Pour les CRI et FRV dont les sommes proviennent du RREGOP et conformes au *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, aucun article du RREGOP ne les protège. Ils sont donc saisissables, ce qui constitue la différence d'avec les CRI et FRV issus de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*. Pour contourner le problème, il serait judicieux de maintenir l'insaisissabilité en profitant du fait que les sommes versées en provenance du RREGOP sont insaisissables, en les faisant verser directement dans un CRI ou FRV dont le véhicule de placement est insaisissable, tel un contrat de rente/fonds distinct (comportant les bénéficiaires appropriés).

8.3. COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES

Les alinéas 20(1)c), 20.1(1)j), 20.2(1)c) et 20.3(1)j) R.N.P.P. établissent que les contrats de REÉR immobilisé, REÉR immobilisé restreint, FRV et FRV restreint doivent contenir une clause qui prévoit l'incessibilité des fonds. Mais sont-ils insaisissables? Aucune disposition légale ou contractuelle de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* ou du *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension* ne prévoit l'insaisissabilité de ces contrats. On peut certainement effectuer une saisie sur ces véhicules. La saisie peut donc certainement permettre de recouvrer les prestations en provenance de ces véhicules. Cependant, il est possible que l'on invoque le fait que le saisissant n'a pas plus de droits que le saisi. Puisque le saisi est limité dans ses droits de retrait, le saisissant y serait soumis aussi. Nous ne sommes pas sûrs de la solidité de cet argument et il faudrait pousser plus en profondeur la recherche sur ce point.

Dans un contexte de faillite, depuis juillet 2007, les REÉR et les FERR sont protégés. Les contrats mentionnés au paragraphe précédent sont, fiscalement, des REÉR et des FERR et, à ce titre, devraient bénéficier de la

protection de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁷. Mais nous référons le lecteur à notre article du Congrès 2008 de l'Association de planification fiscale et financière¹⁸. À notre avis, il est fort possible que cette disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* soit contestée pour cause d'inconstitutionnalité.

9. COMMENT FONCTIONNE L'IMPOSITION DES RÉGIMES DE RETRAITE, DES CRI ET DES FRV AU DÉCÈS?

Les CRI et FRV sont respectivement fiscalement des REÉR non échus et des FERR. Leur fiscalité au décès est donc celle de ces régimes fiscaux et l'impôt est payable par le décédé (nous vous référons donc à la Partie A du présent texte). Il convient de noter que, aux fins de roulement au conjoint ou à l'enfant, les prestations de décès de ces produits sont payables directement au conjoint (dans le cas de la préséance du conjoint) ou au bénéficiaire désigné (pour les rentes/fonds distincts) et ne passent pas sous le contrôle du liquidateur de la succession. Ils constituent donc ce qu'on appelle un « transfert direct » selon la définition du « remboursement de prime »¹⁹ et celle de la « prestation désignée »²⁰.

La fiscalité des régimes de retraite (donc **excluant** les CRI et FRV) est régie aux articles 147.1 à 147.3 L.I.R. Une prestation de décès d'un régime de retraite peut être « roulée » dans un REÉR ou un FERR si elle est versée au conjoint (par. 147.3(7) L.I.R.).

En l'absence de roulement, la prestation de décès du régime de retraite (donc **excluant** les CRI et FRV) est imposable entre les mains du bénéficiaire de cette prestation²¹. La prestation est donc imposable dans les mains de celui qui la reçoit, ce qui est très différent de la somme reçue du REÉR/CRI et du FERR/FRV qui est imposable dans les mains du décédé.

Il convient de noter qu'on peut nommer des bénéficiaires dans un régime de retraite en vertu de l'article 64 L.R.C.R.

¹⁷ L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

¹⁸ Serge LESSARD, « Sujets de l'heure en planification financière : que valent vos REÉR lors d'une faillite? », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 44:1-14.

¹⁹ Par. 146(1) « remboursement de primes » L.I.R.

²⁰ Par. 146.3(1) « prestation désignée » L.I.R.

²¹ S.-al. 56(1)a(i) L.I.R.

9.1. COMMENTAIRES SUR LE RREGOP

Le RREGOP est un régime de retraite au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et ses prestations seront imposées à ce titre.

Les CRI et FRV dont les sommes proviennent du RREGOP étant constitués conformément au *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, l'imposition sera la même que pour ceux issus de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*.

9.2. COMMENTAIRES SUR LES NPP FÉDÉRALES

Le régime de retraite fédéral en vertu de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* est un régime de retraite au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et ses prestations seront imposées à ce titre.

Les REÉR immobilisés, REÉR immobilisés restreints, FRV et FRV restreints étant respectivement des REÉR et des FERR au sens fiscal, leur fiscalité au décès sera celle de ces régimes.

PARTIE C

CÉLI, REÉI, REÉÉ et RPDB au décès

Natalie Hotte, D. Fisc, Pl. Fin., expert-conseil
Banque Nationale Gestion privée 1859
Financière Banque Nationale

INTRODUCTION*

Les arrangements d'épargne spéciaux (régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR »), etc.) ayant un ou plusieurs avantages fiscaux tels que l'accumulation des sommes à l'abri de l'impôt doivent un jour ou l'autre être imposés ou cesser leur accumulation à l'abri de l'impôt. Souvent, ces conséquences surviennent au retrait des sommes du compte ou au décès. Quelques mesures de roulement en faveur du conjoint ou d'un enfant à charge permettent de retarder un peu ce moment. Cependant, les règles diffèrent d'un type d'arrangement à l'autre. Le présent texte fait l'analyse des arrangements du compte d'épargne libre d'impôt (ci-après « CÉLI »)¹, du régime enregistré d'épargne-invalidité (ci-après « REÉI »), du régime enregistré d'épargne-études (ci-après « REÉÉ ») et finalement du régime de participation différée aux bénéficiaires (ci-après « RPDB ») au décès. On expliquera d'abord les règles générales d'application, pour ensuite voir celles qui prévoient des roulements et, finalement, les cas d'exception. Il convient de noter que l'utilisation du terme « conjoint » dans le présent texte se réfère à l'époux ou au conjoint de fait et, au Québec, aux conjoints unis civilement. À moins d'avis contraire dans le texte, les mesures du Québec sont harmonisées avec celle du fédéral.

* L'auteure aimerait remercier M^c Caroline Marion, notaire, D. Fisc., Pl. Fin., de ses précieux conseils, commentaires et explications. Toute erreur est cependant de l'entière responsabilité de l'auteure.

¹ Afin de compléter cette section du présent texte, nous référons le lecteur à un article publié après la diffusion de notre conférence, lequel explique bien les éléments juridiques et testamentaires du CÉLI au décès : Lucie QUESNEL, « Incidences du nouveau compte d'épargne libre d'impôt sur la rédaction testamentaire et sur le règlement de succession », (2010), vol. 19, n^o 4 *Entracte, Le journal de la Chambre des notaires du Québec* 8-9.

PARTIE I – COMPTE D'ÉPARGNE LIBRE D'IMPÔT

1. MODE DE DÉTENTION

La *Loi de l'impôt sur le revenu*² définit la notion d'arrangement admissible aux fins du CÉLI comme étant un arrangement conclu entre un émetteur et un particulier (autre qu'une fiducie) qui est âgé de 18 ans et plus et qui constitue :

- un arrangement en fiducie conclu avec un émetteur qui est une société autorisée par une législation fédérale ou provinciale à exercer une entreprise d'offre au public de services de fiduciaire; ou
- un contrat de rente conclu avec un émetteur qui est un fournisseur de rentes autorisé; ou
- un dépôt auprès d'une personne membre de l'Association canadienne des paiements (banque) ou une caisse de crédit qui est actionnaire ou membre d'une personne morale appelée « centrale » pour l'application de *Loi canadienne sur les paiements*³.

2. RÈGLES DE BASE AU DÉCÈS

2.1. AU MOMENT DU DÉCÈS

Au moment du décès du dernier titulaire du compte, le CÉLI cesse d'être exempt d'impôt⁴, et ce, pour tous les types d'arrangements, c'est-à-dire le contrat de rente, le dépôt ou la fiducie. On notera que la mention « dernier titulaire » est importante, car comme nous le verrons plus loin à la section 3., il s'agit de l'une des deux méthodes de roulement au conjoint. La notion de « titulaire » est définie au paragraphe 146.2(1) L.I.R. comme étant le particulier qui a conclu l'arrangement avec l'émetteur et, après son décès, le survivant du particulier qui acquiert les droits du particulier à titre de titulaire de l'arrangement.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Dans le cadre du présent texte, toute référence à une disposition de la loi fédérale vaut aussi référence aux articles correspondants de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), qui sont généralement harmonisés, à moins d'indication contraire.

³ L.R.C. 1985, c. C-21; par. 146.2(1) « arrangement admissible » L.I.R.

⁴ Selon le paragraphe 146.2(5) L.I.R.

Contrairement au REÉR, il n'y a pas d'imposition des sommes accumulées dans le CÉLI au décès. Cependant, à moins de pouvoir bénéficier de la possibilité de roulement au CÉLI du conjoint survivant, les revenus et gains générés par les placements à compter de la date du décès du dernier titulaire seront imposables. Pour les arrangements en contrat de rente, ainsi que ceux en dépôts, il existe une présomption de disposition et d'acquisition à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des biens du CÉLI immédiatement avant le décès du dernier titulaire⁵. Dans le cas des « CÉLI en fiducie », il y a une présomption de continuité du CÉLI en fiducie jusqu'à la fin de la période d'exemption⁶, expliquée ci-après.

2.2. APRÈS LE DÉCÈS

À la suite du décès, la situation varie selon le type d'arrangement CÉLI. Pour le CÉLI en contrat de rente⁷ ainsi que pour le CÉLI en dépôt⁸, il y aura imposition des revenus et gains générés par les placements à compter de la date du décès du dernier titulaire dans les mains soit de la succession, soit des héritiers⁹. Le compte devient simplement un compte imposable. Ainsi, immédiatement après le décès, les revenus seront imposés selon leur nature : intérêts, dividendes ou gains en capital.

Pour les arrangements CÉLI en fiducie¹⁰, la fiducie devient imposable comme une fiducie non testamentaire. Par contre, pendant une certaine période appelée « période d'exemption », la loi permet à la « fiducie CÉLI » de ne pas s'imposer sur les revenus. Mais ces derniers ne seront pas exempts d'impôt pour autant. Ils seront imposés lorsqu'ils seront distribués aux bénéficiaires, c'est-à-dire la succession ou les héritiers.

La « période d'exemption » qui permet le report de l'imposition pour la fiducie se termine au plus tard le 31 décembre de l'année qui suit le décès. Pendant cette période, si la totalité des sommes est distribuée aux bénéficiaires, ils s'imposeront sur la différence entre la JVM au moment du

⁵ Par. 146.2(8) L.I.R.

⁶ Par. 146.2(9) L.I.R.

⁷ Par. 146.2(10) L.I.R.

⁸ Par. 146.2(11) L.I.R.

⁹ À moins qu'il n'y ait possibilité de roulement en faveur du conjoint. Cet élément est traité à la prochaine section du présent texte.

¹⁰ Par. 146.2(8) et 146.2(9) L.I.R.

décès et les sommes remises. Ce montant sera considéré comme un « revenu autre » et déclaré sur le Feuillet T4A/Relevé 2. Les revenus et les gains générés par les placements à compter de la date du décès du dernier titulaire perdent alors leur nature¹¹ et seront imposables comme du revenu d'intérêt¹².

Si, à la fin de la période d'exemption, le CÉLI en fiducie détient encore des biens, la fiducie aura une fin d'année ainsi qu'un début d'année présumés¹³. Il y aura également disposition et acquisition présumée des biens à la JVM par la fiducie¹⁴. Cette dernière deviendra imposable comme une fiducie non testamentaire¹⁵.

3. ROULEMENT AU CONJOINT

Lorsqu'au décès d'un titulaire CÉLI, celui-ci avait un conjoint reconnu selon la loi fiscale¹⁶, il est possible que ce CÉLI puisse continuer son accumulation à l'abri de l'impôt. Deux possibilités de transfert au CÉLI du conjoint sont disponibles : celle de « titulaire remplaçant » ou celle de « transfert indirect » au CÉLI existant du conjoint survivant. La première prévoit, après le décès du premier titulaire, simplement la continuité du CÉLI au nom de son conjoint survivant. La seconde prévoit une cotisation appelée « cotisation exclue »¹⁷ dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et permet le « roulement » au CÉLI existant du conjoint survivant. Comme on le constatera ci-après, d'importantes différences caractérisent ces deux formes de roulement au conjoint. De plus, au Québec, la première méthode n'est disponible que dans les arrangements CÉLI « contrat de rente », ce qui entraîne un désavantage additionnel pour les résidents québécois.

3.1. TITULAIRE REMPLAÇANT

C'est à la définition de « titulaire » du paragraphe 146.2(1) L.I.R. que l'on permet la continuité de l'existence du CÉLI si le conjoint en acquiert les

¹¹ Intérêt, dividende ou gain en capital.

¹² Al. 12(1)x) L.I.R.

¹³ Al. 146.2(8)b) et 146.2(8)c) L.I.R.

¹⁴ Al. 146.2(8)a) L.I.R.

¹⁵ Par. 108(1) « fiducie non testamentaire » L.I.R.

¹⁶ Par. 248(1) « conjoint » L.I.R.

¹⁷ Art. 207.01 L.I.R.

droits du titulaire après le décès. Cette notion, souvent utilisée dans les publications sous le vocable de « titulaire remplaçant », offre plusieurs avantages reliés à la possibilité de continuité de l'arrangement CÉLI immédiatement après le décès. Le titulaire est simplement remplacé par le survivant du particulier, c'est-à-dire son conjoint¹⁸. Les revenus et la plus-value des biens dans le CÉLI continuent ainsi d'être exempts d'impôt. Au Québec, seuls les arrangements détenus sous forme de contrat de rente auprès des compagnies d'assurances ou des sociétés de fiducie pourront prévoir une telle désignation de « titulaire subrogé »¹⁹ au contrat CÉLI, laquelle permettra cette continuité sans interruption.

Le paragraphe 146.2(1) L.I.R. définit le terme « titulaire » de la façon suivante :

« Est titulaire d'un arrangement :

a) Jusqu'au décès du particulier qui a conclu l'arrangement avec l'émetteur, ce particulier;

b) Au moment de ce décès et par la suite, le survivant du particulier s'il acquiert les droits suivants :

(i) Les droits du particulier à titre de titulaire de l'arrangement;

(ii) Dans la mesure où il n'est pas compris dans les droits visés au sous-alinéa (i), le droit inconditionnel de révoquer toute désignation de bénéficiaire effectuée, ou tout ordre semblable donné, par le particulier aux termes de l'arrangement ou relativement à un bien détenu dans le cadre de l'arrangement. »

Le paragraphe b) fait référence à la notion de « titulaire subrogé » ou si l'on préfère de remplacement d'un titulaire dans un contrat, en mentionnant ceci : « [...] le survivant du particulier s'il acquiert les droits suivants : (i) les droits du particulier à titre de titulaire de l'arrangement; [...] ». (Notre soulignement)

Au Québec, toute stipulation testamentaire effectuée autrement que dans une forme testamentaire reconnue est nulle²⁰. Cela dit, au chapitre des

¹⁸ Par. 146.2(1) « survivant » L.I.R.

¹⁹ En vertu du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 704, 712, 2445, al. 2, 2446 et 2379.

²⁰ Art. 704 et 712 C.c.Q.

contrats d'assurance dans le *Code civil du Québec*, il est permis de désigner un bénéficiaire ou un titulaire subrogé de façon à exclure totalement la somme assurée ou le contrat de la succession de l'assuré ou du titulaire²¹. Cette disposition spécifique fait exception à la règle générale et en conséquence, son application est limitée. Ainsi, seuls les contrats d'assurance, les contrats de rente et les régimes de retraite (lire fonds de pension) peuvent prévoir cette possibilité²². Ainsi, la continuité du CÉLI sans interruption ne sera possible que pour les arrangements CÉLI « contrat de rente » que l'on retrouve chez les compagnies d'assurances ou les sociétés de fiducie (c'est le cas notamment des arrangements CÉLI investis dans certains produits comme les « fonds distincts » qui sont en fait des rentes à capital variable).

Le roulement automatique offre de nombreux avantages dont, entre autres :

- la possibilité que la plus-value et les revenus des biens détenus dans un CÉLI continuent d'être exempts d'impôt, immédiatement après le décès;
- au décès du titulaire CÉLI, s'il y avait une contribution excédentaire, seule la pénalité de 1 % par mois continuerait de s'appliquer à la charge du nouveau titulaire, mais le roulement ne serait pas compromis comme c'est le cas pour la méthode de roulement indirect;
- dans les provinces où cela s'applique, la possibilité d'éliminer les droits d'homologation mieux connus comme les *Probate fees*.

Il est important de préciser que la désignation de « titulaire remplaçant » ne peut se faire qu'en faveur du conjoint du titulaire qui a conclu l'arrangement. Par conséquent, un arrangement CÉLI qui a déjà fait l'objet d'une continuité à la suite du décès d'un titulaire initial ne pourra profiter à nouveau, pour le conjoint suivant, de la notion de continuité du « titulaire remplaçant ».

²¹ Art. 2455 C.c.Q.

²² L'article 2446 C.c.Q. pour les assurances et l'article 2379 C.c.Q. pour les contrats de rente et les régimes de retraite.

3.2. TRANSFERT INDIRECT AU CONJOINT

Lorsqu'aucun conjoint n'a été nommé ou désigné à titre de titulaire remplaçant dans l'arrangement CÉLI, mais qu'il est bénéficiaire soit par testament ou autrement, du compte CÉLI, les biens pourront tout de même être transférés dans son CÉLI. Plusieurs conditions doivent cependant être remplies. Toutes ces conditions sont prévues à la définition de « cotisations exclues »²³ :

- Un paiement **provenant d'un arrangement qui a cessé d'être un CÉLI en raison du décès** doit être fait au **survivant** pendant la **période de roulement**;
- Le survivant doit **verser une cotisation** à son CÉLI **pendant la période de roulement** ou à un moment ultérieur, mais devra alors obtenir l'accord du ministre;
- Le survivant doit **désigner** la cotisation comme « cotisation exclue » dans **les 30 jours suivant le versement** de la cotisation à son CÉLI. Il devra utiliser à cet égard le Formulaire RC-240 prescrit;
- Le montant de la cotisation **ne doit pas excéder** :
 - le paiement au survivant,
 - la JVM de l'arrangement CÉLI au jour du décès du titulaire,
 - zéro, si le particulier avait un excédent CÉLI immédiatement avant son décès ou si les paiements sont faits à plus d'un survivant du particulier (ou une somme plus élevée par discrétion du ministre).

On notera que la période de roulement est la même que celle prévue pour l'exemption aux fins des CÉLI en fiducie, c'est-à-dire la période qui court entre le moment du décès et la fin de l'année civile qui suit le décès.

On remarquera que plusieurs étapes importantes doivent être respectées afin de permettre le transfert. Certaines d'entre elles, si elles ne sont pas respectées, nécessiteront l'autorisation du ministre afin que le roulement soit effectif, d'autres contaminent le roulement sans possibilité de retour.

²³ Art. 207.01 « cotisation exclue » L.I.R.

En résumé, les étapes de transfert indirect sont les suivantes :

- Le conjoint survivant du titulaire doit recevoir un montant provenant de l'arrangement qui a cessé d'être un CÉLI en raison du décès;
- Le conjoint doit faire la contribution du montant reçu à son propre CÉLI; et
- Le conjoint doit désigner la contribution comme « cotisation exclue » dans les 30 jours suivant la cotisation sur formulaire prescrit.

Toutes ces étapes doivent être complétées pendant la période de roulement qui se termine le 31 décembre de l'année qui suit le décès.

Outre la complexité, cette méthode comporte plusieurs inconvénients :

- **Limitation du montant transférable au CÉLI :** Le montant transféré ne peut excéder la JVM du compte CÉLI au moment du décès, ce qui exclut toute plus-value entre le moment du décès et le paiement du CÉLI. Cette plus-value sera donc imposable comme un revenu d'intérêt tel qu'il a été mentionné précédemment. Cet élément est un irritant majeur par rapport à l'autre méthode de roulement qui permet que l'exemption d'impôt se poursuive immédiatement après le décès. Le ministre pourrait prévoir une période tampon, tout comme c'est le cas pour les REÉR. Cela permettrait le transfert de toutes les sommes accumulées après le décès au CÉLI du conjoint survivant;
- **Délais :** L'un des délais à respecter est la période de roulement qui se termine à la fin de l'année qui suit le décès. Ce délai peut devenir problématique pour les successions qui prennent un peu plus de temps à être réglées à cause d'un litige ou simplement en raison de divers échéanciers administratifs allongés qui s'appliquent souvent à des successions plus complexes. Le second délai est celui accordé au conjoint pour désigner sa cotisation comme une « cotisation exclue » sur le formulaire prescrit. Ce délai est fixé à un maximum de 30 jours après sa contribution. Ce délai nous semble extrêmement court. Afin de limiter les oublis, il serait opportun de conseiller au conjoint d'effectuer la désignation au moment de la contribution auprès de l'institution financière et d'envoyer le choix immédiatement, sinon les risques de non-production par oubli, par distraction ou même par ignorance seront à notre avis fréquents;

- **Cotisation excédentaire** : Si, au moment de son décès, le particulier avait une cotisation excédentaire à son CÉLI, le roulement ne pourra avoir lieu que si le ministre l'autorise;
- **Bigamie fiscale** : Si le paiement en provenance de l'arrangement CÉLI est effectué à plus d'un survivant (deux conjoints reconnus), encore ici le roulement ne sera autorisé que sur l'approbation du ministre.

3.3. ATTENTION À LA TERMINOLOGIE UTILISÉE DANS LES PUBLICATIONS

Nous recommandons de porter une attention particulière aux termes utilisés dans les guides gouvernementaux ou dans les formulaires des arrangements CÉLI des institutions financières. Nous avons remarqué que différents termes se réfèrent à une même notion de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou vice versa. Voici deux exemples :

- Pour faire référence à la définition de « titulaire » de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui prévoit la possibilité de céder les droits au conjoint à même l'arrangement CÉLI, le guide fédéral utilise la terminologie « titulaire remplaçant » tandis que certains formulaires d'institutions financières utilisent plutôt l'expression « désignation d'un rentier – titulaire survivant ».
- La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit le terme « survivant » comme étant le conjoint du titulaire, mais les guides utilisent ce même terme « survivant » lorsqu'il n'y a pas de « titulaire remplaçant » et que le roulement se fera alors par cotisation exclue au CÉLI du conjoint. De leur côté, les formulaires CÉLI utiliseront plutôt les termes « autres bénéficiaires », ce qui permettra au conjoint de procéder au transfert indirect, s'il est l'héritier du CÉLI par testament ou autrement.

Comme on peut le constater, il est très facile de confondre les termes entre eux et de leur donner un sens qui n'aurait pas l'effet escompté pour les particuliers qui concluent des arrangements CÉLI.

4. DROIT DE COTISATION AU DÉCÈS

Les droits inutilisés de cotisation CÉLI au moment du décès sont généralement perdus. En effet, il n'existe pas de possibilité d'utiliser ses propres droits de cotisation CÉLI pour contribuer au CÉLI du conjoint survivant (comme c'est le cas pour les REÉR) et il n'est pas permis de

cotiser au CÉLI après le décès du dernier titulaire puisque le compte aura immédiatement cessé d'exister.

Seule une planification sera alors possible dans les situations de décès imminent. Il sera conseillé, avant le décès, de cotiser le maximum permis, et par suite du décès, le CÉLI sera alors transféré dans celui du conjoint. On peut même envisager d'emprunter pour une courte période, afin de faire cette contribution. Après le décès et à la suite du roulement dans le CÉLI du conjoint, ce dernier pourra retirer les montants pour rembourser l'emprunt. Ce retrait créera de nouveaux droits de cotisation au CÉLI pour l'année qui suit²⁴.

5. NON-RÉSIDENT

Un arrangement CÉLI du titulaire dont le conjoint est une personne non résidente canadienne pourra, au moment du décès du titulaire, profiter des règles de roulement, si les critères énoncés à la section précédente, soit ceux décrits selon la méthode de « titulaire remplaçant » ou de « transfert indirect » sont respectés. Nous rappelons qu'une personne non résidente qui n'a pas d'arrangement CÉLI pourra en conclure un si elle est âgée de plus de 18 ans et qu'elle possède un numéro d'assurance sociale (ci-après « NAS »). Si le roulement n'est pas une option disponible, alors l'impôt de la Partie XIII L.I.R. s'appliquera aux revenus et gains générés par les placements détenus dans l'arrangement après le décès du dernier titulaire et une retenue d'impôt à la source de l'ordre de 25 % ou d'un pourcentage inférieur, si la convention fiscale avec le pays de résidence prévoit un taux réduit, sera effectuée par l'émetteur du compte.

PARTIE II – RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ²⁵

1. DÉFINITIONS

Il est important, avant de décrire les règles générales d'application au décès, d'identifier qui sont les intervenants dans un REÉI.

²⁴ Voir à ce sujet le texte de Sylvain CHARTIER, Natalie HOTTE et Daniel LAVERDIÈRE, « Le compte d'épargne libre d'impôt », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 30:1-48.

²⁵ Nous référons le lecteur à l'excellent texte de Jamie GOLOMBEK, « Stratégies de planification et régime enregistré d'épargne-invalidité », (2009), vol. 57, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 361-386.

1.1. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-INVALIDITÉ

Un REÉI est un arrangement conclu entre un émetteur (une société autorisée) et le titulaire de l'arrangement qui peut être le bénéficiaire, le responsable du bénéficiaire, ou le père ou la mère du bénéficiaire et dans lequel des cotisations sont versées à l'émetteur en fiducie au bénéfice d'une personne désignée invalide, c'est-à-dire tout particulier admissible au crédit pour déficience mentale ou physique qui réside au Canada²⁶.

1.2. INTERVENANTS

Voici une brève description de l'émetteur, du bénéficiaire, du responsable et du titulaire.

Émetteur²⁷

L'émetteur est généralement l'institution financière qui aura conclu une convention avec les autorités gouvernementales aux fins de l'établissement d'un REÉI et de la réception des subventions d'épargne-invalidité.

Bénéficiaire²⁸

Le bénéficiaire doit être désigné comme invalide et admissible au crédit d'impôt pour déficience mentale ou physique²⁹ et il doit résider au Canada au moment où le régime est établi. Par la suite, il peut devenir non-résident mais ne pourra pas cotiser pendant cette période. On notera que le bénéficiaire doit aussi avoir moins de 60 ans, l'âge limite pour contribuer à un régime. Cependant, cette limite d'âge ne s'appliquera pas au transfert d'un ancien régime vers un nouveau. La désignation du bénéficiaire est

²⁶ Par. 146.4(1) « régime d'épargne-invalidité » L.I.R.

²⁷ Par. 146.4(1) « émetteur » L.I.R.

²⁸ Par. 146.4(1) « régime d'épargne-invalidité » et 146.4(2) L.I.R.

²⁹ Précision du site de l'ARC (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pbg/tf/t2201/t2201-09f.pdf>) :

« Une personne a droit au montant pour personnes handicapées seulement si un praticien qualifié atteste sur un formulaire T2201, Certificat pour le crédit d'impôt pour personnes handicapées, que cette personne a une déficience sévère et prolongée. Le formulaire doit aussi être approuvé par l'ARC et certifié comme étant admissible pour le montant pour personnes handicapées. »

irrévocable et ce dernier ne peut ni renoncer à ses droits à recevoir les paiements du régime, ni les assigner à une autre personne³⁰. Finalement, le bénéficiaire doit avoir un NAS valide.

Responsable

Lorsque le bénéficiaire est mineur, le responsable sera :

- le particulier qui est légalement le père ou la mère du bénéficiaire; ou
- le tuteur, le curateur ou un autre particulier qui est légalement autorisé à agir au nom du bénéficiaire; ou
- le Ministère, l'organisme ou l'établissement public légalement autorisé à agir au nom du bénéficiaire.

Si le bénéficiaire a atteint l'âge de la majorité et n'a pas la capacité de contracter un régime d'épargne-invalidité, le responsable sera :

- le tuteur, le curateur ou un autre particulier qui est légalement autorisé à agir au nom du bénéficiaire; ou
- le Ministère, l'organisme ou l'établissement public légalement autorisé à agir au nom du bénéficiaire.

Titulaire

Le titulaire est toute entité qui établit le régime ou en acquiert les droits à titre de successeur ou de cessionnaire. Le titulaire n'a pas à être résident canadien; toutefois, le bénéficiaire doit être résident canadien au moment de l'adhésion au régime et au moment d'effectuer chaque cotisation au régime. Le titulaire doit avoir un NAS valide au moment de la mise en place du régime.

Certaines restrictions s'appliquent aux personnes autorisées à établir ou devenir titulaire d'un REÉI. En premier lieu, dans la situation où un bénéficiaire a atteint l'âge de la majorité et est apte à ratifier un contrat, au moment de l'établissement du REÉI, il devra être le seul le titulaire à établir ce régime. En second lieu, lorsque le bénéficiaire est mineur ou majeur mais

³⁰ Par. 146.4(4) L.I.R.

inapte à contracter, le titulaire pourra être le responsable tel que ce terme est décrit ci-dessus.

De plus, si à l'établissement du régime, le titulaire est le père ou la mère du bénéficiaire, lorsque l'enfant atteint l'âge de la majorité et s'il est apte à contracter, le parent pourra demeurer titulaire du régime, mais l'enfant pourra décider d'être ajouté comme cotitulaire. Dans les autres situations, le bénéficiaire prend la place du titulaire dès qu'il devient majeur et est apte à contracter.

Le REÉI ne peut avoir qu'un seul bénéficiaire en tout temps³¹. Toutefois, le régime peut avoir plusieurs titulaires au cours de son existence ainsi que plus d'un titulaire en même temps. Il est donc possible que durant la vie du régime, le titulaire qui avait établi le REÉI change, et ce, à plusieurs reprises. Le titulaire peut devenir le bénéficiaire devenu majeur et apte à décider conjointement avec le père, ou la mère, ou encore le bénéficiaire seul si le titulaire était un autre responsable. De plus, dans certaines circonstances, un responsable pourrait prendre la place du père ou de la mère ou du responsable qui a établi le régime.

Le titulaire du REÉI peut être conjointement responsable avec le bénéficiaire ou sa succession, des impôts pouvant être exigibles à la suite de désenregistrement³² ou d'opérations non conformes dans le régime, comme la détention de placements non admissibles³³.

2. DÉCÈS DU BÉNÉFICIAIRE

2.1. BÉNÉFICIAIRE

Au décès du bénéficiaire, il y a cessation du régime. Les revenus et subventions accumulés doivent donc être imposés. Certaines subventions feront peut-être l'objet de remboursements au gouvernement. Voici les principaux éléments à considérer au décès.

Délai : Le régime doit être fermé au plus tard le 31 décembre de l'année qui suit le décès³⁴.

³¹ Al. 146.4(2)c) L.I.R.

³² Art. 160.21 L.I.R.

³³ Art. 206.1 et impôt de la Partie XI L.I.R.

³⁴ Par. 146.4(4) L.I.R.

Subvention et bons du gouvernement³⁵ : L'émetteur doit retourner les subventions canadiennes pour l'épargne-invalidité (SCEI) et les bons canadiens pour l'épargne-invalidité (BCEI) versés dans le régime au cours des 10 années qui précèdent le décès. Ce montant est cependant limité à la JVM des actifs détenus dans le régime. Des dispositions complexes régissent le calcul du remboursement des subventions et les paiements d'aide à l'invalidité (ci-après « PAI ») versés au bénéficiaire. Ces dispositions sont connues sous le terme « montant retenu » et sont gérées par les institutions financières. Ces mesures visent à contrecarrer divers abus dont, entre autres, à éviter le « recyclage » des subventions par le retrait et le réinvestissement de celles-ci ou le retrait prématuré des subventions par le bénéficiaire.

Imposition : Les sommes restantes après les remboursements de subventions sont remises à la succession du bénéficiaire du REÉI. La succession est imposée selon les mêmes règles de proportion que la formule prévue pour les PAI :

$$\text{Partie non imposable} = (\text{Total des cotisations au REÉI} - \text{paiement non imposable déjà versé}) / (\text{JVM des actifs du REÉI} - \text{Montant retenu})$$

Paiement d'aide à l'invalidité

Si un PAI avait été effectué et que le bénéficiaire est décédé, la portion imposable du PAI doit être comprise dans le revenu de la succession du bénéficiaire dans l'année au cours de laquelle le paiement est versé³⁶.

2.2. DÉCÈS DU TITULAIRE (AUTRE QUE LE BÉNÉFICIAIRE)

Lorsque le bénéficiaire est mineur ou majeur, mais inapte à contracter, le titulaire doit désigner un remplaçant. Cette personne doit répondre aux critères de la définition de « responsable ». Si le titulaire est l'un des parents, il devra désigner l'autre parent dans son testament comme personne autorisée à devenir le titulaire du REÉI s'il désire que ce soit cette personne qui acquiert ces droits. Il convient de noter que la succession peut aussi devenir titulaire du régime.

³⁵ *Loi canadienne sur l'épargne-invalidité*, L.C. 2007, c. 35, art. 136 et site de RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA (en ligne : http://www.rhdcc.gc.ca/fra/condition_personnes_handicapees/epargne_handicape/index.shtml).

³⁶ Par. 146.4(6) L.I.R.

Si personne n'a été désigné et que l'enfant est mineur ou inapte, c'est la société locale d'aide à l'enfance qui aura la garde légale de l'enfant. Lorsque l'enfant devient majeur et apte à contracter, il devient alors titulaire du régime.

Lorsque l'arrangement REÉI comporte des cotitulaires et que l'un d'entre eux décède, ce dernier pourrait prévoir par testament le choix d'un nouveau cotitulaire qui se qualifie à titre de « responsable » ou simplement céder ses droits à son cotitulaire survivant. Par exemple, deux personnes qui sont légalement le père et la mère d'un bénéficiaire contractent un REÉI ensemble et l'un d'eux décède. L'autre parent obtiendrait les droits du parent décédé et deviendrait le seul titulaire du régime.

PARTIE III – RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES

1. RAPPEL DES RÈGLES DE BASE

Un REÉÉ est un contrat entre un ou plusieurs particuliers autres qu'une fiducie (appelé le « souscripteur ») et une personne ou un organisme (appelé le « promoteur ») dans le cadre duquel le souscripteur verse des cotisations au promoteur qui s'engage à effectuer des paiements d'aide aux études aux bénéficiaires désignés par le souscripteur afin de lui permettre de poursuivre des études postsecondaires³⁷. Les gouvernements fédéral et provincial offrent des subventions incitatives aux souscripteurs³⁸.

1.1. TYPES DE RÉGIMES

Rappelons tout d'abord les principales caractéristiques des trois principaux types de REÉÉ :

³⁷ Par. 146.1(1) « régime enregistré d'épargne-études » L.I.R.

³⁸ **Au fédéral** : Subvention canadienne pour l'épargne-études (SCEE) et bons d'études canadiens (BEC), voir RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA (en ligne : http://www.rhdc.gc.ca/fra/apprentissage/epargne_education/index.shtml) ainsi que les détails sur les subventions sur le site de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/ndvdl/tpcs/resp-reee/cesp-pcee/menu-fra.html>); **au Québec** : Incitatif québécois à l'épargne-études (IQEE) (en ligne : <http://www.revenu.gouv.qc.ca/fr/citoyen/credits/credits/iqee/>).

Régime in dividuel³⁹ : régime ayant un seul bénéficiaire qui réside au Canada et possède un NAS. Aucun lien de sang avec le souscripteur n'est requis et il n'y a pas de restriction quant à l'âge. On peut remplacer le bénéficiaire par un autre, mais il ne doit y avoir qu'un seul bénéficiaire en tout temps. Les cotisations ne sont pas limitées par l'âge du bénéficiaire. Le régime cessera 31 ans après l'année d'ouverture du régime.

Familial⁴⁰ : ce régime peut avoir un ou plusieurs bénéficiaires à la fois qui résident tous au Canada et possèdent un NAS. Tous les bénéficiaires doivent être unis au souscripteur par les liens du sang ou de l'adoption. Ils doivent avoir au minimum 21 ans au moment de la désignation. Il est permis d'ajouter ou de remplacer un bénéficiaire. Les contributions dans un régime familial doivent seulement être versées pour les bénéficiaires qui n'ont pas atteint l'âge de 31 ans au moment de la cotisation. Cependant, il est possible de transférer des cotisations d'un autre régime à un régime familial même si un ou plusieurs bénéficiaires ont déjà atteint l'âge de 31 ans ou plus lors du transfert. Le régime prend fin 35 ans après sa création.

Collectif : dans un régime collectif, les cotisations sont mises en commun avec celles d'autres personnes. Le montant que le bénéficiaire pourra retirer est souvent appelé « bourse d'études » et dépend des sommes accumulées collectivement à ce moment et du nombre d'étudiants du même âge qui font des études au cours de l'année. Ces régimes ont leurs propres règles qui peuvent différer d'un endroit à l'autre. C'est pourquoi nous traiterons sommairement de ce type de régime dans le présent texte.

1.2. INTERVENANTS

Tous les types de REÉÉ impliquent les mêmes intervenants : le(s) bénéficiaire(s), le(s) souscripteur(s) et le promoteur. Afin de comprendre et de planifier les impacts à leurs décès, voici une brève description des particularités liées aux souscripteurs et aux bénéficiaires.

Bénéficiaires⁴¹ : les personnes qui recevront les bénéfices accumulés dans le régime. Généralement, ces paiements seront versés sous forme de paiements d'aide aux études (ci-après « PAE ») et pourront comprendre les cotisations (si le souscripteur ne les retire pas), les revenus accumulés ainsi que les

³⁹ Al. 146.1(2j) L.I.R.; conditions d'enregistrement du régime auprès de l'ARC.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Par. 146.1(1) « bénéficiaire » L.I.R.

subventions gouvernementales. La portion des PAE qui correspond aux revenus accumulés et aux subventions gouvernementales est imposable pour le bénéficiaire qui les reçoit.

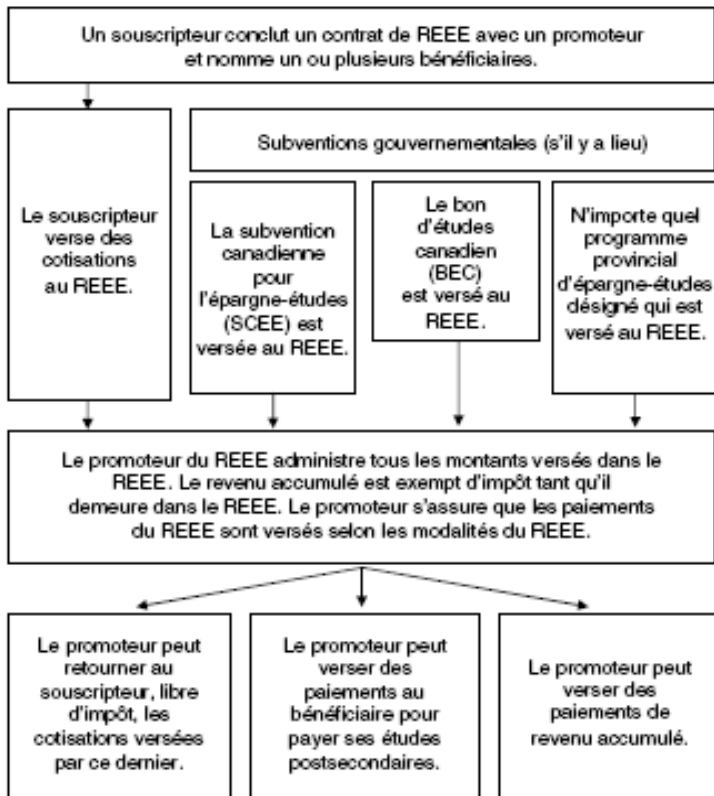
Souscripteurs⁴² : les personnes qui mettent en place le régime et qui versent les cotisations au REÉÉ. Rappelons que les cotisations ne sont pas déductibles. Cependant, elles appartiennent au souscripteur qui peut les retirer du régime à sa discrétion. Le souscripteur initial peut être n'importe quel particulier (sauf une fiducie) ou un responsable public. Ensuite, tout particulier (y compris une fiducie) ou responsable public peut en acquérir les droits. Ce sera le cas, par exemple, lorsque par suite d'un accord écrit avec le souscripteur initial, ou à la suite d'une ordonnance ou d'un jugement de la Cour en vue du partage des biens lors d'une séparation ou de l'échec d'un mariage, le conjoint ou l'ex-conjoint du souscripteur initial acquerra les droits de ce dernier. Ce sera également le cas à la suite du décès du souscripteur lorsque toute autre personne (y compris la succession du particulier décédé) acquerra les droits du souscripteur⁴³.

Le diagramme suivant provient d'une publication⁴⁴ de l'ARC et résume les principaux éléments d'entrée et de sortie d'un REÉÉ.

⁴² Par. 146.1(1) « souscripteur » L.I.R.

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0118891E5, 3 août 2005.

⁴⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, guide RC4092, *Les régimes enregistrés d'épargne-études 2009*, RC4092(F) Rév.09 (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/rc4092/rc4092-f.html>).



2. DÉCÈS

2.1. DU BÉNÉFICIAIRE

Au décès d'un bénéficiaire, le souscripteur peut choisir de désigner et d'attribuer les cotisations et les subventions à un autre bénéficiaire. Tel qu'il est stipulé dans le guide RC4092 :

« [...], lorsqu'il y a un changement de bénéficiaire, les cotisations versées au nom de l'ancien bénéficiaire sont considérées comme ayant été versées au nom du nouveau bénéficiaire à la date de la cotisation initiale. Si le nouveau bénéficiaire a déjà un REEE, cela peut donner lieu à une cotisation excédentaire. »

Une attention particulière devra être portée afin de ne pas excéder les droits de contribution pour ce nouveau bénéficiaire. Les revenus accumulés dans le REÉÉ sont transférés aux nouveaux bénéficiaires. Dans le régime de type familial, si un nouveau bénéficiaire est désigné, il devra répondre aux critères d'admissibilité énoncés à la première section.

Les régimes collectifs sont limités, en fonction du type de régime et selon le contrat choisi par le souscripteur. Ainsi, les possibilités d'obtenir les remboursements des cotisations ou d'attribuer les revenus accumulés et les cotisations à d'autres bénéficiaires de leur choix dépendent des modalités prévues au contrat avec l'émetteur.

Si le régime n'a plus de bénéficiaire admissible, les cotisations retournent au(x) souscripteur(s) qui ont effectué les cotisations, et ce, sans impact fiscal. Les revenus accumulés seront imposés dans les mains du souscripteur avec l'impôt additionnel applicable appelé « Paiement de revenu accumulé (PRA) ». Les subventions et bons d'épargne seront retournés aux deux paliers de gouvernement, soit le fédéral et le Québec.

Dans les régimes collectifs, il y aura plutôt un transfert au compte commun ou « pool » des revenus accumulés ainsi que des subventions gouvernementales. C'est l'un des avantages de ces régimes qui peuvent ainsi profiter des cotisations et subventions des bénéficiaires qui cessent leur participation avant le début des PAE.

2.2. DU SOUSCRIPTEUR

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas de modalités ou d'exigences pour le remplacement du souscripteur. De plus, la définition de « souscripteur » prévoit que toute personne qui fait une contribution au régime pour le compte du bénéficiaire peut devenir souscripteur. Ce qui pourrait causer quelques inconvénients, compte tenu de l'accessibilité accrue que pourrait obtenir une personne aux cotisations passées et revenus accumulés du régime.

Droits de cotisations passées

Les droits de cotisations passées sont transférables par testament.

Le droit au remboursement de capital qui est prévu par l'alinéa 146.1(1)e) L.I.R. est un droit ou un bien qui fait l'objet d'une disposition réputée au décès selon le paragraphe 70(5) L.I.R. Cependant, la valeur de ce droit ne peut excéder la cotisation, donc aucun gain ne peut en découler.

Cependant, une perte pourrait être réalisée si la fiducie REÉÉ n'est pas en mesure de rembourser en totalité les cotisations. Cette perte serait réputée nulle⁴⁵.

Les souscripteurs remplaçants possibles après le décès peuvent être un particulier, une succession ou une fiducie testamentaire. L'ARC note toutefois que la question de savoir si un transfert d'un REÉÉ à une fiducie est permis relève du droit civil ou de la common law⁴⁶.

Dans les régimes familiaux, le nouveau souscripteur n'a plus besoin d'être uni par les liens du sang ou d'adoption à chaque bénéficiaire⁴⁷.

Dans les situations de cosouscripteur, un accord devrait être conclu entre le souscripteur remplaçant et le cosouscripteur.

Lorsque les revenus accumulés dans le REÉÉ ne sont pas utilisés par les bénéficiaires pour les études postsecondaires, il existe une option de transfert au REÉR si le souscripteur a des droits de cotisations REÉR. Cependant, cette option n'est offerte qu'au souscripteur initial ou au conjoint du souscripteur d'un REÉÉ s'il n'existe, à ce moment, aucun souscripteur au régime⁴⁸.

Le choix de la nouvelle structure après le décès pourra prendre différentes formes et souvent plusieurs options pourront être envisagées. Par exemple, prenons un grand-papa (ci-après « PAPI ») qui souscrit à un REÉÉ au bénéfice de ses quatre petits-enfants dont les parents sont les trois enfants de PAPI tel que le démontre le diagramme suivant :

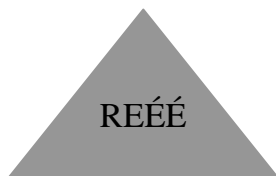
⁴⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 5-7726, 22 décembre 1988.

⁴⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0118891E5, 3 août 2005.

⁴⁷ S.-al. 146.1(2)j(ii) L.I.R.

⁴⁸ Par. 204.94(2) L.I.R. et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9833885, 10 mars 1999 et 9906196, 6 avril 1999.

PAPI



Petit-enfant 1a

Petit-enfant 1b

Petit-enfant 2a

Petit-enfant 3a

À son décès, PAPI aura plusieurs options :

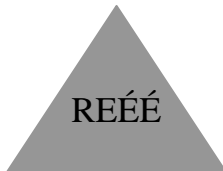
- 1) Ses enfants sont désignés dans le testament comme souscripteurs. Les REÉÉ sont partagés entre les parents et plusieurs REÉÉ sont ouverts pour séparer les familles.

Les parents deviennent les souscripteurs pour leurs enfants respectifs :

Parent 1

Parent 2

Parent 3



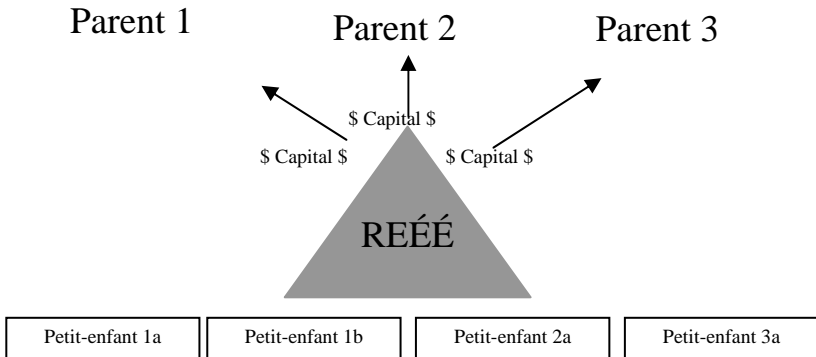
Petit-enfant 1a

Petit-enfant 1b

Petit-enfant 2a

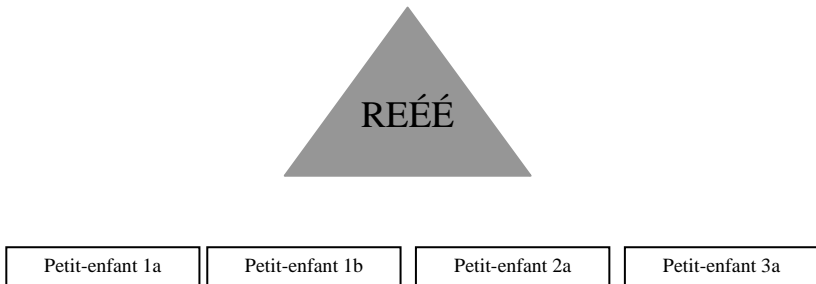
Petit-enfant 3a

- 2) Les parents pourraient décider de retirer leur capital respectif et laisser accumuler les sommes pour tous les enfants dans un seul REÉÉ.



- 3) Finalement, la succession de PAPI pourrait devenir souscripteur remplaçant et le REÉÉ est maintenu et géré par la succession :

Succession PAPI



3. AUTRES QUESTIONS

Voici quelques questions et interprétations techniques qui traitent des divers aspects impliquant le décès soit du souscripteur, soit du bénéficiaire d'un REÉÉ :

- Est-ce qu'un paiement de revenu accumulé (ci-après « PRA ») est un droit ou un bien aux fins du paragraphe 70(2) L.I.R.?

Réponse de l'ARC⁴⁹ : Les PRA se qualifient seulement si les conditions décrites à l'alinéa 146.1(2)d.1) L.I.R. sont remplies. Le droit de PRA ne survient qu'au moment du paiement. De l'avis de l'ARC, le PRA doit être ajouté au revenu en vertu du paragraphe 146.1(7.1) L.I.R. et le paragraphe 70(2) L.I.R. n'est pas applicable;

- Peut-on avoir plus d'un souscripteur après le décès?

Réponse de l'ARC⁵⁰ : La définition de souscripteur a été modifiée en 1997 pour les contrats conclus à compter de 1998. Si plus d'une personne acquiert les droits du souscripteur décédé, chacune de ces personnes devient souscripteur après le décès. La question de savoir si une personne acquiert les droits du souscripteur est une question de fait;

- Est-ce qu'il est possible de faire un don à un organisme de bienfaisance enregistré ou à une université d'un solde résiduel d'un REÉÉ dont le dernier paiement serait par ailleurs fait au souscripteur à titre de PRA?

Réponse de l'ARC : Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers du Congrès 2007 de l'Association de planification fiscale et financière⁵¹.

Dans les circonstances présentées à l'ARC, les PRA ne peuvent être versés qu'à un souscripteur⁵² qui réside au Canada ou pour le compte d'un tel souscripteur. Dans cette situation, la fondation publique ne serait pas un tel souscripteur. De plus, la fondation ou l'institution d'enseignement ne peuvent pas être désignées comme bénéficiaire au sens du paragraphe 146.1(1) L.I.R. puisqu'elle ne peut pas bénéficier d'un PAE. Néanmoins, un établissement d'enseignement agréé au Canada et visé au sous-alinéa 118.6(1)a(i) L.I.R. de la définition de ce terme ou une fiducie en faveur de tels établissements peut recevoir un paiement dans le cadre du régime.

⁴⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9807515, 1^{er} avril 1998.

⁵⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0169821E5, 14 mars 2007.

⁵¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0241941C6, 5 octobre 2007, question 8.

⁵² Al. 146.1(2)d.1) L.I.R.

PARTIE IV – RÉGIME DE PARTICIPATION DIFFÉRÉE AUX BÉNÉFICES

1. RAPPEL DES NOTIONS DE BASE

Le RPDB est un régime de pension un peu spécial. Aux fins fiscales, c'est un régime d'accumulation dit à « cotisation déterminée ». Cependant, seul l'employeur peut y contribuer au profit de ses employés. Le maximum annuel de contribution au régime est de 50 % du maximum prévu pour les régimes de pension agréés (ci-après « RPA ») à cotisation déterminée. Les cotisations ont des répercussions sur les droits REÉR par l'intermédiaire du facteur d'équivalence.

Ces régimes de retraite ne sont pas régis par les normes minimales prévues par une réglementation provinciale ou fédérale sur les régimes de retraite telle que la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*⁵³.

Selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le RPDB est un arrangement en vertu duquel un employeur fait des versements à un fiduciaire, au profit de ses employés, lesquels sont calculés en fonction des bénéfices de l'entreprise.

Le paragraphe 147(7) L.I.R. prévoit qu'il n'y a pas d'impôt pour la fiducie RPDB si elle respecte plusieurs conditions. Voici les principales :

- Aucun participant ne peut devenir bénéficiaire du régime s'il est une personne liée à l'employeur ou un actionnaire déterminé;
- Depuis 1991, seul l'employeur peut y contribuer;
- Les fiduciaires du régime sont soit une institution financière, soit un fiduciaire nommé. Dans ce dernier cas, les fiduciaires doivent être des particuliers et tous doivent être résidents du Canada;
- Les droits doivent être acquis à l'employé immédiatement;
- Des actions de la société peuvent y être investies. Il y aura alors une possibilité de report du gain sur ces actions si ces dernières sont versées au bénéficiaire sans que celui-ci en ait disposé;

⁵³ L.R.Q., c. R-15.1.

- Les modalités de transfert doivent être les suivantes :
 - transférable au RPDB avec certaines restrictions, un REÉR et, depuis le 20 mars 2003, à un FERR au profit de l'employé ou, en cas de décès, à celui du conjoint désigné bénéficiaire du régime,
 - le paiement du transfert doit être unique,
 - pour les régimes établis avant 1991, les cotisations de l'employé ne sont pas transférables.

Les montants deviennent obligatoirement payables au plus tard à la fin de l'année où l'employé atteindra 71 ans. Au moment du paiement, l'employé peut choisir :

- des versements égaux sur une période de 10 ans;
- l'achat d'une rente (période de garantie qui n'excède pas 15 ans);
- le transfert au REÉR ou au FERR.

RPDB détenteur de actions du capital-actions de la société qui est l'employeur

Lorsque des sommes distribuées à l'employé comprennent des actions de la société qui est l'employeur, des règles spéciales permettent le report de la plus-value à la disposition réelle par l'employé. Le report du gain sur ces actions sera permis seulement si :

- le paiement est unique;
- le paiement comprend des actions du capital-actions de l'employeur qui a contribué au régime;
- le bénéficiaire réside au Canada;
- un choix doit être fait sur le Formulaire T2078.

Les paragraphes 147(10.1) et 147(10.2) L.I.R. présument alors que le bénéficiaire aura acquis les actions au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la fiducie RPDB. À la disposition des actions, le gain qui a été reporté (soit la JVM au moment du paiement RPDB moins le PBR de la fiducie) sera

considéré comme du gain en capital et imposé selon les modalités applicables au gain en capital (actuellement 50 % du gain est imposable). Ce gain ne sera pas admissible à la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») pour petite entreprise. Cependant, la plus-value sur les actions après le retrait du RPDB (soit la différence entre le prix de vente et la JVM au moment du retrait) sera admissible à la DGC si les actions se qualifient. Cette option est également disponible pour les bénéficiaires qui reçoivent le paiement par suite du décès du participant.

2. RÈGLES DE BASE AU DÉCÈS

2.1. DÉCÈS DU PARTICIPANT ET IMPOSITION DES SOMMES VERSÉES

Au décès du participant d'un RPDB, les sommes dues mais non payées seront imposables dans les mains du bénéficiaire décédé⁵⁴. Les autres paiements seront imposés dans les mains des bénéficiaires de la succession ou désignés au régime⁵⁵.

2.2. UN DROIT RPDB N'EST PAS UN BIEN EN IMMOBILISATION

Dans une interprétation technique⁵⁶, l'ARC répond à la question suivante : est-ce qu'il peut y avoir des risques de double imposition par l'application de la disposition présumée des droits au RPDB avant le décès selon l'alinéa 70(5)a) L.I.R. et l'application de l'imposition au bénéficiaire qui reçoit les sommes du RPDB par le paragraphe 147(10) L.I.R.?

Dans sa réponse, l'ARC mentionne qu'à son avis, il n'y a pas de double imposition, car les droits dans un RPDB ne sont pas considérés comme un bien en immobilisation, ou un droit ou un bien. Ainsi, les paragraphes 70(5) et 70(2) L.I.R. ne s'appliquent pas.

⁵⁴ Par. 70(1) L.I.R.

⁵⁵ Par. 147(10) et al. 56(1)d) L.I.R.

⁵⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9116575, 30 juin 1992.

2.3. DÉDUCTIONS POUR LES DROITS SUCCESSORAUX PROVINCIAUX

Si un montant de droit successoral conformément à une loi provinciale est payé sur le paiement versé aux héritiers ou à la succession, le bénéficiaire pourra déduire ce montant dans sa déclaration de revenus⁵⁷.

3. ROULEMENT OU TRANSFERT AU DÉCÈS DU CONJOINT

Lorsque le conjoint d'un participant décédé est le bénéficiaire ou l'héritier des sommes d'un RPDB, deux possibilités de transfert vers un véhicule de retraite exempt d'impôt (REÉR, FERR, RPA, RPDB) s'offrent à lui : le transfert direct à son REÉR/FERR, RPA ou RPDB (avec certaines restrictions pour le RPDB) de la totalité du régime ou le transfert indirect complet ou partiel vers son REÉR seulement.

3.1. TRANSFERT DIRECT

Le paragraphe 147(19) L.I.R. permet le transfert direct des sommes d'un RPDB vers le RPA, un autre RPDB (avec certaines restrictions au moment du transfert) ou le REÉR seulement si toutes ces conditions sont réunies :

- Le montant est une somme unique;
- Le particulier était un employé ou un ancien employé d'un employeur qui a participé au régime pour le compte de l'employé;
- Le particulier était, à la date du décès de l'employé ou d'un ancien employé, son conjoint et a droit au montant en raison du décès de l'employé ou ancien employé;
- Le montant aurait été imposable selon le paragraphe 147(10) L.I.R. s'il avait été versé au particulier;
- Le montant est transféré directement à l'un des régimes suivants au profit du particulier : un RPA, un REÉR ou un RPDB si, dans ce dernier cas, il est raisonnable de considérer qu'il n'y aura pas plus de cinq participants l'année du transfert.

⁵⁷ Al. 60m.1) L.I.R.

Des modifications sont proposées⁵⁸ afin d'ajouter les éléments suivants :

- Le transfert sera disponible pour le compte d'un ex-époux ou ex-conjoint de fait d'un employé décédé;
- Le transfert sera disponible pour le compte d'un époux ou ex-époux ou conjoint de fait ou ex-conjoint de fait en raison du partage des biens découlant de l'échec de leur mariage ou union de fait;
- Le transfert sera permis également vers un FERR.

En résumé, au décès d'un participant, les sommes seront transférables au REÉR ou FERR du conjoint ou de son ex-conjoint, s'il s'agit d'un montant périodique et ce montant aurait été inclus dans les revenus de ce conjoint ou ex-conjoint s'il lui avait été payé directement en application du paragraphe 147(10) L.I.R. On notera également que les contributions de l'employé ne sont pas des sommes admissibles à ce transfert.

3.2. TRANSFERT INDIRECT DANS UN REÉR OU UN RPA

Lorsque les montants sont payés à la succession, le conjoint pourra également profiter d'un roulement vers son REÉR ou son RPA, mais ne pourra pas l'effectuer vers un FERR. On constatera également que les étapes diffèrent passablement du roulement direct.

Conditions du roulement

Lorsque la fiducie testamentaire (succession) reçoit les sommes du RPDB et qu'elle les attribue⁵⁹ au conjoint, ce dernier a droit à une contribution spéciale à son REÉR⁶⁰. La fiducie doit préciser l'attribution au

⁵⁸ Ancien Projet de loi C-10 (2007, 2^e lecture devant le Sénat le 4 décembre 2007; devra être déposé de nouveau) qui s'appliquera aux transferts effectués après le 20 mars 2003. Tel qu'il a été mentionné par la division des régimes de retraite de l'ARC à la séance de consultation sur les REÉR et les FERR les 27 et 28 octobre 2003, Annexe B, Q. 6 (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/rgstrd/cnsltns/2003rrspnf-fra.html#b>), l'ARC administre ces mesures comme si elles étaient adoptées. Cependant, on notera que le Formulaire T2151 ne sera pas modifié avant la promulgation, mais il peut être utilisé pour attester les transferts additionnels.

⁵⁹ Si les modalités du testament le permettent selon les paragraphes 104(13) et 104(27.1) L.I.R.

⁶⁰ Al. 60j) L.I.R.

conjoint dans sa déclaration de revenus⁶¹ et établir des relevés au bénéficiaire (le conjoint). Le conjoint devra alors inclure dans ces revenus ce montant qui lui est attribué. Il pourra ensuite déduire le montant qui aura fait l'objet d'une contribution à son REÉR sans dépasser le montant attribué par la fiducie et inscrit sur son relevé. Cette contribution doit être versée à un REÉR dont il est le rentier dans l'année de l'attribution par la fiducie (succession) ou dans les 60 jours de la fin de cette année^{62, 63}. Le conjoint devra préciser dans l'annexe 7 de sa déclaration de revenus fédérale que la contribution REÉR est effectuée en vertu de l'alinéa 60j) L.I.R.

Cette méthode est un peu plus complexe, mais permet certaines planifications de fractionnement. Par exemple, du montant versé à la succession, cette dernière pourrait choisir (si les conditions du testament le permettent) d'attribuer au conjoint seulement une partie des montants provenant du RPDB, profitant ainsi d'une première possibilité de fractionnement. De plus, lorsque les montants sont attribués au conjoint, ce dernier pourrait choisir de ne pas tout verser à son REÉR ou son RPA, profitant ainsi d'une seconde possibilité de fractionnement.

Cependant, il convient de noter que cette méthode comporte quelques inconvénients :

- L'impossibilité du transfert vers le FERR désavantage tous les conjoints qui ont plus de 71 ans l'année du versement;
- Il y a une possibilité de manque de liquidités si des retenues d'impôt sont effectuées par l'institution financière qui verse les paiements à la succession⁶⁴.

⁶¹ Au fédéral, le Formulaire T3 et au Québec, le Formulaire TP-646.

⁶² S.-al. 60j)(ii) L.I.R.

⁶³ La contribution au REÉR semble pouvoir se faire avant l'attribution et le paiement des sommes par la fiducie. Cependant, le versement au REÉR doit avoir été fait l'année de l'attribution ou au plus tard 60 jours suivant cette année. Il est nécessaire de coordonner toutes ces étapes avec les liquidateurs de la succession afin de s'assurer d'être dans la période requise.

⁶⁴ Le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), ne précise pas clairement si l'institution financière doit ou non retenir des impôts à la source. Nous pensons, à la lecture des articles 100 à 106 R.I.R., qu'il n'y a pas d'obligation de retenues d'impôt. En effet, on n'y prévoit des retenues que lorsque les paiements périodiques sont faits aux employés (et non à leur succession en cas de décès). De plus, à l'alinéa 103(6)b) R.I.R., on exclut de la définition de paiement (à suivre...)

4. AUTRES ÉLÉMENTS

4.1. PATRIMOINE FAMILIAL

Les RPDB n'entrent généralement pas dans le calcul des biens faisant partie du patrimoine familial. En effet, le régime n'étant pas soumis aux normes minimales des lois sur les régimes de retraite, il ne semble pas répondre aux conditions prévues à cet égard dans le Code civil⁶⁵. Quelques jugements ont confirmé cette position⁶⁶.

Certains régimes qui sont des « RPA avec participation aux bénéfices » peuvent cependant être soumis au patrimoine familial puisqu'ils sont des RPA soumis aux législations des régimes de retraite. Toutefois, ces régimes peuvent parfois porter à confusion.

Nous vous référons à l'affaire *J.O. c. Jo.M.*⁶⁷ dans laquelle la Cour d'appel est intervenue pour mettre de côté l'ordonnance du juge de première instance qui avait ordonné à l'ex-mari de signer les documents pertinents pour que soit effectué le partage des fonds détenus dans le RPDB de ce dernier. Il est impossible, note la Cour d'appel, de déterminer à l'aide de la preuve soumise, si le régime visé constitue un instrument d'épargne-retraite faisant partie du patrimoine familial. Selon nous, cette décision fait ressortir l'importance de bien préciser le type de régime de participation aux bénéfices lors d'un partage.

4.2. DÉSIGNATION DE BÉNÉFICIAIRE

Comme pour les autres régimes, au Québec, nous nous trouvons devant le même problème de désignation d'un bénéficiaire qui, en vertu du Code civil, ne sera pas reconnu, sauf s'il s'agit d'un produit admissible auprès une compagnie d'assurances⁶⁸.

(...suite)

forfaitaire, les paiements faits à l'employé ou à sa succession en règlement total des droits du régime selon l'alinéa 147(2)k) L.I.R.

⁶⁵ Art. 414 à 426 C.c.Q.

⁶⁶ *Droit de la famille – 1963*, 1994 R.D.F. 256 (C.S.); *Droit de la famille – 2141*, 1995 R.D.F. 131 (C.S.); *Droit de la famille – 2285*, 1995 R.J.Q. 2784 (C.A.); *F.(L.) c. M.(S.)*, C.S. St-François, n° 450-04-000504-893, 19 juin 1991, j. Boily.

⁶⁷ J.E. 2001-820 (C.A.).

⁶⁸ Voir à ce sujet la Partie I – Compte d'épargne libre d'impôt du présent texte.

4.3. NON-RÉSIDENT

Lorsque les sommes du RPDB sont versées à un bénéficiaire qui ne réside pas au Canada, l'impôt de la Partie XIII L.I.R. s'appliquera⁶⁹. Certaines possibilités de transfert direct ou indirect vers le REÉR ou un RPA demeurent.

5. RÈGLES TRANSITOIRES

Il est important de se rappeler que les RPDB sont des régimes qui existent depuis longtemps et que plusieurs réformes des fonds de pension ont amené des changements aux règles régissant les fonds de pension. Par conséquent, plusieurs règles transitoires sont applicables à ces régimes. À titre d'exemples, notons la possibilité pour un employé, avant 1991, de cotiser à ces régimes ou encore les régimes qui étaient en place avant le 31 décembre 1971 et qui ont la possibilité de faire un choix d'imposition distinct. Tous ces changements ainsi que les règles transitoires qui les accompagnent peuvent empêcher certains roulements ou transferts. Il est donc important de confirmer auprès du fiduciaire quelles sont les restrictions applicables au RPDB.

⁶⁹ Al. 212(1)m) L.I.R.

PIÈGES ET OPPORTUNITÉS DE PLANIFICATION POUR LES CITOYENS AMÉRICAINS VIVANT AU CANADA



Paule Gauthier
CA, LL.M. fisc., TEP
RBC Dominion valeurs mobilières



Caroline Rhéaume
Avocate, M. Fisc.,
Adm.A., Pl. Fin., TEP
Partenaires Financiers
Richardson Limitée

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PAULE GAUTHIER)

INTRODUCTION.....	33:5
1. GEL SUCCESSORAL ET CITOYENS AMÉRICAINS.....	33:5
1.1. L'ÉCHÉANCE DU 21 ^E ANNIVERSAIRE.....	33:7
1.2. SOLUTIONS LORS D'UN DÉMÉNAGEMENT D'ENFANTS BÉNÉFICIAIRES D'UN GEL.....	33:8
1.2.1. Choix fiscal.....	33:8
1.2.2. Fiducies distinctes.....	33:8
1.3. SOLUTIONS LORS DE L'ÉCHÉANCE DU 21 ^E ANNIVERSAIRE.....	33:8
1.3.1. Distribution aux enfants résidents canadiens.....	33:8

1.3.2.	Fiducie exempte de la disposition présumée aux 21 ans, intérêts dévolus aux bénéficiaires.....	33:9
2.	ASSURANCE VIE ET RÉSIDENTS AMÉRICAINS	33:9
2.1.	ASSURANCE VIE DÉTENUE PAR UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE ET HÉRITIERS NON RÉSIDENTS CANADIENS.....	33:9
2.2.	ASSURANCE VIE ET HÉRITIERS CITOYENS OU RÉSIDENTS AMÉRICAINS	33:10
3.	CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES ET CITOYENS AMÉRICAINS	33:10
3.1.	IMPÔTS CANADIENS – COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL	33:11
3.2.	IMPÔTS AMÉRICAINS.....	33:11
3.2.1.	Produit d'assurance non imposable et impôt minimum de remplacement	33:11
3.2.2.	Les primes d'assurance vie ne sont pas déductibles	33:12
3.2.3.	Les primes pourraient constituer des dividendes imposables.....	33:12
3.2.4.	Rachat par la société.....	33:12
3.2.5.	Absence de gain en capital pour la succession du vendeur.....	33:13
3.2.6.	Inclusion de la valeur dans les droits successoraux américains.....	33:13
3.2.7.	Attention aux règles d'attribution touchant les transactions au sein d'une entreprise familiale	33:13
3.2.8.	Impôts sur les dons	33:14
4.	FIDUCIE D'IMMIGRATION	33:14
5.	CONFORMITÉ	33:15
5.1.	<i>QUALIFIED INTERMEDIARY</i>	33:15

PARTIE B (CAROLINE RHÉAUME)

1.	DÉCLARATION DE COMPTES BANCAIRES ÉTRANGERS – FORMULAIRE TD F 90.22-1 – FOREIGN BANK AND FINANCIAL ACCOUNT.....	33:17
1.1.	MODIFICATIONS APPORTÉES – OCTOBRE 2008	33:18
1.2.	ANNONCE 2009-51 – 5 JUIN 2009	33:18
1.3.	DÉLAIS DE PRODUCTION	33:19

2.	ACHAT DE FONDS COMMUNS DE PLACEMENT PAR UN CITOYEN AMÉRICAIN.....	33:21
2.1.	FONDS COMMUN DE PLACEMENT CONSTITUÉ EN SOCIÉTÉ OU EN FIDUCIE	33:22
2.2.	IMPOSITION DES PFIC.....	33:23
2.3.	LA MÉTHODE DE DISTRIBUTION EXCESSIVE EST LA MÉTHODE APPLICABLE PAR DÉFAUT.....	33:23
2.4.	DEUXIÈME MÉTHODE – <i>MARK TO MARKET</i>	33:23
2.5.	TROISIÈME MÉTHODE – LE CHOIX QEF	33:23
2.6.	PFIC – AUTRES CONSIDÉRATIONS	33:24
2.7.	PFIC ET REÉR	33:24
2.8.	QUE PEUT FAIRE L'INVESTISSEUR AMÉRICAIN	33:25
3.	RENONCIATION À LA CITOYENNETÉ AMÉRICAIN – NOUVELLES RÈGLES D'EXPATRIATION	33:25
3.1.	QUI EST VISÉ PAR L'IMPÔT DE DÉPART AMÉRICAIN.....	33:27
3.2.	EXCEPTIONS À L'IMPÔT DE DÉPART AMÉRICAIN	33:28
3.2.1.	Première exception – Citoyen et résident d'un autre pays.....	33:28
3.2.2.	Deuxième exception – Renonciation à la citoyenneté avant l'âge de dix-huit ans et demi.....	33:29
3.3.	DATE OÙ L'EXPATRIATION DEVIENT EFFECTIVE	33:29
3.3.1.	Citoyen américain	33:29
3.3.2.	Résident permanent à long terme	33:30
3.4.	EFFETS DES NOUVELLES RÈGLES D'EXPATRIATION.....	33:30
3.4.1.	Calcul de l'impôt de départ	33:30
3.5.	CHOIX DE DIFFÉRER LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DE DÉPART	33:31
3.5.1.	Garantie acceptable	33:32
3.5.2.	Renonciation aux bénéfices en vertu d'une convention fiscale.....	33:32
3.6.	BIENS NON ASSUJETTIS À L'IMPÔT DE DÉPART.....	33:32
3.6.1.	Rémunération différée admissible	33:33
3.6.2.	Rémunération différée non admissible	33:34
3.6.3.	Comptes à impôt différé.....	33:34
3.7.	PARTICIPATION DANS UNE FIDUCIE.....	33:35
3.7.1.	<i>Grantor trusts</i>	33:35
3.7.2.	<i>Non grantor trusts</i>	33:35
3.7.3.	Formulaire à produire.....	33:36
3.8.	NOUVELLES RÈGLES RELATIVES AUX DONS ET LEGS FAITS LE OU APRÈS LE 17 JUIN 2008 PAR UN EXPATRIÉ VISÉ	33:37

4.	PARENTS CANADIENS AYANT DES ENFANTS AUX ÉTATS-UNIS.....	33:37
4.1.	CONSTITUTION DE LA FIDUCIE DYNASTY.....	33:39
4.1.1.	Fiducie entre vifs et clause <i>pour over</i> dans le testament.....	33:39
4.1.2.	Fiducie testamentaire.....	33:39
4.2.	AVANTAGES DE LA FIDUCIE DYNASTY	33:40
4.3.	IMPÔTS PAYABLES PAR LA FIDUCIE DYNASTY	33:40

PARTIE A

Paule Gauthier, CA, LL.M. fisc., TEP
RBC Dominion valeurs mobilières

INTRODUCTION

De nos jours, les professionnels sont de plus en plus souvent confrontés à des questions qui dépassent les frontières du Québec et du Canada. Avec la mobilité des individus, il n'est plus possible de faire de la planification fiscale et successorale dans un contexte seulement canadien. Les citoyens américains vivant au Canada ou qui envisagent de s'y établir doivent composer avec certaines exigences fiscales de l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») et de l'Agence du revenu du Canada. Les planifications fiscales et successorales s'adressant aux citoyens américains vivant au Canada doivent être mises en place avec soin afin d'éviter des problèmes de double imposition.

Le présent texte se veut un survol des situations qui soulèvent fréquemment des questions et qui sont d'actualité pour les professionnels qui conseillent des citoyens américains vivant au Canada. Un gel successoral ou l'encaissement d'une police d'assurance vie par une société ne donne pas nécessairement les mêmes résultats selon que les bénéficiaires ou actionnaires sont résidents canadiens ou résidents américains. Dans le texte, nous traiterons également de la situation des parents canadiens ayant des enfants qui vivent aux États-Unis. Ces parents doivent aborder leur planification successorale de façon particulière et tenir compte notamment des droits successoraux américains.

1. GEL SUCCESSORAL ET CITOYENS AMÉRICAINS

La planification canadienne courante que constitue le gel successoral crée une multitude de complexités relatives à l'impôt américain lorsque des résidents ou citoyens américains sont concernés. Ces situations sont plus courantes qu'il n'y appert au premier abord.

Il peut arriver, par exemple, que les enfants bénéficiaires d'un gel successoral entreprennent des études universitaires aux États-Unis^{1,2}. Lorsque le gel successoral concerne des bénéficiaires américains, les membres américains de la famille, qui sont actionnaires, pourraient avoir à inclure une portion du revenu de la société dans leurs revenus personnels aux fins de la déclaration fiscale américaine et des intérêts pourraient être facturés selon les règles applicables aux sociétés de placement étrangères passives, appelées aussi « Passive Foreign Investment Company » (ci-après « PFIC ») même si le revenu est assujéti par ailleurs aux impôts des sociétés canadiennes. Lorsque les actions sont détenues par une fiducie familiale canadienne, l'impôt américain s'appliquera aux distributions de la fiducie aux bénéficiaires américains, même si la fiducie peut avoir été imposée au Canada sur ces mêmes revenus. Un intérêt additionnel pourrait être facturé lorsque la fiducie a accumulé des revenus et gains pendant quelques années avant la distribution.

L'accent des planifications canadiennes visant des bénéficiaires américains sera mis sur des solutions qui évitent les distributions de revenu accumulé par une fiducie, et qui évitent des dividendes présumés de sociétés. Cela implique une vigie constante et minutieuse des transactions touchant la fiducie afin d'éviter les surprises de nature fiscale.

Les bénéficiaires américains d'une fiducie familiale détenant des actions ou autres biens pourraient, dans certains cas, être assujéti à l'impôt successoral américain à leur décès sur les biens de la fiducie. Une analyse des clauses de la fiducie est nécessaire à cette détermination. En 2009, le taux marginal maximal pour les droits successoraux américains était de 45 % et basé sur la valeur des actions ou autres biens détenue au décès.

Les règles régissant les fiducies étrangères et les sociétés étrangères fonctionnent de façon similaire :

a) le gain est généralement reconnu au moment d'y transférer un actif; et

¹ Voir l'article de Dean T. SMITH, « Planification successorale au Canada et déménagement de bénéficiaires aux États-Unis », (2007), vol. 55, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 407-434.

² Voir l'article de Ellen K. HARRISON, de Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, Washington (DC), « Planning for Families with Multi-national Connections – The United States Perspective », dans *International Academy of Trusts and Estates Lawyers*, Fairmont Copley Square Boston, Massachusetts, mai 2007.

- b) soit l'on élimine le report d'impôt en ignorant l'entité et en la considérant comme transparente;
- c) soit l'on élimine le report d'impôt par des règles anti-report, qui imposent une charge d'intérêts rétroactive pour tenir compte des années d'accumulation avant la distribution.

Les pénalités et intérêts reliés aux règles anti-report (*anti-deferral*) associés à la participation dans une PFIC, et reliés à des règles similaires lors de la participation dans une fiducie étrangère (*throwback rules*), causent un lourd fardeau fiscal qui peut excéder l'impôt américain en question.

Un gel successoral peut aussi être mis en place dans le but de multiplier la déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») de 750 000 \$ sur actions admissibles de petite entreprise en utilisant la DGC des enfants. Toutefois, lorsque le résident américain vend ou cristallise les mêmes actions de la compagnie, il peut être assujéti à l'impôt américain sur le gain en capital, même si le gain est libre d'impôt au Canada.

De plus, les actionnaires américains pourraient ne pas pouvoir bénéficier du versement d'un dividende en capital libre d'impôt, puisque ce dividende pourrait être totalement imposable aux États-Unis, et être assujéti à la retenue canadienne d'impôt des non-résidents (en cas de non-résidence canadienne).

Des avantages fiscaux canadiens et américains pourraient toutefois potentiellement être disponibles pour les personnes désireuses de surmonter les complexités et implanter un gel successoral bien structuré.

Lorsque c'est l'un des fiduciaires qui devient résident américain, la résidence de la fiducie de gel pourrait migrer, aux fins fiscales canadiennes, du Canada vers les États-Unis, avec les conséquences associées à l'émigration canadienne, soit principalement la disposition présumée des biens.

1.1. L'ÉCHÉANCE DU 21^e ANNIVERSAIRE

La plupart des fiducies canadiennes sont réputées disposer de leurs actifs chaque 21^e anniversaire de la création de la fiducie. Une stratégie commune pour éviter l'imposition du gain en capital relatif à la disposition réputée est de bénéficier d'un roulement fiscal des actifs aux bénéficiaires avant la date anniversaire fatidique. Or, ce roulement n'est disponible qu'aux bénéficiaires qui sont résidents canadiens. La fiducie ne pourra pas distribuer les biens en

roulement fiscal pour un enfant qui réside aux États-Unis ou n'importe où ailleurs qu'au Canada.

Dans le cas d'un enfant résident des États-Unis et qui y établit son domicile, la distribution de la fiducie fera partie de sa succession imposable aux fins des droits successoraux américains en cas de décès.

Qui plus est, la distribution de la fiducie non américaine pourrait entraîner une imposition en vertu des règles anti-report (*throwback rules*).

Pour ces raisons, il peut être conseillé d'éviter une distribution directe de la fiducie canadienne à l'enfant américain.

1.2. SOLUTIONS LORS D'UN DÉMÉNAGEMENT D'ENFANTS BÉNÉFICIAIRES D'UN GEL

1.2.1. Choix fiscal

Selon les dispositions sur les PFIC, l'actionnaire américain peut faire un choix au titre de *qualified electing fund* (ci-après « QEF ») pour que le revenu sous-jacent soit constaté par la société dans l'exercice, permettant ainsi d'éviter les règles anti-report qui s'appliquent aux PFIC. Par contre, il faudra s'assurer de synchroniser l'imposition des revenus au Canada et aux États-Unis afin d'utiliser efficacement les crédits pour impôt étranger.

Une distribution effective des revenus, au lieu d'un choix, peut aussi être une bonne solution à long terme.

1.2.2. Fiducies distinctes

Dans le cas d'une fiducie non américaine, la solution passe souvent par la prévention en utilisant une fiducie flexible permettant d'écarter les bénéficiaires résidents américains et de constituer pour ceux-ci une fiducie distincte américaine qui détiendrait les actifs constitués de valeurs négociables au lieu de PFIC et de sociétés étrangères contrôlées.

1.3. SOLUTIONS LORS DE L'ÉCHÉANCE DU 21^E ANNIVERSAIRE

1.3.1. Distribution aux enfants résidents canadiens

Lorsqu'il existe des enfants résidents canadiens, il est possible de considérer, selon le contexte familial, la distribution des biens ayant un gain

en capital latent, de la fiducie à ces derniers, et de réserver d'autres actifs plus liquides détenus hors fiducie et dont les impôts seraient payés, pour les verser aux enfants américains, en évitant une distribution de la fiducie. Si distribution il y avait, les impacts américains seraient toujours présents et devraient être considérés.

1.3.2. Fiducie exempte de la disposition présumée aux 21 ans, intérêts dévolus aux bénéficiaires

Si l'acte de fiducie le permet, la fiducie pourrait rendre les participations acquises irrévocablement pour les bénéficiaires dans le but de la qualifier de fiducie exempte de la disposition présumée tous les 21 ans.

Un retour futur au Canada pourrait toutefois avoir comme conséquence non désirée de déclencher l'application des règles fiscales américaines relatives à l'expatriation³, et donc l'imposition du gain en capital latent sur les biens détenus par le bénéficiaire qui revient au bercail.

2. ASSURANCE VIE ET RÉSIDENTS AMÉRICAINS

2.1. ASSURANCE VIE DÉTENUE PAR UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE ET HÉRITIERS NON RÉSIDENTS CANADIENS

La détention de polices d'assurance à l'intérieur de la société de portefeuille est une stratégie fiscalement plus efficace que la détention personnelle pour des actionnaires canadiens, qui ont des héritiers aussi canadiens. L'assurance vie détenue par une société permet de financer le paiement d'impôt au décès avec une accumulation libre d'impôt, une prestation décès non imposable et son transfert, pour une bonne part, à la succession par le paiement d'un dividende en capital libre d'impôt, tout en finançant le paiement des primes à un coût avant impôt.

Lorsque la succession est composée principalement d'héritiers non canadiens, toutefois, une attention particulière est requise. Plus précisément, la prestation décès pourrait être acheminée aux actionnaires après la ponction d'une retenue à la source de 15 % à 25 % sur le dividende en capital ou le paiement de capital de la succession à l'héritier non résident. De plus, le dividende pourrait être imposable dans le pays de résidence des actionnaires-héritiers.

³ Voir *infra*, à la section 3.

Il existe des solutions de rechange pour éviter ce coût additionnel :

- 1) la police pourrait être détenue et payée personnellement; ou
- 2) la police pourrait être structurée sur une base conjointe-premier décès, permettant ainsi le transfert de la prestation décès au conjoint survivant résident canadien par un dividende en capital libre d'impôt;
- 3) lorsque la succession se compose de plusieurs héritiers, dont certains sont résidents canadiens, alors que d'autres sont non résidents canadiens, le règlement de la succession peut être planifié en prévoyant le paiement d'un dividende en capital aux actionnaires résidents canadiens, des actions distinctes peuvent être utilisées à cette fin, alors que des dividendes imposables sont distribués aux non-résidents canadiens;
- 4) une meilleure solution est aussi de transférer d'autres actifs non imposables aux héritiers résidents américains, à la place d'actions d'une société privée canadienne.

2.2. ASSURANCE VIE ET HÉRITIERS CITOYENS OU RÉSIDENTS AMÉRICAINS

Le versement de la prestation décès peut être effectué dans une fiducie Dynasty⁴ au décès du résident canadien ayant des héritiers américains dans le but d'éviter les droits successoraux américains au décès des enfants et même des petits-enfants résidents américains et domiciliés aux États-Unis. Pour qu'une fiducie Dynasty exclue efficacement les actifs de la fiducie de la succession de ses bénéficiaires, il est impératif qu'il soit structuré correctement par un juriste spécialisé dans ces questions successorales et fiscales américaines. Une discussion sur ce type de planification est approfondie plus loin dans le texte⁵.

3. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES ET CITOYENS AMÉRICAINS

Il est de plus en plus courant de voir des conventions entre actionnaires comportant soit un des associés qui est américain, soit une entreprise américaine, si ce n'est la rencontre des deux situations simultanées. Nos réflexes habituels relatifs aux structures de rachat des conventions entre

⁴ Voici à ce sujet Caroline RHÉAUME, « Planification successorale pour les clients ayant des héritiers ou des biens aux États-Unis », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 11:1-20.

⁵ Voir *infra*, à la section 4.

actionnaires doivent être rajustés pour prendre en compte les particularités à la fois de l'impôt canadien et de l'impôt américain.

3.1. IMPÔTS CANADIENS – COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

La première particularité concerne l'impôt canadien et l'impossibilité de verser un dividende en capital sans impôt canadien aux actionnaires non résidents du Canada. Il faut habituellement éviter le versement d'un tel dividende pour les non-résidents à même la convention entre actionnaires.

Si l'associé est résident du Canada, mais citoyen américain, il pourra bénéficier du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), mais on devra alors s'assurer que l'imposition américaine ne soit pas pénalisante et qu'il n'en résulte pas de problème de synchronisation des revenus imposables américains avec les revenus canadiens, rendant difficile l'utilisation d'un crédit d'impôt étranger.

3.2. IMPÔTS AMÉRICAINS⁶

3.2.1. Produit d'assurance non imposable et impôt minimum de remplacement

De façon générale, les produits d'assurance vie reçus au décès sont généralement non imposables pour le bénéficiaire de la police lorsque celui-ci se situe parmi une *S corporation*, les actionnaires de la société, ou un tiers.

Toutefois, il est possible qu'une *C corporation* bénéficiaire d'une police d'assurance vie soit assujettie à l'impôt minimum de remplacement lorsqu'elle la reçoit. De plus, la croissance de la valeur de rachat d'une police d'assurance vie détenue par une *C corporation* peut aussi être assujettie à l'impôt minimum de remplacement, ou accroître son exposition à celui-ci. D'un autre côté, lorsque la société accumule plutôt des liquidités pour une transaction future, elle pourrait payer l'impôt sur les profits accumulés (*accumulated earnings tax*) exigé par le gouvernement fédéral américain aux sociétés qui conservent des bénéfices non répartis réputés déraisonnables et excèdent un niveau considéré comme ordinaire.

⁶ Pour plus de détails, voir FOREFIELD INC., *Buy Sell Agreements*, publiée par RBC Wealth Management US, 21 août 2009, 98 p.

L'impôt minimum de remplacement sur la prestation décès ne pose pas problème lorsque le bénéficiaire est une *S corporation*, un actionnaire particulier de la société, ou un tiers.

Sommairement, une *C corporation* est une société par actions imposée comme telle au niveau fédéral, sous le sous-chapitre C du chapitre 1 de l'*Internal Revenue Code*⁷. Une *S corporation* est une société par actions qui respecte certains critères de qualification, et qui peut choisir d'être imposée comme une société de personnes, c'est-à-dire que les associés sont imposés au prorata de leur participation, en vertu du sous-chapitre S du chapitre 1 de l'*Internal Revenue Code*.

3.2.2. Les primes d'assurance vie ne sont pas déductibles

En général, les primes d'assurance vie sont payées avec de l'argent après impôt et ne sont pas déductibles du revenu, que le payeur soit une société, un actionnaire, ou un tiers.

3.2.3. Les primes pourraient constituer des dividendes imposables

Comme au Canada, les primes payées par une société pour une police détenue par les actionnaires qui en sont bénéficiaires peuvent être imposables pour ceux-ci, à titre de dividendes imposables. Le versement d'un boni peut aussi être considéré s'il s'agit d'une rémunération raisonnable.

3.2.4. Rachat par la société

De façon générale, comme c'est le cas au Canada, une compagnie rachetant ses propres actions pour annulation d'un actionnaire particulier ne pourra en déduire le paiement de ses revenus. Il pourrait toutefois être possible de structurer le rachat pour que tout ou une partie des paiements soit déductible d'impôt par l'utilisation de rémunération différée, de prêts ou de transaction de cession-bail. Des techniques utilisant les rentes peuvent permettre d'étaler l'imposition. Les conséquences de l'impôt sur les dons doivent aussi être considérées.

L'intégration de l'imposition des sociétés avec celle des actionnaires n'est pas accomplie sous les règles fiscales américaines. Il peut y avoir une

⁷ *Internal Revenue Code of 1986* et mod.

double imposition causée par l'imposition des profits par la société et l'imposition des dividendes à l'actionnaire. Lorsque les propriétaires ont un taux d'imposition moindre que celui de leur société, il peut être avantageux de considérer une acquisition des actions entre les actionnaires particuliers, alors que des circonstances inverses peuvent avantager plutôt le rachat par la société.

3.2.5. Absence de gain en capital pour la succession du vendeur

L'imposition de droits successoraux par les États-Unis est jumelée à une exonération du gain en capital latent au décès par un rehaussement du coût des actifs de la succession, pour le faire correspondre à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») au décès. Ce rehaussement ne sera pas possible durant l'année 2010, année au cours de laquelle les droits successoraux sont temporairement abrogés.

La conséquence de cette majoration serait de rendre « à néant » le gain en capital subséquent réalisé par la succession lors de la vente des actions. « Le diable est néanmoins dans les détails » et une vérification de l'application de ce scénario doit être confirmée par un spécialiste américain.

3.2.6. Inclusion de la valeur dans les droits successoraux américains

Évidemment, la valeur reçue par la succession dans l'exercice d'une convention entre actionnaires sera incluse dans la succession imposable du défunt. Point à souligner toutefois, lorsque les biens vendus ont fait l'objet d'une transaction effectuée pour moins que leur valeur marchande, la valeur de la succession devrait être réévaluée à la JVM par l'IRS aux fins des droits successoraux américains, même si aucun produit n'est reçu.

3.2.7. Attention aux règles d'attribution touchant les transactions au sein d'une entreprise familiale

Les entreprises familiales sont soumises à des règles d'attribution spécifiques qui peuvent avoir pour conséquence de rendre plus difficile l'obtention d'un traitement fiscal favorable. Ces règles d'attribution peuvent toucher la qualification du rachat d'actions par la compagnie en tant qu'échange d'intérêts du vendeur ou en tant que distribution de dividendes.

Lorsque cela est possible, le traitement d'échange est avantageux quand il permet de n'imposer que le gain excédant le coût rehaussé à la JVM au

décès parce qu'il est transféré à la succession. Le taux d'imposition des gains en capital à long terme est aussi limité à 15 %.

Le traitement de dividende serait souvent imposé plus négativement : avant le 1^{er} janvier 2011, certains dividendes reçus par des particuliers, provenant de certaines sociétés, peuvent être imposés au taux des gains en capital à long terme. Après cette date, ils devraient être imposés comme revenu ordinaire à des taux plus élevés.

3.2.8. Impôts sur les dons

Les émissions d'actions à de nouveaux actionnaires pour les inclure à l'actionariat dans le but de les faire participer à une convention de rachat au décès pourraient entraîner l'imposition sur les dons lorsque la transaction se fait à un prix inférieur à la valeur marchande.

4. FIDUCIE D'IMMIGRATION

Il est possible d'établir une fiducie d'immigration non résidente du Canada, généralement assortie d'une exemption d'impôt canadien pendant cinq ans sur tous ses revenus et sur les gains en capital, en vertu des lois fiscales canadiennes actuellement en vigueur. En effet, il existe une exemption des règles de présomption de résidence d'une fiducie lorsque le contribuable a été résident du Canada moins de 60 mois⁸.

Cette stratégie est théoriquement disponible pour le Canadien revenant au pays, mais on doit compter ses années précédentes de résidence au Canada dans les cinq années maximales. Un Canadien ayant émigré à l'âge adulte aura donc épuisé son solde de cinq années et ne pourra pas utiliser cette stratégie à son retour.

La fiducie d'immigrant permet de réduire les impôts et de préserver le patrimoine du nouvel arrivant au Canada. En règle générale, en temps normal, lorsque la valeur des biens de la fiducie était supérieure à 1 M\$, on pouvait considérer que les économies d'impôt auraient été supérieures au coût de la structure de la fiducie à l'étranger. Avec les rendements faibles des derniers exercices, il faut viser un montant plus près de 5 M\$ afin de rentabiliser cette stratégie.

⁸ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), div. 94.1b(i)(A).

5. CONFORMITÉ

5.1. QUALIFIED INTERMEDIARY

L'IRS est fermement engagée à réduire, voire à éliminer les abus fiscaux découlant de la détention secrète de fonds outre-mer et à percevoir les impôts dus. Selon la Maison-Blanche⁹, les lois actuelles ne permettent pas à l'IRS de recueillir l'information nécessaire pour déterminer si le détenteur d'un compte à l'étranger est un citoyen américain. L'administration du président Barack Obama propose de modifier la loi pour élargir l'information déclarée, augmenter les retenues fiscales de non-résidents, resserrer les pénalités et transférer le fardeau de la preuve pour freiner l'évasion fiscale américaine des détenteurs de comptes à l'étranger.

Les propositions visent à changer les règles du jeu pour les institutions financières qui n'ont pas signé l'entente avec l'IRS pour se qualifier à titre de *Qualified Intermediaries* (ci-après « QI »). Des présomptions voudront que de telles institutions facilitent l'évasion fiscale. Les titulaires de comptes **et** les institutions financières auront le fardeau de prouver qu'elles ne soustraient pas de revenus à l'imposition américaine.

Plus précisément :

- 1) on obligerait les institutions financières américaines à retenir de 20 % à 30 % à la source sur tout paiement à des particuliers qui utilisent les institutions non américaines non reconnues comme QI. Un remboursement serait disponible sur preuve de l'identité des particuliers et d'une démonstration qu'ils obéissent à la loi;
- 2) on créerait une présomption selon laquelle tout compte bancaire ou de société de courtage, ou autre, détenu à l'étranger par un citoyen américain auprès d'une institution non QI contiendrait suffisamment de fonds pour déclencher l'obligation de déclaration de comptes à l'étranger, et selon laquelle tout défaut de déclaration est volontaire si le compte détient plus de 200 000 \$ à n'importe quel moment durant une année civile;

⁹ MAISON-BLANCHE, Bureau du secrétaire de presse, « Leveling the Playing Field: Curbing Tax Havens and Removing Tax Incentives For Shifting Jobs Overseas », 4 mai 2009.

- 3) on donnerait au département du Trésor des États-Unis l'autorité de présenter de la nouvelle réglementation permettant à une institution financière de se qualifier à titre de QI seulement si toutes les institutions contrôlées de façon commune sont également des QI. Les institutions ne pourraient plus bénéficier des vases communicants entre les affaires de QI et non QI;
- 4) on propose d'augmenter la capacité de l'IRS à poursuivre en justice, avec succès, l'évasion fiscale en haussant les pénalités de déclaration de biens à l'étranger, fixant à six ans le délai de prescription fiscale à l'exécution internationale après le moment où le contribuable a soumis les informations nécessaires, et en élargissant les exigences de déclaration pour les QI qui seraient tenus de déclarer des renseignements sur leurs clients américains dans la même mesure que le font les intermédiaires financiers américains.

PARTIE B

Caroline Rhéaume, avocate, M. Fisc., Adm.A., Pl. Fin., TEP
Partenaires Financiers Richardson Limitée

1. DÉCLARATION DE COMPTES BANCAIRES ÉTRANGERS – FORMULAIRE TD F 90.22-1 – FOREIGN BANK AND FINANCIAL ACCOUNT

Les États-Unis ont, sans aucun doute, des exigences en matière de déclaration qui dépassent celles de la plupart des pays. Certaines de ces obligations visent non seulement les résidents américains, mais aussi les entreprises étrangères et les non-résidents des États-Unis. La production du Formulaire TD F 90.22-1, intitulé *Report of Foreign Bank and Financial Account* (ci-après « FBAR »), fait partie des exigences de production américaines dont les ramifications sont importantes. Le Trésor américain exige que toute personne résidant aux États-Unis remplisse un formulaire FBAR et déclare tout intérêt financier, autorisation de signature ou contrôle relatif à un compte bancaire étranger, si la valeur de tous les comptes bancaires étrangers, à un moment au cours de l'année civile, excède 10 000 \$ US. L'obligation de produire ce formulaire tire sa source du *Bank Secrecy Act*¹ et des règlements s'y rattachant. Cette loi a été adoptée pour répondre à une préoccupation des Américains voulant que trop de personnes américaines utilisent des institutions financières étrangères dans des paradis fiscaux afin de cacher leurs activités illégales ou pour faire de l'évasion fiscale. Depuis 2003, c'est l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») qui est chargé de faire appliquer les règles de FBAR. Ce formulaire n'a pas à être joint à la déclaration de revenus américaine. Il doit plutôt être produit au plus tard le 30 juin suivant la fin de l'année visée par le formulaire auprès du département du Trésor des États-Unis (le 30 juin 2010 pour l'année 2009). Cette obligation s'applique notamment aux comptes bancaires et aux comptes d'investissement, incluant les régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») et les fonds enregistrés de revenu de retraite (ci-après « FERR »). Cette exigence vise, d'abord, les citoyens américains, les résidents américains et les entités américaines; et, ensuite, les Canadiens qui séjournent plusieurs mois par an aux États-Unis (*snowbirds*) et qui, en conséquence, se qualifient de résidents américains en vertu du test de la présence importante et qui omettent de produire le Formulaire 8840 (*Closer Connection Exception Statement for Aliens*). Cette exigence existe

¹ 31 U.S.C. Sec. 5314.

déjà depuis plusieurs années. Le formulaire est accompagné d'instructions qui aident à le remplir².

1.1. MODIFICATIONS APPORTÉES – OCTOBRE 2008

En octobre 2008, l'IRS a fait paraître de nouvelles instructions pour remplir le formulaire FBAR. Les instructions prévoient notamment une nouvelle définition du terme « personne américaine » (*United States person*), laquelle vise un nombre plus étendu de contribuables. Auparavant, toute personne américaine devait produire un formulaire FBAR. À cette fin, une personne américaine était tout citoyen ou résident américain, toute société de personnes américaine, toute société américaine, toute fiducie ou succession américaine ou tout propriétaire foncier américain. Pour les déclarations produites à compter de 2008, le formulaire devait être rempli par les personnes énumérées ci-dessus ainsi que par des individus et entités se trouvant ou exerçant une activité commerciale aux États-Unis « *in, and doing business in the United States* ». En conséquence, certains non-résidents américains, incluant des Canadiens, auraient à remplir le formulaire. La production du formulaire est requise dans les cas suivants :

- le déclarant est titulaire ou propriétaire du compte étranger;
- le déclarant a une autorisation de signature sur le compte sans avoir d'intérêt financier dans le compte;
- le déclarant a un intérêt financier dans le compte, mais il n'a pas d'autorisation de signature.

1.2. ANNONCE 2009-51 – 5 JUIN 2009

À la suite des modifications apportées au formulaire et aux instructions s'y rattachant, une certaine confusion s'est installée. L'IRS a toutefois annoncé, le 5 juin 2009³, qu'il suspendait l'obligation de production dudit formulaire pour les personnes qui ne sont pas :

² Nous vous référons aux instructions accompagnant le formulaire FBAR, notamment afin d'y consulter les définitions des termes qui y sont utilisés.

³ INTERNAL REVENUE SERVICE, *Annnonce* 2009-51 (en ligne : <http://www.irs.gov/pub/irs-drop/a-09-51.pdf>). L'annonce a aussi été publiée dans *Internal Revenue Bulletin* 2009-51, 22 juin 2009 :

- des citoyens américains;
- des résidents américains;
- des sociétés de personnes américaines;
- des sociétés américaines;
- des successions ou fiducies américaines.

En conséquence, il faut s'en remettre à l'ancienne définition afin d'identifier les personnes et entités assujetties. Il s'agit donc des citoyens et résidents américains, des sociétés de personnes, sociétés, successions et fiducies américaines.

L'IRS mentionne dans l'*Annonce* 2009-51 qu'il a l'intention de publier de nouveaux critères pour la production du formulaire FBAR pour les années à venir.

Cette annonce a été bien reçue par tous ceux qui ne résident pas aux États-Unis, mais qui y exercent une activité commerciale. Ils sont donc exemptés, jusqu'à nouvel ordre, de la production du formulaire FBAR.

1.3. DÉLAIS DE PRODUCTION

La première page du formulaire révisé indique que celui-ci doit être utilisé pour les formulaires produits après le 31 décembre 2008. Il semble donc que les formulaires produits à compter du 1^{er} janvier 2009 doivent être produits en fonction du formulaire révisé. De plus, les nouvelles instructions précisent que le déclarant doit inscrire sur le formulaire tous ses comptes étrangers, incluant les fonds communs de placement, les cartes de débit et les cartes de crédit prépayées maintenues par des institutions financières. L'IRS aurait également mentionné qu'un fonds de couverture *offshore* est un

(...suite)

« This announcement is temporarily suspending the reporting requirement for FBARs due June 30, 2009, for those persons who are not citizens, residents, or domestic entities. All persons may rely on the definition of "United States person" found in the instructions to the prior version of the FBAR (July 2000 version) to determine whether they have a filing obligation. All other requirements of the current version of the FBAR form and instructions (revised October 2008) still apply. »

compte assujetti aux règles de divulgation des FBAR. Certains praticiens indiquent qu'un placement privé étranger (*foreign private equity fund*) serait également visé par les règles FBAR⁴.

Sont également compris dans les comptes de placement étrangers, les dépôts, qui, selon l'IRS, visent les valeurs de rachat incluses dans des polices d'assurance délivrées par des sociétés étrangères et possédées par des Américains, dans la mesure où la valeur de rachat excède 10 000 \$ US.

Des propositions de l'administration Obama pourraient rendre encore plus rigides les règles de conformité relatives aux FBAR. Ces propositions prévoient notamment une obligation de déclarer l'information actuellement requise sur le formulaire FBAR dans une annexe à la déclaration de revenus fédérale.

Les pénalités pour omission de produire peuvent être importantes. Il peut s'agir de pénalités civiles, voire criminelles. En vertu de l'*American Jobs Creation Act of 2004*⁵, les pénalités pour omission de produire peuvent atteindre 10 000 \$ US si l'omission ne provient pas de la négligence volontaire du contribuable (*non-willful failure to file*). Les autorités fiscales américaines peuvent choisir de ne pas appliquer les pénalités si le contribuable avait un motif raisonnable pour ne pas produire, dans la mesure où il a déclaré les revenus provenant de ces comptes dans sa déclaration de revenus américaine. Lorsque le contribuable fait preuve de négligence grossière (*willful non-compliance*), la pénalité maximale est le plus élevé de 100 000 \$ ou 50 % de la valeur des comptes étrangers. Des amendes, et même des peines d'emprisonnement, peuvent également être réclamées.

Pour encourager la conformité aux exigences de production du FBAR, l'IRS avait donné jusqu'au 23 septembre 2009 aux contribuables délinquants pour remplir volontairement leur formulaire et respecter la loi. En se conformant de la sorte, les contribuables pouvaient minimiser leurs pénalités civiles et potentiellement éliminer toute poursuite judiciaire.

⁴ Voir David I. SHAPIRO, Brian KNIESLY et Fried FRANK, « Uncertainties Regarding Applicability of FBAR Filings due June 30, 2009 », 17 juin 2009 (en ligne : <http://www.judicialview.com/Law-Articles/International/Uncertainties-Regarding-Applicability-of-FBAR-Filings-due-June-30-2009/33/6485>).

⁵ Pub. L. No. 108-357.

Le 7 août 2009, l'IRS a annoncé d'autres changements relativement aux délais de production du formulaire FBAR⁶. Ainsi, les résidents américains qui ont une autorisation de signature sur un compte bancaire étranger, sans y avoir un intérêt financier, ont jusqu'au 30 juin 2010 pour remplir les formulaires FBAR de 2008 ou de toute année antérieure. Les résidents américains qui ont un intérêt financier ou une autorisation de signature sur un compte bancaire étranger dont les fonds sont gérés de façon commune (tel un fonds commun de placement) auront jusqu'au 30 juin 2010 pour remplir le formulaire FBAR pour 2008 ou de toute année antérieure. Cette prolongation de délai ne s'applique que dans ces deux cas précis.

Cette mesure s'ajoute à la prolongation accordée jusqu'au 23 septembre 2009 et élimine dans les faits ce délai pour deux catégories de déclarants⁷.

2. ACHAT DE FONDS COMMUNS DE PLACEMENT PAR UN CITOYEN AMÉRICAIN⁸

L'*Internal Revenue Code*⁹ contient un certain nombre de dispositions visant à empêcher les contribuables américains de gagner un revenu passif par l'intermédiaire d'une entité étrangère comme une société étrangère ou une fiducie étrangère. Le gouvernement américain craint que, sans ces règles, les contribuables américains reportent ou évitent l'impôt américain en gagnant un revenu de placement étranger par l'intermédiaire de ces entités. Avant 1987, les investissements faits par l'entremise de sociétés de placement étrangères passives (*Passive Foreign Investment Company* (ci-après « PFIC »)) offraient une façon de différer le paiement de l'impôt sur un revenu de placement étranger. Il était possible de reporter le paiement de l'impôt américain sur des gains réalisés par l'entremise d'une PFIC jusqu'au moment où des fonds étaient retirés. Il était également possible de convertir du revenu d'intérêts et de dividendes en gains en capital. Afin de mettre un frein à cette pratique, le gouvernement américain a adopté, en

⁶ INTERNAL REVENUE SERVICE, *Annonce* 2009-62.

⁷ Pour plus de détails concernant le formulaire FBAR, vous pouvez consulter le *Workbook on the Report of Foreign Bank and Financial Account* sur le site de l'IRS (en ligne : <http://www.irs.gov/businesses/small/article>).

⁸ Voir Dean T. SMITH, « Planification successorale au Canada et déménagement de bénéficiaires aux États-Unis », (2007), vol. 55, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 407-434.

⁹ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

octobre 1986¹⁰, les mesures relatives aux PFIC. Une société se qualifie de PFIC si elle satisfait à l'un des deux critères suivants :

- au moins 75 % de son revenu brut pour l'année d'imposition est un revenu passif tels un revenu de location, des redevances, des dividendes, des intérêts et les gains découlant de la vente de placements;
- la valeur moyenne des actifs détenus par la société au cours de l'année d'imposition qui génèrent le revenu passif ou qui sont détenus pour la production de revenu passif est égale à au moins 50 % de la valeur moyenne de la totalité des actifs de la société¹¹.

Les sociétés publiques étrangères qui gagnent un revenu de placement significatif peuvent être considérées comme des PFIC aux fins de l'impôt américain. Par exemple, une société de fonds communs de placement canadienne, qui est imposée comme une association aux États-Unis, est généralement considérée comme une PFIC aux fins de l'impôt américain.

Bien des citoyens américains ou résidents permanents vivant au Canada ont des fonds communs de placement non américains dans leur portefeuille de placement. Bien souvent, ils omettent de mentionner ce fait à la personne qui prépare leurs déclarations de revenus. Par ailleurs, leurs conseillers ne sont pas toujours familiarisés avec les règles américaines de PFIC. L'omission de déclarer la détention de ces placements peut avoir d'importantes répercussions aux États-Unis. N'oublions pas que les fonds communs de placement étrangers doivent être indiqués sur le formulaire FBAR traité ci-dessus.

2.1. FONDS COMMUN DE PLACEMENT CONSTITUÉ EN SOCIÉTÉ OU EN FIDUCIE

Puisque les règles des PFIC renvoient à une société étrangère, on peut se demander si un investissement dans un fonds commun de placement constitué en fiducie pose le même problème. Dans une certaine mesure, la réponse est oui. Le problème provient des dispositions de l'*Internal Revenue Code* relatives à la classification des entités. Un fonds commun de placement, bien qu'ayant la nature d'une fiducie aux fins fiscales canadiennes, peut ne pas se qualifier de fiducie aux fins fiscales américaines.

¹⁰ *Tax Reform Act of 1986*, Pub. L. No. 99-514.

¹¹ I.R.C. § 1297(a).

Comme la détermination de la nature d'un fonds commun de placement étranger en vertu des règles américaines est plutôt complexe, la prudence est de mise¹².

2.2. IMPOSITION DES PFIC

Les dispositions sur les PFIC créent essentiellement un régime de pénalités. Un individu visé par ces mesures a généralement certaines options, lesquelles ne sont pas toujours avantageuses.

2.3. LA MÉTHODE DE DISTRIBUTION EXCESSIVE EST LA MÉTHODE APPLICABLE PAR DÉFAUT

En vertu de cette méthode, l'individu ne paie pas d'impôt jusqu'au moment où une distribution est reçue. Lors d'une distribution, le revenu est imposé au taux d'imposition marginal le plus élevé applicable au revenu ordinaire (actuellement de 35 %), quelle que soit la tranche d'imposition du contribuable. Le gain doit de plus être alloué sur la période de détention de l'investissement. Un intérêt, composé annuellement, et calculé pour toute la période de détention du placement, est aussi ajouté.

2.4. DEUXIÈME MÉTHODE – MARK TO MARKET

En vertu de cette méthode, le contribuable américain paie son impôt à la fin de chaque année sur la différence entre la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du fonds en fin d'année et en début d'année. Le gain ou la perte est imposable à titre de revenu ordinaire et non pas à titre de gain en capital. Cela signifie que le contribuable ne peut pas bénéficier du taux réduit applicable au gain en capital à long terme de 15 %. Ce choix doit être fait dans l'année d'achat du fonds commun de placement sur le Formulaire 8621.

2.5. TROISIÈME MÉTHODE – LE CHOIX QEF

Une seule méthode permet au contribuable américain d'avoir accès au taux préférentiel du gain en capital par la détention d'un fonds commun de placement étranger. Il doit faire un choix particulier appelé *QEF election*, signifiant *Qualified Electing Fund* (ci-après « QEF »)¹³. Cela permet au

¹² Voir notamment Treas. Reg. 301-7701-1(a)(1), 301-7701-4(a), 301-7701-4(b), 301-7701-4(c)(1) et 301-7701-2.

¹³ I.R.C. § 1295.

contribuable américain de verser ses impôts comme si le fonds commun de placement étranger était un fonds commun de placement américain. Chaque année, le contribuable paie son impôt sur les dividendes, les intérêts et les gains selon les taux d'imposition américains applicables au revenu visé. Le problème qu'engendre cette option est que le gestionnaire du fonds commun doit avoir deux types de rapports financiers : un pour le gouvernement local et un pour le gouvernement américain. De façon générale, les fonds communs de placement étrangers n'ont pas d'obligation de divulgation ou de production au gouvernement américain. Ainsi, il est très difficile d'obtenir l'information requise de la part des sociétés de fonds communs de placement étrangères afin de pouvoir faire le choix QEF. L'individu doit remplir le Formulaire 8621 de l'IRS, intitulé *Return by a Shareholder of a Passive Foreign Investment Company or Qualified Electing Fund*, joindre le formulaire à sa déclaration de revenus et le produire au plus tard à la date d'exigibilité de la déclaration.

2.6. PFIC – AUTRES CONSIDÉRATIONS

Plusieurs experts estiment que la préparation du Formulaire 8621 pour déclarer un intérêt dans une PFIC peut nécessiter près de neuf heures. Jusqu'à tout récemment, les contribuables américains qui omettaient de déclarer leur intérêt dans une PFIC n'avaient que peu à craindre. Or, l'administration Obama cherche, parmi ses objectifs, à accroître les obligations de divulgation des résidents américains ayant des intérêts financiers à l'étranger. Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, la production du formulaire FBAR et les pénalités s'y rattachant en cas de non-production ne sont pas étrangères à l'accomplissement de cet objectif.

2.7. PFIC ET REÉR

Certains praticiens considèrent que le régime des PFIC n'est applicable que si le placement est détenu hors d'un REÉR ou d'un FERR. En effet, le paragraphe XVIII(7) de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*¹⁴ permet un report de l'impôt américain sur le revenu généré à l'intérieur d'un REÉR ou d'un FERR si le contribuable en fait le choix. Le Formulaire 8891 doit toutefois être joint à la déclaration de revenus américaine pour reporter le paiement de l'impôt américain.

¹⁴ *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995, le 29 juillet 1997 et le 15 décembre 2008 (ci-après « Convention Canada-États-Unis »).

2.8. QUE PEUT FAIRE L'INVESTISSEUR AMÉRICAIN

L'investisseur américain vivant au Canada peut opter pour des fonds communs de placement américains et des fonds négociés en Bourse qui investissent dans des sociétés canadiennes ou étrangères. Cet investisseur peut également choisir d'investir dans des actions de sociétés publiques étrangères sans problème de PFIC.

3. RENONCIATION À LA CITOYENNETÉ AMÉRICAINNE – NOUVELLES RÈGLES D'EXPATRIATION¹⁵

Les règles applicables aux citoyens américains renonçant à leur citoyenneté américaine ont fait l'objet de divers changements au fil des ans. Les premières règles visant l'expatriation ont été adoptées en 1966 et étaient énoncées dans la *Foreign Investors Tax Act of 1966*¹⁶.

De nouvelles règles sont entrées en vigueur en 1996, lorsque le Congrès américain a adopté la *Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996*¹⁷. En vertu de cette loi, les personnes qui s'expatriaient des États-Unis principalement dans le but d'éviter l'impôt américain étaient assujetties à l'impôt pour une période de 10 ans suivant leur expatriation. Il s'agissait de déterminer si l'expatriation était motivée par des considérations fiscales ou non. Un individu pouvait réfuter la présomption d'expatriation en vue d'éviter l'impôt américain en produisant une demande de décision auprès de l'IRS. Ces règles se sont appliquées jusqu'en juin 2004.

La législation américaine appelée *American Jobs Creation Act of 2004*¹⁸ est venue, une fois de plus, apporter des changements aux règles américaines d'expatriation. En vertu de ces règles, un citoyen américain qui perdait sa citoyenneté américaine (ou un résident permanent à long terme (détenteur d'une carte verte) qui perdait son statut) était assujetti à une méthode de

¹⁵ Pour une revue des règles d'expatriation applicables avant le 17 juin 2008, voir Caroline RHÉAUME, « Renoncer à la citoyenneté américaine, est-ce si complexe qu'on le prétend? », (2006), vol. 27, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 391-418. Voir également Karl L. FAVA, « Expatriation and the New Mark-to-Market Rules », dans *Foreign Income & Taxpayers, the Tax Advisor*, juillet 2009, pp. 456-461.

¹⁶ Pub. L. No. 89-809, adoptée le 13 novembre 1966.

¹⁷ Pub. L. No. 104-191, adoptée le 21 août 1996.

¹⁸ Pub. L. No. 108-357.

calcul d'impôt alternative applicable au cours des 10 années suivant l'année de la perte de sa citoyenneté ou de son statut de résident permanent. Pendant ces 10 années, si l'expatrié passait plus de 30 jours aux États-Unis, il était réputé être un résident américain pour toute l'année.

Ces règles prévoyaient notamment :

- a) des critères objectifs afin de déterminer si le citoyen ou le résident permanent à long terme serait assujéti au régime d'imposition alternatif à la suite de son expatriation;
- b) des règles fiscales (et non pas en fonction des règles d'immigration) pour déterminer si un individu avait perdu sa citoyenneté ou son statut de résident permanent aux fins fiscales;
- c) l'assujettissement à l'impôt sur les revenus mondiaux pour ceux qui étaient visés par le régime d'imposition alternatif et qui retournaient aux États-Unis pour plus de 30 jours au cours d'une année;
- d) l'application des droits successoraux sur la valeur mondiale de la succession pour ceux assujéti au régime d'imposition alternatif qui retournaient aux États-Unis pour plus de 30 jours au cours d'une année, si le décès se produisait durant cette même année;
- e) l'application de l'impôt sur les dons sur tous les dons effectués dans l'année si l'expatrié était assujéti au régime d'imposition alternatif et qu'il passait plus de 30 jours aux États-Unis au cours de l'année;
- f) l'obligation de produire une déclaration annuelle pour les individus qui étaient visés par le régime d'imposition alternatif, durant les 10 années suivant l'année de la renonciation à la citoyenneté ou de la résidence permanente.

De nouveaux changements aux règles d'expatriation ont vu le jour à la suite de l'entrée en vigueur du *Heros Earnings Assistance Relief Act of 2008*¹⁹ (ci-après « loi HEART »), modifiant l'*Internal Revenue Code* de 1986. Cette loi est entrée en vigueur le 17 juin 2008. C'est à cette date que le gouvernement américain a adopté de nouvelles règles d'expatriation appelées *mark to market*. Les nouvelles mesures se retrouvent principalement aux dispositions 877A et 2801 I.R.C. Ces nouvelles règles

¹⁹ Pub. L. No. 110-245.

différent grandement des règles applicables antérieurement, notamment parce qu'elles prévoient un impôt de départ.

Un citoyen américain qui a renoncé à sa citoyenneté américaine, le ou après le 17 juin 2008, est assujéti à ces nouvelles règles. Les résidents permanents à long terme, c'est-à-dire ceux ayant eu une carte verte pour une période d'au moins 8 ans au cours des 15 années d'imposition ayant précédé leur expatriation (ci-après « résidents permanents ») sont également visés par ces nouvelles mesures. Toute partie d'une année (même une seule journée) compte comme une année. Il est à noter que toute année pour laquelle le résident permanent prend une position en vertu d'une convention fiscale afin d'être traité comme non-résident des États-Unis en vertu de la convention n'est pas comptée dans le calcul des huit années.

Aux fins du présent texte, nous utiliserons l'expression « impôt de départ américain » pour décrire les nouvelles mesures adoptées en vertu de la loi HEART.

3.1. QUI EST VISÉ PAR L'IMPÔT DE DÉPART AMÉRICAIN

L'impôt de départ américain s'applique à un citoyen américain ou à un résident permanent qui renonce à sa citoyenneté américaine ou à son statut de résident permanent le ou après le 17 juin 2008 et :

- dont l'impôt annuel net moyen à payer sur son revenu aux États-Unis pour les cinq années qui précèdent l'expatriation excède 145 000 \$ US (donnée de 2009) (indexé chaque année en fonction de l'inflation);
- dont la valeur de l'avoir net est de 2 M\$ US ou plus; ou
- qui omet de certifier, sous peine d'être accusé de parjure, qu'il s'est conformé à toutes ses obligations fiscales envers le gouvernement fédéral américain pour les cinq dernières années²⁰.

La notion « d'obligations fiscales envers le gouvernement fédéral américain » vise, notamment, la production des déclarations de revenus américaines, la production des déclarations de revenus sur les dons, la production des déclarations de renseignements, le paiement des impôts, des intérêts et des pénalités.

²⁰ I.R.C. §§ 877A(g)(1)(A) et 877(a)(2).

La personne à laquelle l'impôt de départ américain s'applique est communément appelée *covered expatriate*. Aux fins de la présente partie, nous utiliserons le terme « expatrié visé ».

3.2. EXCEPTIONS À L'IMPÔT DE DÉPART AMÉRICAIN

La loi HEART prévoit deux exceptions à l'application de l'impôt de départ américain, lesquelles sont discutées ci-dessous²¹. Ainsi, un individu ne sera pas réputé être un expatrié visé en vertu du test de l'impôt annuel net moyen ou du test de l'avoir net dans les deux situations suivantes. Toutefois, un expatrié qui n'a pas satisfait à toutes ses obligations fiscales au cours des cinq années précédant son expatriation ne pourra pas utiliser une de ces exceptions pour faire échec à l'impôt de départ.

3.2.1. Première exception – Citoyen et résident d'un autre pays

- L'impôt de départ américain ne s'applique pas si l'individu visé a obtenu à sa naissance une double citoyenneté (soit la citoyenneté américaine et la citoyenneté d'un autre pays).
- Cet individu est un citoyen de cet autre pays au moment de son expatriation et il est assujéti à l'impôt de ce pays à titre de résident.
- Enfin, il a été un résident américain aux fins fiscales en vertu du test de la présence importante pour au plus 10 ans au cours des 15 dernières années. Ce test est décrit à la disposition 7701(b)(1)(A)(ii) I.R.C. Aux fins de ce test, un individu est réputé être un résident américain s'il a passé 183 jours ou plus aux États-Unis, calculés selon une formule, durant une période de 3 ans. À cette fin, 100 % des jours de l'année en cours sont comptés, auxquels s'additionnent un tiers des jours de l'année précédente et un sixième des jours de l'année précédant celle-ci. Si le total est de 183 ou plus, l'individu est réputé résident des États-Unis pour l'année, s'il a passé au moins 31 jours aux États-Unis durant l'année visée.

²¹ I.R.C. § 877A(g)(1)(B).

3.2.2. Deuxième exception – Renonciation à la citoyenneté avant l'âge de dix-huit ans et demi

La seconde exception s'applique au citoyen américain qui renonce à sa citoyenneté américaine avant d'atteindre l'âge de dix-huit ans et demi. Cet individu ne doit toutefois pas avoir été un résident des États-Unis en vertu du test de la présence importante, expliqué ci-dessus, pour plus de 10 ans au cours des 15 dernières années.

Fait intéressant, les parents ne peuvent renoncer à la citoyenneté de leurs enfants mineurs en leur nom. Un enfant mineur qui voudrait renoncer à sa citoyenneté américaine doit convaincre un agent diplomatique ou consulaire américain qu'il comprend entièrement la nature et la portée de son geste de renonciation, qu'il n'est pas soumis à une influence indue et qu'il demande volontairement de renoncer à sa citoyenneté²². Ce qui laisse une marge de six mois (de dix-huit ans à dix-huit ans et demi) pour utiliser cette exemption sans procédure additionnelle.

3.3. DATE OÙ L'EXPATRIATION DEVIENT EFFECTIVE

3.3.1. Citoyen américain

Un citoyen américain conserve ce statut aux fins fiscales jusqu'au moment de la renonciation à sa citoyenneté. Un citoyen américain est réputé avoir abandonné sa citoyenneté américaine à la première des dates suivantes²³ :

- a) la date où le citoyen américain renonce à sa nationalité américaine devant un officier diplomatique ou consulaire des États-Unis aux termes du paragraphe (5) de la disposition 349(a) de l'*Immigration and Nationality Act* (ci-après « INA »);

²² Selon le Bureau des Affaires consulaires, du département d'État des États-Unis (en ligne : http://www.travel.state.gov/law/citizenship/citizenship_776.html) (14 septembre 2009) :

« Parents cannot renounce U.S. citizenship on behalf of their minor children. Before an oath of renunciation will be administered under Section 349(a)(5) of the INA, a person under the age of eighteen must convince a U.S. diplomatic or consular officer that he/she fully understands the nature and consequences of the oath of renunciation, is not subject to duress or undue influence, and is voluntarily seeking to renounce his/her U.S. citizenship. »

²³ I.R.C. §§ 877A(g)(3)(A) et 877A(g)(4).

- b) la date où l'individu remet au département d'État des États-Unis une lettre signée de renonciation volontaire à sa nationalité américaine, confirmant l'accomplissement d'un des actes d'expatriation mentionnés aux paragraphes (1), (2), (3) ou (4) de la disposition 349(a) INA;
- c) la date où le département d'État des États-Unis délivre, en faveur d'un individu, un certificat de perte de nationalité américaine; ou
- d) la date où une cour de justice américaine annule le certificat de naturalisation d'un citoyen américain.

Aux fins des paragraphes a) et b) ci-dessus, la renonciation ne sera effective qu'au moment où celle-ci est approuvée par la délivrance d'un certificat de perte de nationalité par le département d'État des États-Unis.

3.3.2. Résident permanent à long terme

La date d'expatriation d'un résident permanent est celle où il cesse d'avoir le statut de résident permanent au sens de la disposition 7701(b)(6) I.R.C.²⁴ Cela survient lorsque la carte verte est révoquée ou qu'il est judiciairement ou administrativement déterminé que le résident permanent a abandonné sa carte verte.

En conséquence d'un amendement apporté à la disposition 7701(b)(6) I.R.C., un individu cesse d'être un résident permanent s'il commence à prendre une position en vertu d'une convention fiscale afin d'être considéré comme résident d'un pays étranger, qu'il ne renonce pas aux bénéfices de la convention fiscale et qu'il informe le secrétaire au Trésor de ce fait.

3.4. EFFETS DES NOUVELLES RÈGLES D'EXPATRIATION

3.4.1. Calcul de l'impôt de départ

L'expatrié visé doit, dans un premier temps, déterminer le gain en capital payable s'il devait vendre tous ses biens à leur JVM le jour précédant son expatriation. Les pertes en capital sont déduites des gains, mais ce calcul ne peut jamais se solder par une perte en capital. Cette première étape s'apparente au calcul de l'impôt de départ pour les résidents canadiens quittant le Canada de façon permanente.

²⁴ I.R.C. § 877A(g)(3)(B).

Les premiers 600 000 \$ US de gains nets sont exemptés de l'impôt de départ²⁵. Ce montant est indexé en fonction de l'inflation pour les années postérieures à 2008. Il est de 626 000 \$ US pour 2009. L'excédent est imposable aux taux d'imposition applicables aux gains en capital. Ce taux est actuellement de 15 % pour le gain en capital dit à long terme (c'est-à-dire si le bien a été détenu pour plus d'une année). Autrement, le gain en capital est imposé selon les taux progressifs d'imposition. Tout gain et perte réalisé par la suite doit être rajusté en fonction du gain ou de la perte considéré au moment de l'expatriation, sans tenir compte de l'exemption de 626 000 \$. Le coût des biens assujettis à l'impôt de départ américain est augmenté en conséquence afin d'éviter une double imposition au moment de la disposition effective du bien.

Aux fins de ce calcul, les biens dont le contribuable était propriétaire lorsqu'il est devenu résident américain pour la première fois sont réputés avoir été acquis pour un coût égal à leur JVM au moment où le contribuable est devenu résident américain.

3.5. CHOIX DE DIFFÉRER LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DE DÉPART

L'expatrié visé peut choisir de différer le paiement de l'impôt de départ autrement dû jusqu'au moment soit de la vente du bien, soit de son décès, selon le premier de ces événements. Il pourrait aussi devoir payer son impôt dû si la garantie remise pour pourvoir au paiement de l'impôt de départ n'est plus adéquate et qu'elle n'est pas remplacée par une garantie jugée appropriée. Une garantie acceptable au secrétaire au Trésor doit être remise afin de garantir le paiement de l'impôt de départ. Des intérêts sont toutefois payables sur le solde dû, malgré le report du paiement de l'impôt. L'impôt différé sur un bien en particulier est dû à la date d'échéance de production de la déclaration de revenus pour l'année d'imposition au cours de laquelle le bien est cédé.

²⁵ I.R.C. § 877A(a)(3)(A).

3.5.1. Garantie acceptable

Sont des garanties acceptables :

- un cautionnement accepté par le secrétaire au Trésor et qui satisfait aux conditions de la disposition 6325 I.R.C.; ou
- toute autre garantie, incluant une lettre de crédit, qui satisfait aux exigences prescrites par le secrétaire au Trésor.

3.5.2. Renonciation aux bénéfices en vertu d'une convention fiscale

Toute demande de report du paiement de l'impôt de départ doit être accompagnée d'une renonciation irrévocable à tout droit en vertu d'une convention fiscale qui pourrait empêcher les États-Unis de cotiser ou de réclamer l'impôt dû en vertu de l'expatriation²⁶.

Le choix de reporter le paiement de l'impôt de départ est irrévocable et ne s'applique qu'aux biens décrits dans le formulaire prévu à cet effet. Le choix se fait bien par bien²⁷.

3.6. BIENS NON ASSUJETTIS À L'IMPÔT DE DÉPART

Certains biens ne sont toutefois pas visés par l'impôt de départ²⁸. Ils font l'objet d'un traitement fiscal différent. Cette catégorie se rapporte à certains éléments de rémunération différée admissibles et non admissibles, les comptes à impôt différé et les fiducies dites *non grantor trusts*.

Les éléments de rémunération différée concernent la plupart des régimes qualifiés américains (*U.S. qualified plans*), les régimes de pension étrangers et tout autre programme de rémunération différée. Ceux-ci englobent les régimes visés à la disposition 219(1)(g)(5) I.R.C. (soit un régime visé par la disposition 401(a) I.R.C., une rente décrite à la disposition 403(a) I.R.C., un régime mis en place par les États-Unis, un État ou une subdivision politique pour ses employés, un régime d'employé simplifié visé par la disposition 408(k) I.R.C., un régime de retraite simplifié visé par la disposition 408(p)

²⁶ I.R.C. § 877A(b)(5).

²⁷ I.R.C. § 877A(b)(6).

²⁸ I.R.C. § 877A(c).

I.R.C. et une fiducie décrite à la disposition 501(c)(18) I.R.C.). Ces éléments concernent également un bien ou un droit dans un bien que le particulier est en droit de recevoir en considération de la prestation de services, dans la mesure où la disposition 83 I.R.C. ne s'est pas appliquée²⁹.

Les éléments de rémunération différée se divisent ensuite en deux catégories :

- les éléments de rémunération différée admissibles; et
- les éléments de rémunération différée non admissibles.

Fait à noter, les règles relatives aux éléments de rémunération différée admissibles et non admissibles ne s'appliquent pas à la portion du montant qui se rapporte à des services rendus par l'expatrié visé à l'extérieur des États-Unis pendant qu'il n'était ni résident ni citoyen des États-Unis.

3.6.1. Rémunération différée admissible

Les éléments de rémunération différée admissibles (appelée *eligible deferred compensation* dans la loi HEART) sont soumis à une retenue à la source de 30 % lorsque des sommes sont versées par ces régimes en faveur d'un expatrié visé³⁰. Le 30 % s'applique à la portion du paiement qui serait autrement à inclure au revenu brut de l'expatrié visé s'il était toujours résident ou citoyen des États-Unis³¹.

Les paiements assujettis à l'impôt à la source de 30 % sont imposables en vertu de la disposition 871 I.R.C.

Un élément de rémunération différée admissible est un régime dont le payeur est :

- une personne américaine; ou

²⁹ I.R.C. § 877A(d)(4).

³⁰ I.R.C. § 877A(d)(1)(A).

³¹ I.R.C. § 877A(d)(1)(B).

- une personne qui n'est pas américaine mais qui fait le choix d'être traitée comme une personne américaine aux fins des présentes et qui satisfait aux conditions prescrites par le secrétaire au Trésor³².

L'expatrié visé doit informer le payeur de son statut et doit renoncer de façon irrévocable à tout bénéfice en vertu d'une convention fiscale lui permettant de bénéficier d'un taux de retenue à la source inférieur à 30 %.

3.6.2. Rémunération différée non admissible

Si un élément de rémunération différée n'entre pas dans la catégorie des éléments admissibles, la valeur présente du régime est prise en compte lors de l'expatriation. Un montant égal à la valeur présente des bénéfices accumulés dans le régime est réputé avoir été reçu par l'expatrié visé le jour précédant son expatriation³³. Ce principe s'applique tant aux bénéfices acquis (*vested*) que non acquis (*unvested*)³⁴.

3.6.3. Comptes à impôt différé

L'expatrié visé est réputé recevoir la valeur de ses comptes à impôt différé le jour précédant son expatriation. Cette mesure concerne notamment les *Individual Retirement Account* (ci-après « IRA ») et les régimes d'études admissibles³⁵. Aucun impôt ou taxe pour distribution anticipée ne peut toutefois être réclamé³⁶; il s'agit notamment de la taxe d'accise de 10 % généralement payable lorsqu'un individu retire des sommes d'un IRA avant d'avoir atteint l'âge de cinquante-neuf ans et demi³⁷. L'expatrié visé n'aura pas à payer cette taxe. Ainsi, l'expatrié doit inclure ces montants dans le calcul de son revenu et payer l'impôt sur la valeur de ces comptes au moment de son expatriation³⁸. Ces montants peuvent par la suite être retirés sans impôt américain à payer³⁹.

³² I.R.C. § 877A(d)(3).

³³ I.R.C. § 877A(d)(2)(A)(i).

³⁴ I.R.C. § 877A(d)(2)(A)(ii).

³⁵ I.R.C. §§ 877A(e)(1)(A) et 877A(e)(2).

³⁶ I.R.C. § 877A(e)(1)(B).

³⁷ I.R.C. § 72(t).

³⁸ I.R.C. §§ 877A(e)(1)(B) et 877A(g)(6).

³⁹ I.R.C. § 877A(e)(1)(C).

Si un individu renonce à sa citoyenneté américaine ou à son statut de résident permanent alors qu'il est également résident canadien aux fins fiscales, il devrait évaluer l'opportunité de mettre fin à son IRA dans l'année de son expatriation. Autrement, certains problèmes en ce qui a trait aux crédits pour impôt étranger pourraient survenir. Au Canada, un impôt sera payable sur les retraits de l'IRA au moment où ils seront reçus⁴⁰. Or, si l'impôt de départ américain a été payé dans une année antérieure, les retraits ne généreront pas d'impôt américain, donc pas d'impôt étranger. De plus, il serait surprenant que l'Agence du revenu du Canada accorde un crédit d'impôt au Canada pour l'impôt de départ américain payé sur l'IRA, si aucun retrait n'est fait du compte. La Convention Canada-États-Unis ne semble pas prévoir de solution à ce problème.

3.7. PARTICIPATION DANS UNE FIDUCIE

3.7.1. Grantor trusts

Les biens qui sont réputés appartenir à l'expatrié visé en vertu des règles américaines relatives aux fiducies dites *grantor trusts* font l'objet de l'impôt de départ.

3.7.2. Non grantor trusts

Si une fiducie de type *non grantor trust* distribue des actifs à un expatrié visé à la suite de son expatriation, le fiduciaire doit faire une retenue d'impôt de 30 % sur la portion qui serait à inclure au revenu de l'expatrié visé s'il était résident ou citoyen américain⁴¹. Pour que cette mesure s'applique, l'expatrié visé doit être un bénéficiaire de la fiducie le jour précédant son expatriation. Si la fiducie distribue un bien et que la JVM du bien excède son coût de base rajusté entre les mains de la fiducie, le gain en capital doit être reconnu comme si le bien avait été vendu à l'expatrié visé à sa JVM⁴². La retenue de 30 % s'applique à ce gain. Le montant assujéti à la retenue à la source est imposable en vertu de la disposition 871 I.R.C. Le taux de 30 % ne peut pas être réduit en vertu d'une convention fiscale⁴³.

⁴⁰ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod., div. 56(1)a)(i)(C.1).

⁴¹ I.R.C. §§ 877A(f)(1)(A) et 877A(f)(2).

⁴² I.R.C. § 877A(f)(1)(B).

⁴³ I.R.C. § 877A (d)(1)(A).

3.7.3. Formulaire à produire

La disposition 6089G I.R.C. exige que tout citoyen ou résident permanent ayant renoncé à sa citoyenneté ou à son statut de résident permanent produise un formulaire auprès de l'IRS indiquant :

- le numéro d'identification du contribuable (TIN);
- l'adresse postale de l'individu dans le pays étranger;
- le pays où l'individu réside;
- le pays étranger dont l'individu est citoyen;
- des détails concernant le revenu, les actifs et les dettes de l'individu;
- le nombre de jours de présence de l'individu aux États-Unis pour l'année fiscale;
- toute autre information que le secrétaire au Trésor peut exiger.

Un expatrié visé doit produire le Formulaire 8854, intitulé *Expatriation Information Statement*. L'IRS a fait paraître une nouvelle version du Formulaire 8854 en mai 2009. Ce formulaire comprend une partie concernant les individus qui se sont expatriés avant le 17 juin 2008, et une autre partie concernant ceux qui se sont expatriés après le 16 juin.

Ce formulaire est à produire avec la déclaration de revenus américaine pour l'année de son expatriation.

Ce formulaire confirme que l'expatrié s'est en effet conformé à toutes ses obligations fiscales américaines pour les cinq dernières années.

En avril 2009, l'IRS a publié le Formulaire W-8CE, intitulé *Notice of Expatriation and Waiver of Treaty Benefits*. Ce document doit être rempli par les expatriés visés et il doit être remis au payeur si l'expatrié détenait au moment de son expatriation un intérêt dans :

- un élément de rémunération différée admissible ou non;
- un compte à impôt différé;

- un intérêt dans une fiducie dite *non grantor trust* aux fins fiscales américaines.

Le Formulaire W-8CE doit être produit dans les 30 jours suivant l'expatriation pour chaque compte.

3.8. NOUVELLES RÈGLES RELATIVES AUX DONNS ET LEGS FAITS LE OU APRÈS LE 17 JUIN 2008 PAR UN EXPATRIÉ VISÉ

En vertu des règles d'expatriation, certains dons ou legs faits par un expatrié visé en faveur d'un citoyen ou résident américain peuvent être imposés entre leurs mains au taux marginal le plus élevé en vigueur en date de la réception du don ou du legs (soit 45 % pour 2009), sous réserve de certaines exceptions. Il s'agit d'un impôt de transfert.

Ces mesures se retrouvent à la disposition 2801 I.R.C. Cet impôt ne s'applique que dans la mesure où l'impôt payable excède la déduction annuelle prévue à la disposition 2503(b) I.R.C., qui est de 13 000 \$ US pour 2009 et il est diminué de tout impôt sur les dons ou droits successoraux payés à un pays étranger.

Cet impôt ne s'applique toutefois pas si le bien a été déclaré comme un don imposable dans une déclaration de l'impôt sur les dons ou s'il figure dans une déclaration de droits successoraux produite dans les délais prescrits par l'expatrié visé ou sa succession.

Finalement, l'impôt de transfert ne s'applique pas à un bien pour lequel une déduction pour dons de bienfaisance ou une déduction pour conjoint aux fins des droits successoraux ou de l'impôt sur les dons des États-Unis serait permise si le cédant était une personne des États-Unis.

Un citoyen américain qui choisit de renoncer à sa citoyenneté américaine ou un résident permanent qui renonce à ce statut doit prendre ces mesures en considération s'il a des membres de sa famille vivant aux États-Unis et à qui il songe faire des dons ou des legs à la suite de son expatriation.

4. PARENTS CANADIENS AYANT DES ENFANTS AUX ÉTATS-UNIS

Bien des parents résidents canadiens choisissent d'inclure une fiducie testamentaire au profit de leurs enfants dans leur testament. Parmi les avantages d'une telle fiducie, nous pouvons penser à la protection contre les créanciers (voire du bénéficiaire contre lui-même) et au fractionnement du

revenu. Lorsque les bénéficiaires de la fiducie testamentaire sont citoyens ou résidents américains, une fiducie canadienne ne leur procure pas les mêmes avantages. Certains problèmes peuvent même survenir, telle l'application des règles américaines sur l'accumulation dans une fiducie étrangère (*throwback rules*) qui sont des règles antiévitement⁴⁴. Par ailleurs, le parent connaissant les effets des droits successoraux américains voudra s'assurer que la valeur des biens légués à son enfant citoyen américain ou domicilié aux États-Unis n'augmentera pas inutilement son assujettissement potentiel à ces droits successoraux⁴⁵. Le parent recherche donc une idée de planification pouvant satisfaire à cet objectif. Une solution de rechange intéressante dans une telle situation est la mise en place d'une fiducie appelée *dynasty trust* (ou parfois *multigeneration trust*, *inheritance trust*, *perpetual trust* ou *generation skipping transfer trust*). Aux fins de ce texte, nous utiliserons l'appellation fiducie Dynasty⁴⁶. L'un des avantages de cette fiducie est que l'enfant américain n'a pas à être le bénéficiaire du capital de la fiducie, lequel peut plutôt être distribué aux petits-enfants, voire même aux arrière-petits-enfants des parents canadiens. La valeur des actifs qui seront finalement distribués ne sera pas amputée par les droits successoraux américains. L'État où sera constituée la fiducie déterminera si la fiducie peut être perpétuelle ou si elle doit se terminer après un certain nombre d'années. En effet, certains États ont une règle appelée *rule against perpetuities*.

Dans la mesure où la fiducie est mise en place par des parents résidant au Canada avec des biens qui n'ont pas un *situs* aux États-Unis, l'impôt sur les dons et l'impôt de saut de génération américain ne sont pas problématiques⁴⁷. Dans cette situation, la valeur des biens transférés à cette fiducie n'est pas limitée par les règles américaines, donnant ainsi beaucoup plus de flexibilité aux parents pour la mise en place de la fiducie Dynasty.

⁴⁴ Voir à ce sujet Martin LORD, « Réflexes et planification dans un contexte transfrontalier Canada-États-Unis », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp.5:1-40, aux pages 5:16-17; Caroline RHÉAUME, « Considérations fiscales hors Québec en planification financière », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 53:1-24, aux pages 53:20-21.

⁴⁵ D. T. SMITH, *loc. cit.*, note 8.

⁴⁶ Pour une étude détaillée de la fiducie Dynasty, voir Jim YAGER et Ryan CAREY, « Dynasty Trusts for American Beneficiaries of Canadians », dans *2008 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2009, pp. 33:1-26.

⁴⁷ L'impôt sur les dons et l'impôt de saut de génération compliquent la mise en place de la fiducie Dynasty lorsque les constituants sont citoyens américains ou domiciliés aux États-Unis.

4.1. CONSTITUTION DE LA FIDUCIE DYNASTY

4.1.1. Fiducie entre vifs et clause *pour over* dans le testament

Plusieurs praticiens recommandent la constitution d'une fiducie entre vifs pour mettre en place la fiducie Dynasty. Les parents y transfèrent une somme nominale afin de constituer la fiducie. Les testaments des parents prévoient de leur côté que les biens à léguer à l'enfant vivant aux États-Unis seront transférés dans ladite fiducie entre vifs. Cette clause du testament est communément appelée *pour over*.

Une telle fiducie est généralement une fiducie américaine, qui sera réputée canadienne pendant que les parents sont vivants. Comme le seul actif de la fiducie durant la vie des parents est une somme nominale, sa caractérisation de fiducie canadienne n'est pas un véritable désavantage. Il est recommandé de ne pas utiliser une fiducie canadienne pour créer la fiducie Dynasty afin d'éviter les problèmes de *throwback rules* mentionnés ci-dessus. Pour qualifier la fiducie de fiducie américaine, il s'agit de désigner des fiduciaires américains et de choisir une administration aux États-Unis aux fins du droit applicable à la fiducie⁴⁸. Il est important que ce soient les fiduciaires américains qui aient le contrôle des décisions de la fiducie Dynasty.

Une fois le parent canadien décédé, la fiducie n'aura plus de contribuant résident, ce qui permet généralement à la fiducie de ne plus être réputée canadienne, en vertu des règles proposées et applicables aux fiducies étrangères⁴⁹.

4.1.2. Fiducie testamentaire

La fiducie américaine Dynasty peut également être constituée directement dans le testament des parents. Une telle option rend toutefois le testament plus complexe. Certains praticiens suggèrent d'indiquer une référence dans le testament à un legs en faveur d'une fiducie Dynasty comportant les règles prévues à une annexe. Il s'agit alors de joindre au testament le texte de la fiducie Dynasty rédigé par un avocat américain. Cela

⁴⁸ I.R.C. § 7701(a)(30)(E).

⁴⁹ « Practitioner/CRA Round Table », dans *STEP Canada National Conference, Society of Trust and Estate Practitioners*, 8 juin 2007, question 10.

rend la lecture du testament moins aride, tout en permettant que toutes les clauses de la fiducie soient rédigées à l'avance et approuvées par le testateur.

4.2. AVANTAGES DE LA FIDUCIE DYNASTY

La fiducie Dynasty permet une protection des actifs du bénéficiaire. De plus, puisque les biens détenus dans la fiducie ne font pas partie des biens du bénéficiaire à son décès, ces biens ne sont pas assujettis aux droits successoraux américains. En effet, les actifs de la fiducie ne sont pas remis aux enfants bénéficiaires, mais ils passent directement aux petits-enfants plutôt que de leur être légués par le biais de la succession de l'enfant. Les petits-enfants peuvent ainsi recevoir des biens dont la valeur a grandement augmenté.

De son vivant, l'enfant bénéficiaire a accès au revenu de la fiducie. Il peut, durant sa vie, avoir libre accès aux actifs de la fiducie, dans la mesure où l'accès est justifié par des motifs véritables appelés *ascertainable standards*, lesquels visent la santé, le soutien, les aliments, l'éducation et autres motifs semblables⁵⁰. Il faut éviter les clauses donnant un *general power of appointment* et qui pourraient permettre au bénéficiaire d'avoir un trop grand contrôle sur les biens de la fiducie. Dans un tel cas, la valeur des biens de la fiducie Dynasty devrait être incluse dans la succession du bénéficiaire aux fins des droits successoraux. Si l'enfant bénéficiaire n'est pas fiduciaire de la fiducie Dynasty, il n'est généralement pas requis d'ajouter la clause des motifs véritables au texte de la fiducie. Par exemple, si le fiduciaire est une banque américaine, cette clause n'est pas nécessaire. Toutefois, si l'enfant bénéficiaire a un pouvoir de destitution du fiduciaire, le scénario est alors différent. Il faut s'assurer que l'enfant a peu ou pas de contrôle sur les actifs de la fiducie et sur la destitution des fiduciaires. Par mesure de prudence, la clause de motifs véritables est recommandée.

4.3. IMPÔTS PAYABLES PAR LA FIDUCIE DYNASTY

La fiducie Dynasty est un contribuable distinct aux fins fiscales américaines. Le revenu de la fiducie doit être inscrit sur le Formulaire 1041, intitulé *U.S. Income Tax Return for Estates and Trusts*. Ce formulaire doit être rempli par le fiduciaire pour chacune des années pendant lesquelles la fiducie gagne du revenu. La fiducie opère comme un conduit lorsque des revenus sont attribués aux bénéficiaires. Si la fiducie reçoit un don ou un legs de plus de 100 000 \$ US d'une personne non résidente des États-Unis,

⁵⁰ I.R.C. § 2041(b)(1)(A).

le fiduciaire doit remplir le Formulaire 3520. L'omission de produire ce formulaire rend la fiducie passible d'une pénalité de 35 % applicable à la valeur du don ou du legs. Puisque chaque État américain a son propre régime fiscal, l'État où la fiducie sera établie est important.

**PIÈGES À ÉVITER AVEC LES FONDS DISTINCTS – COMMENT
MAXIMISER VOTRE INVESTISSEMENT**



Robert Lanier
Notaire, Pl. Fin., DESS comm., DESS fisc.
Investissements Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 34:3

1. LES FONDS DISTINCTS 34:3

1.1. LA NATURE DU CONTRAT 34:3

1.2. LE CODE CIVIL ET LES PRATIQUES DES ASSUREURS 34:3

1.3. LE RÔLE DES PARTIES 34:4

 1.3.1. Le titulaire 34:4

 1.3.2. Le bénéficiaire..... 34:4

 1.3.3. Le rentier 34:5

 1.3.4. Exemple..... 34:6

1.4. LES TYPES DE DÉTENTION..... 34:7

 1.4.1. Personnelle 34:7

 1.4.2. Conjointe 34:7

1.4.3.	Société	34:8
1.4.4.	Fiducie.....	34:8
2.	COMMENT RÉALISER UN ROULEMENT ENTRE CONJOINTS	34:9
2.1.	PLACEMENTS ENREGISTRÉS	34:9
2.2.	PLACEMENTS NON ENREGISTRÉS	34:9
3.	COMMENT TIRER AVANTAGE DES GARANTIES	34:10
3.1.	LES TYPES DE GARANTIES OFFERTES	34:10
3.1.1.	Garantie au décès	34:10
3.1.2.	Garantie à l'échéance	34:11
3.1.3.	Garantie de décaissement	34:11
3.1.4.	Exemples	34:12
4.	LES PIÈGES À ÉVITER – CAS PRATIQUES	34:13
4.1.	CAS N° 1	34:13
4.2.	CAS N° 2	34:14
4.3.	CAS N° 3	34:15
	CONCLUSION	34:16

INTRODUCTION

Nous verrons dans le présent texte l'importance de bien saisir le rôle des parties dans un contrat de placement établi auprès d'une compagnie d'assurances (ci-après « fonds distincts »). Les montages proposés varieront selon qu'il s'agit de placements enregistrés ou non enregistrés. Les pièges ne seront pas nécessairement au même endroit. Ce texte se veut une approche pragmatique couvrant des erreurs fréquemment constatées.

1. LES FONDS DISTINCTS

1.1. LA NATURE DU CONTRAT

Bien que la nature de ces contrats ait fait l'objet d'une jurisprudence soutenue, il semble à ce moment que l'adoption du Projet de loi 136¹ ait suspendu les débats entourant la nature de ces contrats. Pour les besoins du présent texte, nous ne reviendrons pas sur le sujet qui a déjà été abondamment traité antérieurement. Il nous suffit de réitérer que les fonds distincts qui remplissent les exigences prévues à la loi sont des contrats de rente. Dans le milieu de l'assurance, il s'agit d'une rente différée, puisqu'elle comporte une période d'accumulation plus ou moins déterminée aux termes de laquelle des retraits pourront être effectués.

1.2. LE CODE CIVIL ET LES PRATIQUES DES ASSUREURS

Le *Code civil du Québec*² est peu éloquent sur l'administration de ce type de contrat. On insiste surtout sur les modalités de formation du contrat, les obligations des parties, l'étendue du contrat et de certains effets. La lecture de l'article 2367 C.c.Q. laisse entendre qu'il n'y aurait que deux parties au contrat : le débirentier (qui, dans le contexte de notre étude, est un assureur) et le crédirentier (le client propriétaire qui recevrait les arrérages). C'est la dualité civiliste de créancier et débiteur. Toutefois, la lecture des articles visés au chapitre de la rente du *Code civil du Québec* nous apprend que la vie sur laquelle repose la formation du contrat de rente pourrait être une personne différente.

Dans le monde de l'assurance, on n'utilise pas vraiment cette terminologie. Évidemment, le débirentier demeure l'assureur, mais les

¹ L.Q., 2005, c. 51.

² L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2367 à 2388.

contrats eux-mêmes comptent trois parties : le titulaire, le rentier et le bénéficiaire (ce dernier étant facultatif). Qui est donc le crédientier? À la lecture du susdit article, le crédientier correspond généralement au titulaire. Qui est donc le rentier dans les contrats? Dans la très grande majorité des cas, le titulaire et le rentier sont une seule et même personne, de sorte que la question n'a pas d'importance. Toutefois, pour différentes raisons, il se peut que le titulaire et le rentier soient des personnes différentes. Cette possibilité est évoquée notamment à l'article 2372 C.c.Q. qui édicte que la rente viagère pourrait être établie sur la vie d'un tiers qui n'aurait aucun droit de jouir de la rente.

Généralement, les contrats des assureurs attribueront au rentier un rôle différent de celui du titulaire permettant au contrat de s'ajuster plus facilement aux choix offerts aux clients.

1.3. LE RÔLE DES PARTIES

Nous examinerons le rôle des parties de la manière qu'ils sont généralement décrits dans les contrats de fonds distincts souscrits au Canada.

1.3.1. Le titulaire

Généralement, dans les contrats mis en marché au Québec, le titulaire est la personne qui détient tous les droits dans le contrat. Cela signifie que c'est lui qui sélectionnera les investissements, pourra les modifier, pourra exercer les droits de retrait et les encaissements, déterminera le nom du ou des bénéficiaires et qui sera responsable du fardeau fiscal découlant de ce bien. Il pourra également en disposer de son vivant ou à son décès comme tout autre bien assujetti à certaines pénalités, le cas échéant.

En principe, le titulaire fournit le capital à investir; toutefois, il est possible que ce capital soit fourni par une tierce personne comme le prévoit l'article 2369 C.c.Q. La pratique en assurance nomme ce tiers le payeur.

1.3.2. Le bénéficiaire

Les contrats types prévoient que le bénéficiaire ainsi nommé par le titulaire recevra les sommes prévues au contrat advenant le décès du dernier rentier inscrit. Il est important d'insister sur ce point. Ce n'est pas le décès du titulaire qui entraînera l'ouverture de droit de créance du bénéficiaire, mais le décès du rentier. Bien entendu, dans la très grande majorité des contrats, le titulaire et le rentier sont une seule et même personne. Toutefois, cette nuance devient particulièrement importante lorsque ces deux rôles sont

détenus par des personnes différentes. Ce sera le cas, notamment, dans des contrats détenus par une société. En effet, la société sera le titulaire du contrat, mais le rentier devant être une personne physique, ce dernier sera une personne distincte.

1.3.3. Le rentier

Dans les rentes à terme (non viagères), on peut penser que le rôle du rentier n'est pas important puisque la relation créancier-débiteur du débirentier et du crédirentier est celle qui compte. Il n'en est rien, les contrats de fonds distincts offrent tous un certain nombre de garanties. Les autorités réglementaires exigent qu'ils contiennent des garanties minimales au décès et à l'échéance. Pour l'assureur émetteur (débirentier), il est important de mesurer le risque qu'il encourt en offrant ces garanties. Pour les clients, ils doivent être en mesure de déterminer clairement leur droit dans de telles garanties. Les contrats souscrits accordent ainsi au rentier un rôle équivalent à l'assuré en assurance de personnes. Dans le cas des contrats de fonds distincts, le risque sera quantifié en fonction du rentier. C'est sur sa vie que reposent ces garanties ou encore l'admissibilité à certaines autres garanties que nous étudierons plus loin. Contrairement aux contrats d'assurance vie, il n'y a pas d'évaluation de risque (dans le jargon d'assurance, de « tarification ») particulier lors de l'établissement d'un tel contrat. Aucun questionnaire médical ne doit en principe être rempli. Le risque de l'assureur est limité en fixant une limite d'âge. Passé un âge donné, un titulaire donné ne pourra ouvrir de contrat en se nommant rentier. De même, il ne sera plus possible d'effectuer des dépôts lorsque le rentier atteindra un certain âge. Sans entrer dans les détails, notons ici qu'il serait possible, dans les contrats non enregistrés, pour un titulaire ayant passé l'âge limite d'ouvrir un contrat en nommant un rentier plus jeune. Il faudra faire attention à la façon de structurer le contrat. Souvenons-nous que contrairement au sens commun qui est donné à ce terme, le rentier n'a pas droit aux arrérages, c'est le titulaire qui y a droit. L'usage de ce terme avec le sens que lui donnent les assureurs peut créer de la confusion. Les assureurs lui ont attribué un rôle particulier qui correspond aux risques qu'ils ont à couvrir comme nous l'avons mentionné précédemment.

Pour que le contrat demeure en vigueur, il doit y avoir un rentier vivant. *A contrario*, au décès du rentier (ou plutôt du dernier rentier inscrit au dossier), l'assureur met fin au contrat en liquidant les placements sous-jacents et remet les sommes prévues au contrat au bénéficiaire nommé. À défaut de bénéficiaire, ces sommes seront remises au titulaire ou à ses ayants droit. Cette liquidation des actifs emportera des conséquences fiscales qui devront être prises en compte.

1.3.4. Exemple

Pierre est titulaire d'un contrat de fonds distincts, Jean est le rentier et Jacques en est le bénéficiaire. Tant que nos trois compères seront de ce monde, Pierre pourrait faire les retraits de la manière prévue au contrat et assumera le fardeau fiscal inhérent.

Supposons que Pierre décède alors que Jean et Jacques sont vivants. Le contrat sera toujours en vigueur (puisque Jean, le rentier, est toujours vivant). Par contre, sa propriété sera transférée aux ayants droit de Pierre qui seront déterminés aux termes de son testament ou suivant les règles des successions *ab intestat*. Rappelons-nous que le transfert de propriété a pour effet de révoquer la désignation de bénéficiaire révocable, mais non celle du bénéficiaire irrévocable³.

Soulignons qu'il aurait été possible pour Pierre de nommer un titulaire subsidiaire qui serait, dans de telles circonstances, devenu titulaire du contrat au décès de Pierre. Cela aurait pu permettre à son titulaire subsidiaire de recevoir ce bien sans avoir à accepter la succession⁴.

Évidemment, soulignons que ce transfert n'aurait pu se réaliser que dans l'éventualité où le rentier Jean avait survécu à Pierre.

Prenons comme seconde hypothèse que le rentier Jean décède. Son décès entraînera la liquidation des placements et la déchéance du contrat. Consécutivement, les sommes payables seront versées à Jacques qui les recevra à l'exclusion du titulaire Pierre. Un tel montage aurait pour effet de déposséder le titulaire. En supposant que Pierre avait besoin de ces sommes et afin de protéger les intérêts de Pierre, il eut fallu le nommer comme bénéficiaire au contrat. Ainsi, au décès du rentier Jean, Pierre en tant que bénéficiaire aurait reçu l'indemnité payable. Le décès de Jean n'aurait pas eu pour effet de le déposséder. Notons également que la déchéance du contrat entraînée par le décès du rentier aura un impact fiscal qui incombera à Jacques, en qualité de titulaire.

Prenons comme dernière hypothèse que Jacques décède et que Pierre et Jean sont toujours vivants. Ce décès aurait pour seule conséquence de rendre le poste de bénéficiaire vacant, tant que Pierre n'en nommera pas un autre.

³ Art. 2462 C.c.Q.

⁴ Art. 2393, al. 2 et 2455 C.c.Q.

1.4. LES TYPES DE DÉTENTION

1.4.1. Personnelle

Dans la majorité des dossiers, le titulaire est également rentier, ce qui simplifie et diminue substantiellement le niveau de difficulté. Lorsque ces rôles incombent à deux personnes différentes, nous avons vu dans l'exemple précédent qu'il y a certains pièges à éviter.

1.4.2. Conjointe

Il est possible d'avoir plus d'un titulaire. Au Québec, les cotitulaires seront considérés comme copropriétaires indivis du contrat en question. Les provinces de common law ont un mode de nomination qui n'a pas d'équivalent en droit civil. Il s'agit du *joint tenant with right of survivorship* fréquemment utilisé entre conjoints. Aux termes de cette désignation, advenant le décès de l'un ou l'autre d'entre eux, le survivant se retrouvera propriétaire de la totalité du contrat.

Toutefois, il est possible au Québec de recréer les effets d'une telle nomination, tout en respectant les règles du *Code civil du Québec*. Voici comment nous pourrions procéder.

Exemple

Jean et Jeannette ont vendu leur commerce qu'ils exploitaient ensemble depuis plus de 20 ans. Ils ont tous deux participé également au succès de leur entreprise et souhaitent toujours faire prospérer conjointement le fruit de leurs efforts. Leur contrat pourrait être structuré ainsi : Jean et Jeannette seraient tous deux cotitulaires. Le titulaire subsidiaire devrait alors être « Jean pour la part de Jeannette et Jeannette pour la part de Jean ». Il est important que tous deux soient également successivement rentiers. Si nous faisons l'erreur de n'en nommer qu'un et que ce soit celui-là qui décède en premier, le contrat tomberait en déchéance. En principe, il ne peut y avoir qu'un rentier à la fois. Il faudra alors déterminer qui sera premier et second rentier⁵. Ils pourront par la suite nommer un bénéficiaire.

Dans l'éventualité du décès de Jean, sa moitié indivise du contrat sera transférée à Jeannette et vice-versa. Tous deux étant rentiers au dossier, le

⁵ Il faudra évaluer l'impact d'un choix de premier et second rentier sur les garanties offertes au contrat.

contrat restera en vigueur et le roulement fiscal s'exercera puisque nous avons un transfert en nature entre conjoints. Au décès des deux ou au dernier décès, l'indemnité sera versée au bénéficiaire nommé, le cas échéant, ou à la succession de Jean ou Jeannette, c'est-à-dire celle du survivant d'entre eux.

1.4.3. Société

Une société légalement constituée peut évidemment détenir un contrat de fonds distincts. Il sera important de nommer la société comme titulaire et bénéficiaire, afin d'éviter tout avantage imposable à l'actionnaire. Par ailleurs, le rentier devant évidemment être une personne physique, généralement, on choisira l'actionnaire principal (ou unique) comme rentier.

Dans l'éventualité où la compagnie est contrôlée par un actionnaire unique et que celui-ci ait un conjoint à qui il lègue tous ses biens (ou du moins les actions de cette société), il serait judicieux de considérer nommer tel conjoint rentier subsidiaire. Cette nomination permettra au contrat de demeurer en vigueur. À défaut de procéder ainsi, au décès du propriétaire, les actions seraient transférées sans incidence fiscale au conjoint; cependant, l'absence de rentier survivant ferait tomber le contrat et pourrait ainsi entraîner la réalisation d'un gain en capital pour la société, lequel aurait pu être évité au moyen d'une telle nomination.

Pour ce qui est d'une société comportant plusieurs actionnaires, il serait possible de les nommer successivement rentiers au contrat. Par contre, il serait important de bien comprendre les garanties contenues au contrat afin de faire un choix éclairé.

1.4.4. Fiducie

Dans la mesure où l'acte de fiducie ne s'y oppose pas, il est possible pour une fiducie de détenir de tels contrats. Évidemment, la fiducie agira par l'entremise de ses fiduciaires. Il serait possible dans la majorité des cas que cette fiducie soit à la fois titulaire et bénéficiaire, de sorte qu'advenant une déchéance inopinée du contrat, les valeurs réalisées retourneraient dans le capital fiduciaire.

Dans la mesure où l'on prévoit faire des retraits, il serait très important de s'assurer que le fiduciaire, agissant pour des bénéficiaires donnés, a des pouvoirs d'empiéter sur le capital en ce qui les concerne. En effet, lors d'un retrait, des unités des fonds sous-jacents seront vendues et fiscalement un

gain (ou perte) en capital⁶ pourra en résulter. Par ailleurs, du prix obtenu pour les unités ainsi vendues, une portion importante sera sous la forme de retour de capital investi, capital que le bénéficiaire de la fiducie visé par l'opération devra être en mesure de recevoir. Sans pouvoir d'empiéter sur le capital à la discrétion du fiduciaire, un tel bénéficiaire pourrait ne pas avoir accès au produit d'un tel retrait.

2. COMMENT RÉALISER UN ROULEMENT ENTRE CONJOINTS

2.1. PLACEMENTS ENREGISTRÉS

Généralement, le transfert d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») en franchise d'impôt entre conjoints est réalisé au moyen d'une disposition testamentaire. Toutefois, les contrats d'investissement proposés par les assureurs permettent de nommer un conjoint comme bénéficiaire et, ce faisant, d'effectuer le roulement souhaité. En pratique, le client sera titulaire et rentier de son contrat, il nommera son conjoint comme bénéficiaire et le tour sera joué, pourvu que les sommes reçues soient conservées dans un véhicule de placements enregistrés.

Alors que pour les REÉR, le seul rentier admissible est le titulaire-propriétaire des fonds, la règle diffère pour les fonds enregistrés de revenu de retraite (ci-après « FERR »). En effet, dans ces cas, le titulaire sera également rentier, mais le conjoint pourrait, de façon optionnelle, être nommé rentier subsidiaire. Cela aurait pour conséquence de permettre au contrat de demeurer en vigueur et d'être transféré au conjoint en franchise d'impôt. Cette nuance peut s'avérer importante dans l'éventualité où les garanties assorties au contrat seraient alléchantes et que maintenir le contrat en vigueur permettrait au conjoint d'en bénéficier. Nous verrons ci-dessous des exemples illustrant notre propos.

2.2. PLACEMENTS NON ENREGISTRÉS

La situation est quelque peu différente pour les placements non enregistrés. En effet, avoir la même structure (c'est-à-dire le client est titulaire et rentier de son contrat, son conjoint est bénéficiaire) pourrait produire comme effet de compromettre le roulement. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le décès du rentier entraîne la liquidation du contrat.

⁶ Il pourrait être sage de vérifier également les définitions de gain en capital à l'acte de fiducie.

Conséquemment, le transfert en nature ne pouvant s'effectuer, le roulement ne peut se réaliser.

Afin de permettre un transfert en nature et en franchise d'impôt, nous suggérons le montage suivant : M. Tremblay serait titulaire et rentier et M^{me} Tremblay serait, quant à elle, titulaire subsidiaire et rentière subsidiaire. Au décès de M. Tremblay, M^{me} Tremblay deviendrait titulaire et rentière au contrat et ce dernier subsisterait intact entre ses mains après avoir été transféré en franchise d'impôt.

Soulignons cependant que certains contrats offrent des options particulières en faveur des conjoints bénéficiaires. Ils permettent l'exercice d'options *post mortem* qui font qu'un conjoint bénéficiaire peut se faire ajouter comme rentier subsidiaire après le décès du titulaire. Cette planification *post mortem* permet, selon les circonstances, de continuer le contrat en bénéficiant des procédures de roulement ou d'y mettre fin en prenant le plus élevé de montant garanti ou de la valeur marchande. Il s'agit toutefois d'une exception à la règle de base largement répandue et à moins que ces options particulières ne soient disponibles dans un contrat donné, il faudrait plutôt s'inspirer des propos du paragraphe précédent pour bien structurer le contrat.

3. COMMENT TIRER AVANTAGE DES GARANTIES

3.1. LES TYPES DE GARANTIES OFFERTES

Il y a maintenant trois types de garanties actuellement offerts au Canada par les assureurs : la garantie au décès, la garantie à l'échéance et la toute récente garantie de décaissement.

3.1.1. Garantie au décès

La garantie au décès est réalisable au décès du rentier. Un assureur a l'obligation de fournir une garantie minimale de 75 % de la valeur des dépôts effectués au contrat. Évidemment, la majorité des contrats prévoient une garantie plus généreuse. On trouvera souvent des garanties de 100 % des dépôts effectués. Par ailleurs, par des mécanismes de réinitialisation, les garanties seront souvent rajustées à la hausse en fonction des marchés ou selon d'autres règles établies au contrat.

Dans l'éventualité où il y aurait plus d'un rentier au contrat, il faudrait vérifier les caractéristiques de ce contrat. Il se peut que la garantie puisse être

exercée au décès de chaque rentier ou seulement au décès du dernier rentier. La réponse à cette question pourra orienter différemment les choix du client.

3.1.2. Garantie à l'échéance

La garantie à l'échéance est réalisable à la date d'échéance déterminée au contrat. Cette date peut parfois être reconduite selon, encore une fois, des mécanismes prévus au contrat. Une fois de plus, comme pour la garantie au décès, celle-ci doit offrir un minimum de 75 % de la valeur des dépôts effectués.

Cette garantie ne sera réalisable qu'à la date d'échéance du contrat. Ainsi, advenant le cas où le titulaire d'un contrat voudrait y mettre fin avant la date d'échéance, il ne pourra que récupérer la valeur marchande des investissements sous-jacents⁷.

Cette garantie se manifeste de différentes façons selon les contrats et les assureurs qui les offrent. Généralement, ceux-ci contiennent des mécanismes de réinitialisation qui permettent de « capturer » les performances des marchés, et d'augmenter les valeurs garanties. Imaginons un client qui a investi 100 000 \$ et qu'aux termes des réinitialisations prévues au contrat, il bénéficie d'une garantie à l'échéance de 150 000 \$. Il aura droit à ce montant si, d'ici la date d'échéance, la valeur marchande est inférieure au montant de la garantie. Évidemment, dans tous les cas où la valeur marchande est supérieure aux valeurs garanties, c'est elle qui sera versée au client.

Soulignons que la crise qu'ont connue récemment les marchés boursiers a amené les assureurs à réviser les garanties qu'ils offrent à leurs clients. Cette garantie a été revue à la baisse et la simple garantie minimale mentionnée ci-dessus est de mise dans bien des contrats.

3.1.3. Garantie de décaissement

Ce type de garantie récemment introduite au Canada permet au client de bénéficier d'avantages similaires aux rentes viagères traditionnelles en ce sens qu'à un certain âge (généralement lorsque le rentier atteint l'âge de 65 ans), un montant de retrait viager sera payable au titulaire du contrat. Ce montant est également assorti d'un mécanisme de réinitialisation qui peut augmenter le montant du versement garanti. Contrairement à la rente viagère traditionnelle dont le montant des arrérages est prédéterminé, ce nouveau

⁷ Selon les cas, des frais de sortie pourraient également être applicables.

type de contrat peut théoriquement augmenter le montant des arrérages versés indéfiniment, toujours en fonction des performances des marchés financiers. Généralement, toute augmentation d'arrérages est acquise et peut être rajustée à la baisse, dans l'éventualité où les marchés périlliciteraient.

Supposons que l'on investit 200 000 \$. Généralement, le titulaire-rentier pourra, à compter de 65 ans, retirer 10 000 \$ par année à vie. Par contre, si, à une date de réinitialisation ultérieure, la valeur marchande est de 300 000 \$, le montant du paiement viager passera à 15 000 \$. Ce nouveau montant d'arrérages serait garanti durant toute la vie du rentier, peu importe les variations des marchés.

Généralement, cette garantie est rattachée au contrat et il importe que ce dernier demeure en vigueur afin que l'on puisse l'exercer. Ainsi, si à la suite du décès d'un conjoint titulaire et rentier le contrat prend fin, la garantie au décès pourra s'appliquer et le bénéficiaire recevra le plus élevé de la valeur marchande ou de la garantie décès. Cependant, les bénéfices liés à la garantie de décaissement s'évanouiront.

Une toute nouvelle innovation permet de contracter une rente sur la vie des deux conjoints. Cette nouvelle option permet d'encaisser le montant des arrérages jusqu'au décès du second conjoint.

3.1.4. Exemples

La manière de structurer les contrats et la façon pour le client d'exercer ses droits pourront, dans certains cas, avoir une conséquence financière pour ce dernier. Afin de mieux saisir l'influence des choix effectués, nous utiliserons des exemples pour faire cette démonstration.

Exemple

La garantie au décès, dans un marché baissier, pourra être supérieure à la valeur marchande. Dans de telles circonstances, l'ajout d'un titulaire et rentier subsidiaire pourrait compromettre la réalisation de la garantie si le contrat ne prévoit qu'elle n'est payable qu'au décès du dernier rentier. Imaginons le cas de Pierre qui est titulaire et rentier de son contrat et que son épouse est bénéficiaire. Disons qu'il a initialement investi 200 000 \$ (placement non enregistré), que sa garantie au décès est également de 200 000 \$, mais que sa valeur marchande n'est que de 150 000 \$. Pierre est très malade et compte les jours qui lui restent à vivre. Dans l'éventualité où la garantie au décès n'est réalisable qu'au décès du dernier rentier, il serait judicieux de laisser le contrat intact et de ne pas ajouter de titulaire et de

rentier subsidiaire. Advenant le décès de Pierre, son épouse pourra percevoir 200 000 \$ au lieu de se voir transférer un contrat d'une valeur de 150 000 \$.

4. LES PIÈGES À ÉVITER – CAS PRATIQUES

Le conseiller financier doit s'assurer de ne pas faire de choix qui pourraient s'avérer fiscalement et financièrement très coûteux.

4.1. CAS N° 1

Louis a récemment fait son testament aux termes duquel il nomme ses quatre frères comme légataires universels en parts égales. Par la suite, il contracte un REÉR auprès d'un assureur et y nomme comme seul bénéficiaire un seul de ses frères, Laurent. Quelques années plus tard, Louis décède. Lors de la réclamation, la valeur marchande du REÉR est de 100 000 \$ et l'assureur émet un chèque de 100 000 \$ à Laurent.

L'assureur n'est pas tenu de faire de prélèvement à la source avant de remettre les fonds à Laurent. En effet, le fardeau fiscal sous-jacent n'incombe pas au bénéficiaire. Pour Laurent, le montant ainsi reçu est non enregistré. De toute façon, même si on avait voulu, il n'existe aucun roulement possible entre collatéraux. La facture fiscale incombe ainsi à la succession de Louis, plus particulièrement aux légataires universels qui sont ses quatre frères. Chaque frère, incluant Laurent, assumera ainsi le quart de la facture fiscale générée par la disposition du REÉR de Louis alors que ce dernier reçoit l'actif en entier.

Dans l'éventualité où l'on souhaitait être équitable et traiter également les quatre frères, on aurait pu avoir recours aux moyens suivants : nommer les quatre frères bénéficiaires au contrat de REÉR ou encore nommer les ayants droit comme bénéficiaires.

Dans l'optique où l'on avait voulu avantager Laurent, sans toutefois appauvrir les autres frères en le rendant responsable de la fiscalité sous-jacente à ce bien, il eut fallu prévoir une clause à cet effet dans le testament. Cette clause aurait pu permettre aux autres frères de déduire du legs particulier fait à Laurent l'impact fiscal résultant du legs du REÉR.

Sans avoir à modifier le testament, on aurait pu également nommer Laurent bénéficiaire de 50 % du REÉR et les ayants droit pour l'autre 50 % (en supposant que le taux d'imposition de Louis se situe autour de 50 %); ainsi, les ayants droit pourraient disposer des sommes nécessaires pour acquitter la facture fiscale.

4.2. CAS N° 2

Les familles reconstituées sont de plus en plus nombreuses. L'intégration de leurs membres et la qualité des relations peuvent varier énormément. Imaginons le cas de Pierre qui s'est remarié en secondes noces avec Judith. Il a trois enfants adultes d'un premier mariage. Nous utiliserons le mot « tendue » pour qualifier la relation entre Judith et les enfants de Pierre.

Pierre a fait un testament dans lequel il nomme ses trois enfants ses légataires universels et son épouse légataire particulière pour sa résidence, ses biens personnels, mobiliers, etc. La valeur de sa succession, incluant les polices d'assurance vie et excluant son REÉR, s'élève à 1,5 M\$. Par souci d'équité, et dans son esprit afin de profiter du roulement possible des REÉR au conjoint, il nomme son épouse Judith bénéficiaire de son contrat de REÉR conclu avec son assureur⁸.

Pierre décède, la part des enfants s'élève toujours au même montant et la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de ses placements REÉR dont Judith est la bénéficiaire est de 500 000 \$. Le décès de Pierre n'a rien pour arranger les relations dans cette famille reconstituée.

Irritée par les mesquineries des enfants de Pierre, Judith consulte son conseiller juridique, eu égard à ses droits dans la succession. Elle avait avec son défunt mari un contrat de mariage en séparation de biens. Évidemment, la liberté de tester de Pierre lui permettait de faire le legs qu'il a fait à ses enfants. Quant à ses recours aux termes du patrimoine familial, ils semblent inexistantes puisque Pierre lui a déjà légué en pleine propriété les biens le composant. Parallèlement à cela, les démarches de réclamation auprès de l'assureur vont bon train.

Judith, informée de ses droits, décide de ne pas transférer le REÉR de son défunt mari dans un véhicule enregistré à son nom, mais demande à l'assureur de lui émettre personnellement un chèque qu'elle pourra encaisser sans se prévaloir du roulement disponible. En absence de roulement, la succession ou indirectement les enfants de Pierre comme légataires universels deviennent responsables de la facture fiscale sous-jacente à l'encaissement de ce REÉR. De son côté, Judith récupérera le plein montant de 500 000 \$, sans qu'aucun prélèvement à la source ne l'ampute. Disposant

⁸ Notons que le même effet se produirait s'il y avait eu un legs particulier du REÉR à Judith.

d'un placement non enregistré de 500 000 \$, Judith bonifiera grandement le rendement espéré après impôts.

Comment aurions-nous pu éviter ce dérapage en admettant que Pierre ne souhaitait pas qu'un tel virage se produise?

- on aurait pu, dans le testament, faire un legs particulier conditionnel à ce que ce REÉR soit transféré dans un véhicule enregistré au nom de Judith; ou
- avec un résultat très différent, on aurait pu nommer Judith comme bénéficiaire de 50 % du REÉR et la succession pour l'autre 50 %, permettant ainsi à celle-ci de déposer sa part dans un compte non enregistré, la portion attribuée à la succession servant à couvrir la facture fiscale découlant de cet exercice.

4.3. CAS N° 3

L'absence de prélèvement à la source et d'obligations financières pour le bénéficiaire d'un contrat de placement auprès d'un assureur peut amener certaines iniquités dans le règlement d'une succession mal planifiée.

Voici le cas de Marie. Elle possède trois biens d'égale valeur, soit une résidence principale valant 500 000 \$, un REÉR de 500 000 \$ et un portefeuille de placements non enregistrés valant 500 000 \$, dont le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») est égal à 300 000 \$. Elle a trois enfants majeurs : Paul, Annie et Valérie. Elle a toujours eu à cœur d'être équitable envers ses enfants et souhaite qu'advenant son décès, ses biens leur soient remis en parts égales.

Désirant que ses biens soient répartis également, Marie a choisi de nommer Paul comme bénéficiaire de son REÉR détenu auprès d'un assureur. Par ailleurs, dans son testament, elle lègue à titre particulier sa résidence à sa fille Annie et le résidu de ses biens à son autre fille Valérie. Peu après Marie décède.

Comme nous l'avons vu précédemment, Paul récupère de l'assureur un chèque de 500 000 \$. Annie recevra la résidence principale de sa mère d'une valeur de 500 000 \$, sans impact fiscal.

Quant à Valérie, en qualité de légataire universelle, elle devra déduire de sa part la facture fiscale découlant des dispositions consécutives au décès de sa mère. À cet effet, il y a le gain en capital réalisé par la disposition réputée

du portefeuille qui lui est légué (soit 200 000 \$ (JVM de 500 000 \$ - PBR de 300 000 \$)) et un gain en capital imposable de 100 000 \$. Il y a également le gain réalisé par la disposition du REÉR. Une somme additionnelle de 600 000 \$ devra être ajoutée au revenu imposable de Marie pour l'année de son décès. En supposant un taux d'imposition de 48,22 %, la facture fiscale s'élèvera à 289 320 \$, laquelle somme devra être prise à même la part dévolue à la légataire universelle Valérie, réduisant ainsi la part lui revenant à 210 680 \$.

Comment la planification aurait-elle pu être faite pour éviter cette iniquité?

Marie aurait pu tout simplement faire un testament léguant tout en parts égales à ses trois enfants nommés légataires universels.

CONCLUSION

Bien connaître les rôles des parties aux contrats de placement établis auprès de compagnies d'assurances est primordial. De mauvais choix peuvent avoir des conséquences fiscales désastreuses. Au conseiller en sécurité financière, il est important de poser des questions sur l'environnement familial et sur les planifications successorales existantes. Pour le praticien du droit, il est important de prendre connaissance des désignations de bénéficiaires et de comprendre comment sont rédigés les contrats de placement du client.

TABLE RONDE RS & DE



Coordonnatrice et conférencière
Renée Gallant
Associée principale, CA, M. Fisc.
Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.



Lucie Bélanger
Associée, avocate, M. Fisc.
PricewaterhouseCoopers s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Martine Javelas
Ing., M. Sc., analyste
en recherche et technologie
Ericsson Canada inc.



Sébastien Rheault
Associé, avocat, MBA
Barsalou Lawson Avocats



Yvan Marceau
CGA, directeur adjoint
Agence du revenu
du Canada



Hélène Marquis
M. Sc., directeur
Agence du revenu du Canada



Shawn O'Toole
CMA, directeur
Agence du revenu du Canada



Owen-John Peate
Directeur, DGE
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A

Questions adressées à l'Agence du revenu du Canada et réponses

1.	STRUCTURE ET ORGANIGRAMME	35:5
2.	STATISTIQUES SUR LE PROGRAMME.....	35:7
3.	NOUVEAU FORMULAIRE T661 – UN AN PLUS TARD	35:9
4.	DOCUMENTATION REQUISE	35:10
5.	DÉLAI DE 18 MOIS	35:13
6.	DOSSIERS EN APPEL AUX OPPOSITIONS	35:16
7.	RÉVOCATION D'UN CHOIX DE MÉTHODE.....	35:17
8.	CUMUL DES SUBVENTIONS	35:18
9.	DÉLAIS DE VÉRIFICATION	35:19

PARTIE B (OWEN-JOHN PEATE)

Allocution de Revenu Québec

1.	LE GOUVERNEMENT DU QUÉBEC ET LES CRÉDITS D'IMPÔT	35:22
2.	RÔLE DE REVENU QUÉBEC EN RS & DE.....	35:23
3.	LES CRÉDITS D'IMPÔT REMBOURSABLES EN RS & DE	35:23
4.	ORGANISATION DE REVENU QUÉBEC EN CE QUI A TRAIT À LA RS & DE	35:24
5.	ENTENTE D'ÉCHANGE D'INFORMATION ENTRE REVENU QUÉBEC ET L'AGENCE DU REVENU DU CANADA	35:25
6.	TRAITEMENT ET VÉRIFICATION D'UNE DEMANDE DE CRÉDIT	35:25

PARTIE C (OWEN-JOHN PEATE)

Questions adressées à Revenu Québec et réponses

1.	ENTENTE ARC/REVENU QUÉBEC	35:26
2.	EXAMEN D'UN DOSSIER.....	35:27
3.	SOUS-TRAITANTS DE SOUS-TRAITANTS (2 ^e NIVEAU).....	35:29

4. SALAIRE POUR LE SOUS-TRAITANT – STATUT DES AVIS
D’OPPOSITION..... 35:30



PARTIE A**Questions adressées à l'Agence du revenu du Canada et réponses****1. STRUCTURE ET ORGANIGRAMME**

Est-il possible d'effectuer un survol de l'organisation et des principaux organigrammes de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») en recherche scientifique et développement expérimental (ci-après « RS & DE ») au niveau du bureau central (Ottawa), de même que des principaux bureaux des services fiscaux (ci-après « BSF ») (par exemple, Montréal, Laval, Montérégie, Québec)?

Réponse de l'ARC**Administration centrale (Ottawa) :**

- Directrice générale : Hélène Dompierre.
- Directeurs :
 - Frank Milito, Division des relations avec les intervenants;
 - Shawn O'Toole, Division de l'orientation technique;
 - Francine Ouellette, Division de l'administration du programme;
 - Hélène Marquis, Division de l'élaboration des politiques;
 - Roxanne Brazeau-LeBlond, Division de l'assurance de la qualité.

L'administration centrale de la RS & DE compte environ 50 employés situés en majorité à Ottawa. Quelques-uns d'entre eux travaillent à partir des différents bureaux des services fiscaux coordonnateurs (ci-après « BSFC ») au pays.

BSFC – Région du Québec :

- Directeurs adjoints :
 - Guylaine Gaudreault (Montréal);

- Jacques Bolduc (Laval);
- Yvan Marceau (Québec).

Dans la région du Québec, environ 195 employés travaillent pour le programme de la RS & DE en incluant le personnel administratif.

BSFC de Montréal (Montréal et Montérégie) : total de 79 employés.

- Six gestionnaires en recherche et technologie (ci-après « GRT ») :
 - Bernard Descamps;
 - Denis Frayce;
 - Michèle Dubuc;
 - Habib Khémir;
 - Rashter Sharma;
 - Suzanne Boutin.
- Quatre gestionnaires financiers (ci-après « GF ») :
 - Réal Boivin (Montérégie);
 - Giovanna Paglia;
 - Nicole Poulin;
 - Katia Penserini.

BSFC de Laval (Laval, Gatineau et Rouyn-Noranda) : total de 54 employés.

- Trois GRT :
 - Piotr Rudkowski;
 - Nancy Larocque;

- Laura Rizzi.
- Quatre GF :
 - Jean Loïselle;
 - Francis Chabot;
 - Françoise Downs;
 - Denise Boucher.

BSFC de Québec (Québec, Chicoutimi, Rimouski, Sherbrooke et Trois-Rivières) : total de 61 employés.

- Cinq GRT :
 - Martin Pesant;
 - Sylvie Laberge;
 - Frédéric Shooner;
 - Jacques Pilon;
 - Stéphane Matte.
- Trois GF :
 - Lina Jean;
 - Alain Moreau;
 - Gérald Gagnon (Sherbrooke).

2. STATISTIQUES SUR LE PROGRAMME

Existe-t-il des statistiques sur le programme que vous pourriez partager avec nous, par exemple sur les délais de traitement d'une demande de RS & DE, le nombre de demandes, etc.?

Réponse de l'ARC

Les données mentionnées ci-après représentent celles de la région du Québec et concernent la période financière se terminant le 31 mars 2009.

- Arrivages :
 - 9945 demandes;
 - représentant 37 % des arrivages nationaux;
 - augmentation de 8 % par rapport à l'année 2008;
 - 1,4 M\$ de crédits demandés;
 - représentant 31 % des crédits nationaux demandés.
- Demandes traitées :
 - aux centres fiscaux (ci-après « CF ») :
 - délai de traitement de 10 jours.
- Dans les BSFC :
 - 56 % des crédits demandés sont examinés par les CRT;
 - 63 % des crédits demandés sont examinés par les examinateurs financiers (ci-après « EF »);
 - respect des normes de service dans 97 % des cas.
- Crédits alloués *versus* crédits demandés :
 - globalement, dans la région du Québec, environ 87 % des crédits demandés sont alloués, ce qui est comparable au National.
- Les délais de traitement sont toujours dépendants :
 - de la documentation soumise;

- des réponses aux demandes d'information;
- de la collaboration des divers intervenants;
- de la remise en question des décisions non basée sur les faits.

Globalement, toutes les demandes sont soumises à une analyse du risque, que ce soit au niveau des CF ou ultérieurement par les agents de la recherche et de la technologie (ci-après « ART »), les CRT ou les EF dans les BSFC.

3. NOUVEAU FORMULAIRE T661 – UN AN PLUS TARD

- a) Nombre de projets à décrire : L'ARC exige maintenant que les demandeurs présentent une description de tous les projets plutôt que seulement les 20 plus importants. Les grandes sociétés considèrent que cela augmente beaucoup leur fardeau administratif (nombre de rapports, entrée des données dans Tax Prep, etc.). Le 11 juin 2009, l'ARC a annoncé le prolongement d'une année la possibilité de soumettre seulement les 20 projets de RS & DE les plus importants. Est-ce un délai de grâce pour permettre aux contribuables d'adapter leurs méthodes de travail, ou est-ce que l'ARC envisage de rendre permanente cette mesure transitoire?
- b) Description du « contexte du projet » : Contrairement à la version précédente du formulaire, on ne demande pas de décrire le « contexte du projet ». Nous avons constaté plusieurs demandes de renseignements à cet égard par les conseillers scientifiques. Prévoyez-vous des adaptations au nouveau formulaire à ce sujet ou à d'autres égards?
- c) Le terme « incertitude » a été remplacé par le terme « obstacle ». Pouvez-vous expliquer s'il y a une nuance à apporter ou si la signification du terme est la même qu'auparavant?
- d) Quelles sont les tendances se dégageant de l'utilisation du nouveau Formulaire T661? Y a-t-il d'autres changements au formulaire envisagés par l'ARC?

Réponse de l'ARC

- a) L'annonce du 11 juin 2009 affichée dans le site Internet de la RS & DE sous « Quoi de neuf? » est une mesure transitoire afin d'aider les demandeurs à s'adapter à la nouvelle exigence et n'est pas destinée à

devenir une mesure permanente. Nous encourageons toutes les sociétés à commencer à utiliser le nouveau formulaire et à se conformer à ces exigences dès que possible.

- b) Nous ne planifions pas d'apporter des modifications au formulaire à cet égard. Les conseillers en recherche et technologie (ci-après « CRT ») demandent cette information dans les cas où les demandeurs n'ont pas fourni les informations nécessaires à la ligne 242. La description de la ligne 242 dans le guide du Formulaire T661 avise le demandeur de décrire les obstacles technologiques qu'il ne pouvait pas surmonter en appliquant la **base ou nive au tech nologique** qui existait au début du projet de développement expérimental. Le but de cette information est de permettre au CRT de comprendre le contexte technologique de l'entreprise.
- c) Il est important de prendre note que les critères d'admissibilité n'ont pas été modifiés. Le terme « obstacle » a été utilisé au lieu d'« incertitude » pour apporter des précisions et éviter les malentendus. Des consultations avec les demandeurs à travers le pays ont conclu que les demandeurs associaient le terme « incertitude » à celui d'« incertitude d'entreprise ou commerciale ». Par conséquent, il a été noté que la majorité des demandeurs préférerait le terme « obstacle » à « incertitude ». Les explications dans le Guide T4088 ont aussi été améliorées pour qu'elles soient plus claires et nous tenterons d'améliorer davantage ces explications dans la prochaine version du guide.
- d) La grande majorité des demandeurs a indiqué qu'ils sont satisfaits du formulaire simplifié et qu'ils s'adaptent bien à celui-ci. Selon nos dossiers, un pourcentage élevé de demandeurs utilisent actuellement le nouveau formulaire afin de soumettre leurs demandes. En fait, nous avons noté qu'il y a des demandeurs qui utilisent le nouveau formulaire même s'ils peuvent encore utiliser la version précédente du formulaire afin de soumettre leurs demandes (c'est-à-dire, les années d'imposition se terminant avant le 31 décembre 2008).

De plus, à la suite des rétroactions reçues de la part de nos intervenants, nous envisageons quelques changements mineurs au formulaire qui pourraient être apportés lors de notre prochaine révision.

4. DOCUMENTATION REQUISE

Les praticiens et les demandeurs ont constaté une sévérité accrue dans le cadre de la vérification d'une demande de crédits RS & DE de la part des

examineurs financiers et scientifiques en ce qui concerne la documentation requise pour appuyer les activités et les dépenses admissibles. En pratique, il est parfois difficile de démontrer avec précision à l'aide de la documentation, par exemple : le début ou la fin d'un projet, les activités de production commerciale et développement expérimental (PC & DE), les activités de pratique courante *versus* de RS & DE, etc. Les vérificateurs semblent aussi parfois exiger la démonstration des faits selon un niveau de probabilité qui semble excessif pour ce type de demande. Selon nous, la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ requiert que le contribuable maintienne certains livres et registres, et qu'il produise certaines informations et certains formulaires prescrits. Cependant, sujet à ces restrictions, le droit permet tout de même généralement de compléter la démonstration des faits sous-jacents à la demande par une preuve non documentaire (par exemple, explications verbales, photos, prototype). Y a-t-il encore une certaine latitude, par exemple, exercice du jugement, raisonnabilité, preuve testimoniale?

Réponse de l'ARC

Les exigences de l'ARC au sujet de la documentation n'ont pas changé et les CRT ainsi que les EF ne sont pas plus sévères sur ce sujet. Il est important de préciser que la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige que le contribuable tienne des livres et registres. La définition de livres et registres est large et comprend la documentation nécessaire pour appuyer les demandes et permettre de calculer les impôts (et les crédits d'impôt). Pendant l'examen, les explications verbales fournies par le contribuable et les autres types de preuves sont considérés par l'ARC et, lorsque la documentation n'est pas parfaite, peuvent être très utiles afin d'aider le CRT à prendre une décision sur l'admissibilité des travaux ou sur d'autres questions plus précises (par exemple, date de début du projet). Dans la décision de la Cour citée ci-dessous, ces explications verbales, ainsi que les autres preuves documentaires du demandeur, ont mené le juge à conclure que, selon la prépondérance de probabilités, les activités de recherche et développement (ci-après « R & D ») s'étaient déroulées. Cependant, il est aussi important de noter que le juge a ajouté que « [...] ce n'est pas sans hésitation que j'en viens à cette conclusion. Il est étonnant que l'appelante, pendant la vérification, n'ait pas été en mesure de montrer au représentant du ministre les prototypes construits ». Nos CRT et EF sont aussi étonnés face à de telles situations, ce qui semble arriver beaucoup plus fréquemment que par le passé.

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

C'est pourquoi l'importance de documenter les travaux de RS & DE est clairement soulignée depuis des années dans de nombreux documents de l'ARC et confirmée aussi par la jurisprudence.

L'importance de la documentation a été formellement exprimée depuis 1986, aux sections 2 et 3 de la *Circulaire d'information* 86-4R3 :

- Considérations générales pour déterminer l'admissibilité des activités :

« En définitive, seule l'étude des faits propres à chaque cas permet de déterminer les activités qui répondent à la définition de la recherche scientifique et du développement expérimental aux fins de la Loi de l'impôt sur le revenu². »

- Contenu scientifique et technique et documentation exigée :

« Au cas où l'admissibilité des activités de recherche scientifique et de développement expérimental serait contestée, il importe que le contribuable tienne une documentation datée indiquant les objectifs technologiques initiaux du projet, les progrès du travail et ses modalités d'exécution, ainsi que les conclusions qui en sont tirées³. »

L'ARC reconnaît, plus particulièrement chez les petites entreprises, qu'il n'est pas toujours facile de maintenir de la documentation. C'est pourquoi l'annexe 2 du guide révisé pour le Formulaire T661 donne beaucoup d'exemples de preuves à l'appui pouvant appuyer les travaux de RS & DE demandés. Le tableau de l'annexe 2 démontre clairement que la documentation papier n'est pas la seule sorte de preuve pouvant appuyer une demande de RS & DE.

Le document « Guide pour la justification des aspects techniques d'une demande au titre de la recherche scientifique et du développement expérimental (RS & DE) »⁴, daté du 12 août 2002, présente également différents types d'informations que les demandeurs peuvent utiliser pour appuyer une demande de RS & DE. Ce document souligne aussi qu'il n'y a pas de façon prescrite pour présenter les renseignements ou les évidences techniques. Quand l'ARC examine l'admissibilité des projets, le CRT

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 86-4R3, « Recherche scientifique et développement expérimental », 24 mai 1994, section 2.

³ *Id.*, section 3.

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, « Guide pour la justification des aspects techniques d'une demande au titre de la recherche scientifique et du développement expérimental (RS & DE) », 12 août 2002.

travaille avec le demandeur et utilise tous les éléments disponibles (par exemple, entrevues avec le personnel effectuant les travaux, la documentation) pour comprendre comment ces informations aident à justifier la demande. Indépendamment de la quantité ou du type de documentation, la responsabilité revient aux demandeurs de justifier leurs demandes avec des registres contemporains, de la documentation datée et toute autre preuve à l'appui générée pendant les travaux de RS & DE. Une visite sur place indique généralement que l'ARC a une préoccupation quant à l'admissibilité des travaux demandés; la pertinence de la documentation conservée est donc d'autant plus importante dans ces situations. Tel qu'il est indiqué dans la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans la cause *116736 Canada Inc. c. La Reine*⁵ :

« Selon moi, les rapports contemporains montrant des données détaillées de chaque expérience essayée par un chercheur peuvent constituer des évidences d'une recherche systématique. Tout contribuable essayant de convaincre le ministre qu'il est autorisé à déduire des dépenses de R & D sans de telles preuves à l'appui se met dans une position très précaire⁶. »

Ces propos corroborent ceux énoncés dans la majorité des jugements portant sur les questions de documentation.

5. DÉLAI DE 18 MOIS

Le paragraphe 220(2.1) L.I.R. permet au ministre de proroger le délai imparti aux contribuables pour produire un formulaire prescrit contenant des renseignements prescrits, ou simplement de renoncer à l'exigence qu'un formulaire prescrit soit utilisé. Comme on le sait, le paragraphe 220(2.2) L.I.R. fait en sorte que le ministre ne pourra exercer cette discrétion dans le cas d'un renseignement prescrit manquant ou dans le cas d'un contribuable qui aurait omis de produire sa demande en RS & DE (Formulaire T661) à l'intérieur du délai imparti de 18 mois, à savoir 12 mois suivant la date limite pour la production de la déclaration de revenus. Cette exception sera applicable à l'égard des formulaires reçus après le 16 novembre 2005.

- a) Le projet de loi visant à introduire cette mesure n'a toujours pas été adopté au Parlement. Comment l'ARC applique-t-elle ce projet de disposition durant l'interim? Y a-t-il une certaine flexibilité étant donné que la disposition n'a pas encore force de loi?

⁵ 98 D.T.C. 1816.

⁶ *Id.*, 1821, par. 40.

- b) Le délai de 18 mois peut sembler généreux et constitue effectivement une période suffisamment longue dans la plupart des cas. Cependant, nous rencontrons parfois des situations dans lesquelles ce n'est pas le cas. Par exemple, le contribuable travaille parfois en étroite collaboration avec les représentants de l'ARC pour mieux définir les projets admissibles (qui s'échelonnent parfois sur plusieurs années), conclure quant à la méthode la plus appropriée ou encore pour déterminer une méthodologie acceptable d'allocation de coûts. D'un point de vue pratique pour le contribuable, l'objectif de ces discussions est souvent d'en arriver à un consensus non seulement pour les années en vérification, mais aussi pour guider la préparation de ses demandes en RS & DE à l'égard de l'année courante et des années subséquentes. Considérant les délais rencontrés dans la vérification, il n'est pas toujours possible de conclure sur ces points à temps pour en appliquer les conclusions à la demande (Formulaire T661) qui est relative à l'année d'imposition dont le délai de 18 mois arrive à échéance. Compte tenu du fait qu'il s'agit d'un programme incitatif, il serait peut-être approprié de permettre au ministre de proroger le délai de 18 mois **avant** son expiration afin de permettre au contribuable de déposer sa demande plus tard. Il pourrait aussi être souhaitable que le ministre puisse, à l'**avance** de l'expiration du délai de 18 mois, aviser le contribuable qu'il sera autorisé à amender sa demande dans un certain délai **après** l'expiration du délai de 18 mois en fonction des conclusions à être tirées relativement à certains points précis qui sont couverts par les discussions en cours. Cela permettrait un traitement cohérent avec la nature incitative du programme de RS & DE, sans pour autant encourager les demandes tardives. Est-ce que l'ARC considère qu'elle conserve, selon le paragraphe 220(2.2) L.I.R. proposé, une certaine discrétion qui puisse être exercée par le ministre avant l'expiration du délai de 18 mois? Sinon, que recommandez-vous aux contribuables pour éviter d'être pris au dépourvu dans les cas où le dialogue avec l'ARC requiert plus de temps afin de clarifier des points qui sont pertinents à la demande de l'année courante?

Réponse de l'ARC

- a) La *Politique d'application RS & DE 2004-02R2*, « Exigences de production relatives aux demandes pour la RS & DE »⁷, datée du 11 juin 2009, donne la position de l'ARC à ce sujet. En particulier, la question 3 de l'annexe « Questions et réponses » se lit comme suit :

« Si une demande de RS & DE est refusée parce qu'elle ne répond pas aux exigences de production, quelles sont les possibilités ou le recours qui s'offrent au demandeur? »

Avant le 17 novembre 2005, un demandeur ou son représentant autorisé aurait pu écrire une lettre au directeur adjoint de la RS & DE du bureau des services fiscaux coordonnateur demandant au directeur adjoint de considérer la possibilité de renoncer aux exigences de production en vertu du paragraphe 220(2.1) de la Loi.

Selon le nouveau paragraphe 220(2.2), le paragraphe 220(2.1) ne s'applique pas aux formulaires prescrits, ni aux renseignements prescrits qui sont produits à l'expiration du délai fixé aux fins des incitatifs fiscaux à la RS & DE.

Les modifications proposées clarifient qu'il n'y aura aucune exception à la règle exigeant la production des demandes de dépenses de RS & DE et de crédit d'impôt à l'investissement de la RS & DE dans les 12 mois suivant la date d'échéance de production de la déclaration. L'ARC encourage les demandeurs à présenter leurs demandes de RS & DE avant la date limite de production⁸. »

- b) Le fait qu'une demande de discrétion ministérielle pour renoncer aux exigences de production soit faite avant ou après l'expiration du délai de 18 mois n'est pas pertinent en soi, car la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne fait pas une telle distinction. L'ARC peut considérer une demande de RS & DE seulement si elle est produite dans le délai de 18 mois.

Il est aussi important de souligner que selon le paragraphe 37(12) L.I.R., lorsqu'une dépense n'a pas été identifiée sur le Formulaire T661, « Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS & DE) », cette dépense est réputée ne pas être une dépense de RS & DE. La dépense ne peut donc pas être déduite en vertu du paragraphe 37(1) L.I.R. et elle ne donne pas droit au crédit d'impôt à

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 2004-02R2*, « Exigences de production relatives aux demandes pour la RS & DE », 11 juin 2009.

⁸ *Id.*, annexe « Questions et réponses », question 3.

l'investissement prévu au paragraphe 127(9) L.I.R., même si le demandeur fournit les renseignements manquants après la date limite de production.

La *Politique d'application RS & DE 2004-02R2* précise les dispositions s'appliquant aux demandes soumises à l'ARC selon le moment où elles sont produites. La réponse donnée à la question 4 les résume :

« Si la demande est produite au moins 90 jours avant la date limite de déclaration, l'ARC devrait avoir suffisamment de temps pour effectuer un examen complet, ce qui lui permettra de déterminer si la demande répond ou non aux exigences de production et d'aviser, le cas échéant, le demandeur de ce qui manque à sa demande.

Si la demande est produite, mais qu'elle n'accorde pas suffisamment de temps à l'ARC pour l'examiner, celle-ci ne pourra aviser le demandeur des lacunes qu'elle pourrait contenir avant la date limite de déclaration.

Il est à noter qu'il incombe au demandeur de remplir les formulaires prescrits et d'y inclure tous les renseignements prescrits au plus tard à la date limite de déclaration. Si l'ARC ne peut examiner la demande relative à la RS & DE ni aviser le client de certaines lacunes dans sa demande avant la date limite de déclaration, elle ne lui accordera aucun temps supplémentaire pour redresser la situation⁹. »

6. DOSSIERS EN APPEL AUX OPPOSITIONS

Auriez-vous des statistiques quant au nombre de dossiers et aux délais rencontrés dans le cadre d'oppositions et d'appels en matière de RS & DE? Aussi, compte tenu du fait que le paiement des crédits en RS & DE est parfois important, sinon vital, à la santé financière et aux liquidités de certaines entreprises qui sont très investies en recherche, est-ce que l'ARC considère qu'il puisse être souhaitable de prioriser les dossiers d'opposition en RS & DE dans certains cas? Aussi, y a-t-il des façons d'accélérer le traitement des dossiers en opposition? Par exemple, lorsque l'opposition ne concerne pas une question d'ordre scientifique (par exemple, les crédits sont refusés pour une question comptable ou juridique), est-il opportun de l'indiquer et de faire un suivi afin que le dossier ne soit pas automatiquement assigné à un conseiller scientifique et soit plutôt directement remis à un agent d'opposition pour traitement de la question comptable ou juridique? Dans le même ordre d'idées, si le motif du refus est une question de preuve (par exemple, insuffisance de la documentation), serait-il approprié de faire

⁹ *Id.*, question 4.

participer un(e) avocat(e) du ministère de la Justice dès le stade de l'opposition pour évaluer la preuve non documentaire (par exemple, témoins potentiels)?

Réponse de l'ARC

En réponse à vos questionnements, environ 5 % des dossiers traités dans la région du Québec sont dénombrés au niveau des oppositions ou des appels. Le nombre moyen de jours de traitement de ces dossiers dépend en grande partie de la complexité et de la nature des éléments soulevés et est d'environ un an. De plus, il est important de mentionner que tous les dossiers en RS & DE sont transmis en priorité aux agents des appels des bureaux dont relèvent les dossiers concernés. Les cas présentant des enjeux concernant l'aspect scientifique sont alors examinés pour les assigner à un conseiller technique par le biais d'un renvoi à l'administration centrale. Les dossiers présentant uniquement un enjeu financier sont immédiatement regardés par les agents des appels locaux dans le cadre de leur travail régulier.

Il est important de rappeler que le processus des oppositions est avant tout un examen administratif des dossiers des contribuables. À la suite de cet examen, si le contribuable n'est toujours pas en accord avec la décision rendue, il peut en appeler de la décision et c'est à ce stade qu'un avocat du ministère de la Justice peut intervenir, le cas échéant. Pour plus de détails sur le processus des appels, nous vous invitons à visiter le site Internet suivant : http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/prgrms_srvcs/dsgr/menu-fra.html.

7. RÉVOCATION D'UN CHOIX DE MÉTHODE

Dans l'affaire *Advanced Agricultural Testing c. La Reine*¹⁰, le contribuable avait fait le choix de la méthode de remplacement à l'égard de ses déclarations de revenus pour ses années d'imposition 1993 à 1998. Il y a eu une controverse en vérification concernant l'application de la méthode de remplacement à l'égard des années 1993 et 1994. Dans le cadre de la résolution de cette controverse, l'ARC semble avoir permis au contribuable d'utiliser la méthode traditionnelle. Le contribuable a ensuite voulu révoquer son choix à l'égard des années 1995 à 1998, mais l'ARC a refusé. Le motif du refus était que le pouvoir du ministre d'accepter la révocation de choix fiscaux est limité aux cas énoncés à l'article 600 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*¹¹ et que ce règlement ne couvre pas le choix d'une méthode selon

¹⁰ 2009 CCI 190.

¹¹ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

le paragraphe 37(10) L.I.R. La Cour a donné raison au ministre et le contribuable n'a pu révoquer son choix à l'égard de ces années. La Cour a aussi conclu qu'elle n'avait pas de juridiction inhérente l'autorisant à permettre au contribuable de révoquer son choix. Sans remettre en question le bien-fondé de cette décision, il nous semble que cette cause soulève une question d'intérêt, à savoir pourquoi le *Règlement de l'impôt sur le revenu* ne permet-il pas au ministre d'accepter la révocation du choix de la méthode de remplacement lorsque les circonstances le justifient? Est-ce que l'ARC va considérer la possibilité de modifier le règlement à cet égard?

Réponse de l'ARC

L'exigence de faire le choix de la méthode se trouve au paragraphe 37(10) L.I.R. Il y est précisé que le choix doit se faire au moment où le demandeur présente le Formulaire T661 la première fois pour une année d'imposition donnée. Cela reflète l'intention du ministère des Finances, à savoir que le choix de la méthode est irrévocable.

Un demandeur fait le choix de la méthode pour une année d'imposition à la Section A, « Choix de la méthode pour le calcul des dépenses de RS & DE », de la partie 3 du Formulaire T661, « Demande pour les dépenses de recherche scientifique et développement expérimental (RS & DE) ». Cette section du formulaire précise clairement que le choix est irrévocable pour l'année.

Le paragraphe 220(3.2) L.I.R., qui vise la présentation d'un choix modifié, annulé ou produit en retard, est limité aux dispositions concernant les choix dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le règlement énoncé dans l'article 600 R.I.R. Le choix de la méthode au paragraphe 37(10) L.I.R. ne fait pas partie des choix pouvant être modifiés, annulés ou produits en retard. Cela est une question de politique fiscale qui relève du ministère des Finances.

8. CUMUL DES SUBVENTIONS

Concernant les deux nouveaux programmes suivants, soit le programme Initiative stratégique pour l'aérospatial et la défense (ISAD) et le nouveau programme de Développement des affaires électroniques (CDAÉ) du ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation (MDÉIE) du Québec, est-ce que l'aide reçue sera considérée comme une subvention d'un point de vue fiscal?

Réponse de l'ARC

De façon générale, la législation fiscale de la province de Québec contient des règles qui visent à éviter le cumul de l'aide fiscale à l'égard d'une dépense pouvant donner droit à plus d'un crédit d'impôt pour un même demandeur. Lorsqu'une dépense peut donner droit à plus d'un crédit d'impôt provincial et que les faits démontrent que le demandeur a choisi d'obtenir un crédit d'impôt dans le cadre d'un programme provincial autre que le programme de la R & D (c'est-à-dire, qu'aucun crédit R & D provincial n'a été gagné relativement à cette dépense), alors le montant d'aide relatif à cette dépense ne sera pas considéré comme étant une aide gouvernementale pour l'application du paragraphe 127(18) ou de l'alinéa 37(1)d) L.I.R. Toutefois, les crédits gagnés dans le cadre du programme R & D de la province seront considérés comme de l'aide gouvernementale. En date d'aujourd'hui, les crédits d'impôt provinciaux du Québec relatifs à la R & D qui continuent de réduire les dépenses admissibles et le compte de dépenses de RS & DE déductibles se retrouvent aux articles suivants de la *Loi sur les impôts* du Québec¹² :

- le crédit d'impôt relatif aux salaires (RD-1029.7);
- le crédit d'impôt pour la recherche universitaire ou pour la recherche effectuée par un centre de recherche public ou par un consortium de recherche (RD-1029.8.6);
- le crédit d'impôt pour la recherche précompétitive en partenariat privé (RD-1029.8.16.1); et
- le crédit d'impôt relatif aux cotisations et aux droits versés à un consortium de recherche (RD-1029.8.9.03).

9. DÉLAIS DE VÉRIFICATION

Les délais de vérification sont parfois très longs. Il arrive parfois que le vérificateur commence une vérification mais ne revienne que plusieurs mois plus tard pour la compléter. Serait-il possible de mettre en place des mesures afin de mieux organiser les vérifications et de s'entendre sur des échéanciers qui seraient respectés de part et d'autre? En quoi les solutions apportées au manuel en cours d'élaboration à l'intention des conseillers scientifiques

¹² L.R.Q., c. I-3 et mod.

pourront-elles être utiles afin d'améliorer les délais? Est-ce que des mesures semblables seront mises en place à l'égard de la vérification de l'aspect financier?

Réponse de l'ARC

L'ARC a déjà des normes de service et des procédures de vérification pour le traitement des demandes de RS & DE, incluant les délais. Le traitement des dossiers exige la collaboration et la concertation de plusieurs intervenants (demandeur, sous-traitant, CRT, EF, etc.) et est tributaire de plusieurs facteurs (qualité de la demande, délais des réponses, etc.).

Bien que l'ARC respecte actuellement ses normes de service, nous continuons à rechercher sur une base régulière des manières d'effectuer les examens en temps opportun et d'en améliorer l'efficacité. Les pratiques contenues dans le nouveau manuel d'examen des demandes amélioreront le processus d'examen et favoriseront la réduction des délais de traitement des demandes. Ce manuel est en supplément au manuel de vérification de l'ARC déjà existant. La région du Québec possède par ailleurs un guide interne de bonnes pratiques de gestion des délais dans les dossiers. Il est à noter que la notion de délai fera partie des sujets abordés dans le nouveau manuel d'examen des demandes. Le Guide destiné aux examens de la RS & DE sera mis à jour et affiché dans le site Internet de la RS & DE dès que le manuel d'examen des demandes sera en vigueur (aux environs d'avril 2010).

L'élément fondamental du nouveau manuel d'examen des demandes est la mise en évidence de l'importance pour l'ARC, les demandeurs et leurs représentants de travailler ensemble. Le respect de certains principes élémentaires de collaboration contribuera à réduire les retards inutiles.

Quelques-uns de ces principes sont :

- la communication aux demandeurs par les CRT des enjeux portant sur l'admissibilité aussitôt que possible dans le processus d'examen;
- la préparation avant la visite en entreprise par le demandeur et ses représentants de la documentation et autres preuves permettant de clarifier les enjeux soulevés par le CRT;
- la disponibilité des employés qui ont effectué les travaux demandés lors de la visite du CRT afin de fournir de plus amples explications dans le but de clarifier les enjeux soulevés;

- la nécessité de se concentrer sur les enjeux et l'analyse des faits de chaque demande afin de permettre au CRT de déterminer ce qui a été fait et pourquoi;
- la mise en œuvre des recommandations faites lors des examens antérieurs dans le but d'améliorer la documentation et la description des projets demandés.

PARTIE B**Allocution de Revenu Québec**

Owen-John Peate, directeur de la cotisation des sociétés
Revenu Québec

1. LE GOUVERNEMENT DU QUÉBEC ET LES CRÉDITS D'IMPÔT

- La *Loi sur le ministère des Finances*¹ confère au ministre des Finances la mission de favoriser le développement économique et de conseiller le gouvernement en matière financière.
- Le secteur – Politiques économique et fiscale du ministère des Finances propose des mesures fiscales et budgétaires afin d'accroître le développement et la compétitivité de l'économie du Québec, notamment en matière d'incitation au travail, de soutien à l'investissement, à l'innovation, à la création d'emplois et aux régions.
- La législation québécoise compte plus de 80 crédits d'impôt différents et les crédits pour la recherche scientifique et développement expérimental (ci-après « RS & DE ») s'avèrent les plus importants en termes de nombre de demandes et de montants demandés.
- Pour l'année 2008-2009, environ 10 000 entreprises ont soumis des demandes de crédits en RS & DE qui totalisent plus de 800 M\$.
- Un des principaux objectifs de la stratégie québécoise de la recherche et de l'innovation est d'accentuer les retombées de la RS & DE et de l'innovation sur l'économie et l'emploi.
- Pour y arriver, la stratégie québécoise de la recherche et de l'innovation :
 - mise sur les acquis du Québec;
 - renforce les maillons faibles du système d'innovation;
 - favorise les partenariats de recherche.

¹ L.R.Q., c. M-24.01.

2. RÔLE DE REVENU QUÉBEC EN RS & DE

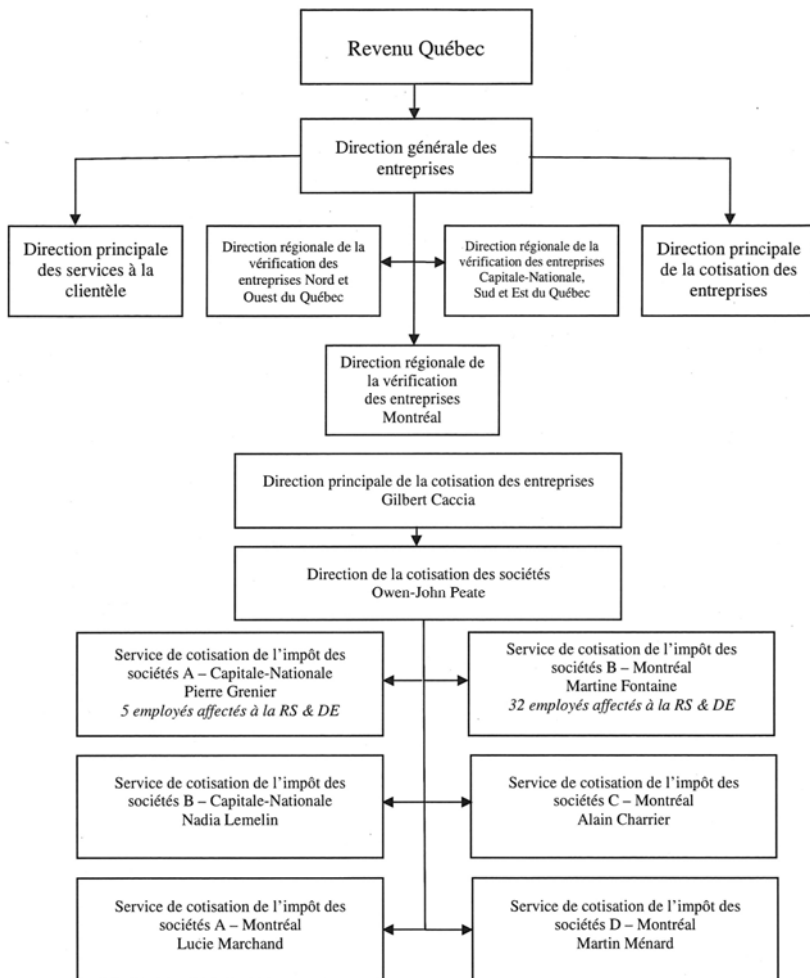
- Le programme de crédits d'impôt à la RS & DE vise à encourager et à perpétuer les efforts de recherche et de développement des entreprises québécoises et à innover, expérimenter ou améliorer leurs produits ou opérations.
- Revenu Québec administre ce programme en collaboration avec l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »).

3. LES CRÉDITS D'IMPÔT REMBOURSABLES EN RS & DE

- **Crédit d'impôt relatif aux salaires RS & DE**
 - Ce crédit sert à encourager la poursuite d'activités de RS & DE au Québec afin de générer des retombées économiques sur le territoire québécois.
 - Ce crédit représente plus de 85 % des demandes.
- **Crédit d'impôt pour la recherche universitaire ou pour la recherche effectuée par un centre de recherche public ou un consortium de recherche**
 - Ce crédit d'impôt vise à créer une synergie entre les universités, les centres de recherche ou consortiums de recherche et les entreprises.
- **Crédit d'impôt pour la recherche pré compétitive en partenariat privé**
 - Ce crédit sert à accroître les connaissances scientifiques et technologiques des entreprises, tout en rendant ces nouvelles connaissances utilisables aux fins des entreprises partenaires. Il sert aussi à réduire le coût et partager les risques pour mener à terme des projets coûteux de RS & DE.
- **Crédit d'impôt relatif aux cotisations et aux droits versés à un consortium de recherche**
 - Ce crédit sert à favoriser et soutenir les entreprises d'un même secteur, regroupées dans un organisme sans but lucratif, leur permettant ainsi de réaliser en commun des activités de recherche

admissibles financées par les cotisations des membres et par des contrats de recherche provenant des entreprises.

4. ORGANISATION DE REVENU QUÉBEC EN CE QUI A TRAIT À LA RS & DE



5. ENTENTE D'ÉCHANGE D'INFORMATION ENTRE REVENU QUÉBEC ET L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

- **But de l'entente :**

- minimiser les dédoublements entre les deux administrations;
- réduire les coûts;
- garantir une application cohérente des mesures semblables;
- offrir un meilleur service au public.

6. TRAITEMENT ET VÉRIFICATION D'UNE DEMANDE DE CRÉDIT

- Volet scientifique :

- une entente conclue entre Revenu Québec et l'ARC en 1994 confie l'examen du volet scientifique des projets à l'ARC;
- Revenu Québec reçoit une confirmation de l'admissibilité des projets à la suite de l'examen de l'ARC.

- Volet financier :

- Revenu Québec effectue sa vérification indépendamment de l'ARC;
- l'examen du volet financier permet de vérifier le bien-fondé des dépenses réclamées aux fins du crédit selon la *Loi sur les impôts* du Québec;
- l'Entente sur les échanges de renseignements peut influencer la décision de Revenu Québec par rapport au volet financier.

PARTIE C**Questions adressées à Revenu Québec et réponses¹**

Owen-John Peate, directeur de la cotisation des sociétés
Revenu Québec

1. ENTENTE ARC/REVENU QUÉBEC

Tel qu'il a déjà été expliqué, notamment lors du Congrès 2009 de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF »), l'ARC prend en charge l'évaluation scientifique des projets. L'ARC procède également à l'évaluation des dépenses de RS & DE réclamées aux fins de crédits. L'ARC calcule le crédit en RS & DE du Québec après avoir procédé à la validation des éléments pouvant affecter le crédit d'impôt du Québec (par exemple, examine les factures des sous-traitants pour s'assurer qu'ils sont au Québec, demande des renseignements sur les factures des « préparateurs » considérés comme indirects avec la méthode de remplacement, etc.). En pratique, nous constatons que Revenu Québec valide ces mêmes éléments, recalcule les taux horaires utilisés, etc. Il y aurait lieu de rendre le processus plus efficace tant pour les réclamants que pour les autorités gouvernementales en évitant les doubles vérifications. Pouvez-vous commenter?

Réponse de Revenu Québec²

L'entente entre l'ARC et Revenu Québec prévoit que l'ARC validera le volet scientifique seulement. Chaque gouvernement fonctionne séparément pour les volets autres que scientifiques. L'ARC ne validera pas les informations requises pour le paiement du crédit en vertu de la loi québécoise. Il peut arriver que dans le cadre d'une vérification « financière » l'ARC et Revenu Québec demandent des informations qui puissent apparaître similaires, mais chaque loi a ses particularités.

¹ Mise en garde de Revenu Québec : Les réponses contenues dans le présent document ne constituent pas une interprétation juridique des dispositions de la *Loi sur les impôts* du Québec ni d'aucune autre loi. Les participants qui désirent obtenir un supplément d'information devront s'adresser au bureau de Revenu Québec de leur région.

² REVENU QUÉBEC, Direction générale des entreprises.

En fait, toutes les demandes de crédits en RS & DE font l'objet d'un examen, *a priori* par Revenu Québec, qui consiste à s'assurer de l'admissibilité des dépenses et de la conformité du crédit réclamé par les entreprises en respectant les exigences de la *Loi sur les impôts* du Québec. Cet examen tient également compte du résultat de la vérification effectuée par l'ARC.

Nous vous renvoyons à la question 3 de la table ronde sur la RS & DE du Congrès 2008 de l'APFF³, traitant des responsabilités. On y indique que l'ARC a la responsabilité de valider le volet scientifique d'une réclamation et que Revenu Québec détermine la dépense de salaire des employés qui entreprennent, supervisent ou supportent des activités de RS & DE, et qui constitue une dépense admissible au sens du paragraphe b) de l'article 230R1 du *Règlement sur les impôts*⁴.

Nous vous renvoyons également à la question 3 du texte « Mais quand débute un projet de RS & DE? » du Colloque RS & DE 2009 de l'APFF⁵, où nous vous suggérons de produire la partie 2 du Formulaire T661 avec la Déclaration de revenus des sociétés CO-17. En produisant ce formulaire, le contribuable évite des demandes de renseignements par Revenu Québec se rapportant aux éléments qui se trouvent dans cette partie du formulaire, le tout afin d'accélérer le traitement du dossier. Il est donc très fortement recommandé de joindre le Formulaire T661 avec la Déclaration CO-17, bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence légale selon la *Loi sur les impôts*.

2. EXAMEN D'UN DOSSIER

(Cette question se veut un complément à la question 1 du Colloque RS & DE 2009 de l'APFF⁶). Est-ce que Revenu Québec peut expliquer les grandes lignes utilisées lors d'un examen de dossier, ainsi que les délais de réponse, tant du côté de Revenu Québec que du côté du demandeur, **tout en**

³ Carl DESLONGCHAMPS et autres, « Gestion, politiques et orientations du programme de RS & DE – Partie A », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 39:1-38, question 3, aux pages 39:10-11.

⁴ R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

⁵ Lucie BÉLANGER et autres, « Mais quand débute un projet de RS & DE? », dans *Colloque – Vers un programme de RS & DE simplifié : mythe ou réalité!*, 180, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 7:1-6, question 3, à la page 7:4.

⁶ *Id.*, question 1.

évitant d'arriver à l'étape d'opposition? Il arrive que les demandes soient faites par Revenu Québec seulement de façon verbale et que la conclusion de l'examen ne soit pas communiquée au demandeur, alors que l'avis de cotisation modifié lui a déjà été envoyé. De plus, l'examineur assigné à la demande change généralement d'une année à l'autre, ce qui rend difficiles les suivis. Pouvez-vous commenter?

Réponse de Revenu Québec⁷

Le processus de traitement des réclamations de crédits en RS & DE appliqué par Revenu Québec vise à traiter ces demandes avec diligence tout en s'assurant qu'elles satisfont aux exigences fiscales en vigueur. Les vérifications sont faites en regard de l'admissibilité et du respect des particularités de la *Loi sur les impôts*. Le traitement des réclamations se fait en tenant compte du risque fiscal. Notamment, lorsqu'il ne s'agit pas d'une première demande, qu'un seul crédit est réclamé, que le client a un bon profil fiscal et qu'il n'y a pas de risque fiscal particulier, nous pouvons procéder au traitement de sa demande.

Ainsi, Revenu Québec intervient avant l'émission de l'avis de cotisation afin d'établir le montant du crédit en RS & DE auquel une société a droit. Toutes les demandes font l'objet d'un examen qui consiste à s'assurer que tous les documents requis accompagnent la demande et que les informations contenues dans la déclaration respectent les exigences de la *Loi sur les impôts*.

De plus, les Directions régionales de la vérification des entreprises peuvent intervenir, *a posteriori* dans le cadre de leur mandat régulier de vérification, afin d'examiner des éléments qui ne sont pas couverts par le secteur de la cotisation.

Revenu Québec attend de recevoir les résultats de l'évaluation scientifique des projets effectuée par l'ARC avant de traiter les demandes et tient également compte des corrections apportées par l'ARC. Si les crédits d'impôt pour la RS & DE en vertu du régime fédéral ne sont pas remboursables, Revenu Québec traitera les demandes sans attendre la confirmation de l'ARC. Les crédits sont généralement versés dans les 120 jours suivant la réception de la demande.

⁷ *Supra*, note 2.

En cours de vérification, les vérificateurs privilégient les communications écrites pour toute demande d'information. Un délai de 30 jours est alors accordé.

Un contribuable désirant obtenir des renseignements au sujet de son dossier ou de son traitement peut communiquer avec le vérificateur désigné au dossier qui est en mesure d'en assurer le suivi et de répondre aux questions. Cette démarche ne l'empêche pas de déposer un avis d'opposition à l'intérieur du délai de 90 jours de la date de l'envoi de l'avis de cotisation afin de préserver son droit d'opposition.

3. SOUS-TRAITANTS DE SOUS-TRAITANTS (2^e NIVEAU)

Revenu Québec refuse certaines dépenses de sous-traitants pour la raison que des sous-traitants sous-traitent à leur tour les travaux définis dans le contrat initial. Bien que nous en comprenions les raisons, cette information est souvent non connue par la société qui réclame les crédits d'impôt. Afin d'éviter des délais de traitement inutiles, comment la compagnie peut-elle vérifier elle-même cette information sans avoir à contacter tous ses sous-traitants?

Réponse de Revenu Québec⁸

La législation québécoise actuelle distingue le traitement à accorder aux dépenses réclamées pour des sous-traitants de premier niveau de celles réclamées pour des sous-traitants de deuxième niveau. De plus, l'admissibilité des dépenses varie selon que les parties sont liées ou non. Dans le cadre de son mandat, Revenu Québec doit vérifier l'admissibilité des dépenses selon les critères établis par la loi avant l'octroi du crédit à la société réclamante.

Il appartient à chaque société de s'assurer que les exigences de la *Loi sur les impôts* par rapport aux crédits en RS & DE sont satisfaites.

⁸ *Supra*, note 2.

4. SALAIRE POUR LE SOUS-TRAITANT – STATUT DES AVIS D’OPPOSITION

- a) Des avis de cotisation ont été émis par Revenu Québec sur la base que :

« lorsqu’une contrepartie est versée à un sous-traitant en vertu d’un contrat de R-D, la dépense qu’elle représente est admissible dans le calcul du crédit d’impôt relatif aux salaires R-D seulement si elle est attribuable aux salaires versés aux employés d’un établissement situé au Québec ». (Notre soulignement)

Des avis d’opposition ont été déposés par plusieurs contribuables à cet effet. Revenu Québec a indiqué, lors du Colloque RS & DE 2009 de l’APFF (question 4)⁹, qu’une demande d’interprétation était en cours. Est-ce que Revenu Québec peut donner une mise à jour sur la demande d’interprétation par la Direction générale de la législation et des enquêtes de Revenu Québec à ce sujet?

- b) Dans le même ordre d’idées, Revenu Québec a indiqué, lors du Colloque RS & DE 2009 de l’APFF (question 5)¹⁰, qu’une demande d’interprétation était en cours concernant le cas où le sous-traitant consistait en un propriétaire unique qui ne se verse que des dividendes. Est-ce que Revenu Québec peut donner une mise à jour sur cette demande d’interprétation?

Réponse de Revenu Québec¹¹

- a) Cette question fait présentement l’objet d’une demande d’interprétation par la Direction générale de la législation et des enquêtes de Revenu Québec.
- b) Cette question fait présentement l’objet d’une demande d’interprétation par la Direction générale de la législation et des enquêtes de Revenu Québec.

⁹ *Id.*, question 4.

¹⁰ *Id.*, question 5, p. 7:5.

¹¹ *Supra*, note 2.

LE RÉGIME D'ÉPARGNE-ACTIONS II



Manon Thivierge
Associée, avocate
Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 36:3

1. HISTORIQUE DU RÉGIME D'ÉPARGNE-ACTIONS II 36:4

2. QU'EST-CE QU'UN RÉGIME D'ÉPARGNE-ACTIONS II? 36:7

3. CONSÉQUENCES FISCALES POUR UN INVESTISSEUR 36:9

3.1. DÉDUCTION 36:9

3.2. INCLUSION 36:12

4. SOCIÉTÉ ÉMETTRICE ADMISSIBLE 36:15

4.1. ÉMISSION PUBLIQUE D' ACTIONS 36:16

4.2. SOCIÉTÉ CANADIENNE 36:17

4.3. ACTIF 36:18

4.3.1. Règle générale 36:18

4.3.2. Calcul de l'actif 36:18

4.3.3.	Règles d'association	36:19
4.3.4.	Règle antiévitement.....	36:23
4.4.	CRITÈRE DU RATTACHEMENT AU QUÉBEC	36:23
4.5.	CRITÈRE DU NOMBRE D'EMPLOYÉS.....	36:24
4.5.1.	Objectif du test	36:24
4.5.2.	Règle générale	36:25
4.5.3.	Exceptions	36:26
4.5.4.	Fusion	36:28
4.5.5.	Liquidation	36:28
4.5.6.	Continuation d'une entreprise	36:29
4.6.	CRITÈRE DU 50 % DE LA VALEUR DES BIENS.....	36:29
4.6.1.	Objectif.....	36:29
4.6.2.	Règle générale	36:30
4.6.3.	Société œuvrant dans le domaine de la recherche scientifique et du développement expérimental	36:32
4.6.4.	Exception du changement important	36:33
4.6.5.	Société de portefeuille	36:34
4.6.6.	Société émettrice admissible désignée	36:35
4.7.	SOCIÉTÉ ÉMETTRICE NON ADMISSIBLE.....	36:36
4.7.1.	Généralités.....	36:36
4.7.2.	Interdiction d'achat ou de rachat d'actions.....	36:36
4.7.3.	Discrétion ministérielle	36:39
4.7.4.	Règle antiévitement.....	36:39
5.	ACTIONS ADMISSIBLES ET AUTRES INSTRUMENTS FINANCIERS	36:39
5.1.	ACTION ADMISSIBLE.....	36:40
5.2.	ACTION ADMISSIBLE ACQUISE PAR UN ORGANISME LORS D'UN PLACEMENT FAISANT L'OBJET D'UNE DISPENSE DE PROSPECTUS	36:42
5.3.	EXCLUSION.....	36:43
5.4.	<i>SITUS</i> DES ACTIVITÉS.....	36:45
5.5.	TITRES ADMISSIBLES	36:46
5.6.	ACTIONS VALIDES.....	36:47
6.	ORGANISME DE PLACEMENT COLLECTIF ADMISSIBLE	36:50
7.	PÉNALITÉS.....	36:50
	CONCLUSION	36:52

INTRODUCTION

William Shakespeare a déjà écrit : « Ce que nous appelons rose par n'importe quel autre nom sentirait aussi bon¹. »

Avec respect pour William Shakespeare, si l'utilité d'un bien ne varie pas en fonction de son nom, le mot juste (ou le bon acronyme) peut néanmoins contribuer à augmenter sa popularité. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en est venue la ministre des Finances du Québec lors du dernier budget² lorsqu'elle a annoncé que le nom du régime Actions-croissance PME, communément appelé le régime Accro PME, serait remplacé par le nom « régime d'épargne-actions II » (ci-après « RÉA II »). Lors de cette annonce, la ministre a déclaré ce qui suit :

« Or, bien que l'Accro PME soit en fait un REA de seconde génération, ce régime ne bénéficie pas de la notoriété du REA, les contribuables ignorant le lien de parenté entre les deux régimes. En outre, il semblerait même que le simple fait de présenter l'Accro PME comme étant un régime d'aide à la capitalisation qui n'est pas le REA serait de nature à réduire l'intérêt des contribuables pour un tel régime³. »

La ministre des Finances du Québec semble avoir visé juste puisqu'on a observé un engouement renouvelé pour le RÉA II depuis le dernier budget. Ainsi, dans les jours et semaines qui ont suivi le Budget 2009-2010, plusieurs personnes se sont intéressées à ce « nouveau » régime introduit par le gouvernement du Québec. Bien que l'on puisse croire qu'une partie de cet intérêt provient du fait que la déduction accordée en vertu de ce régime a été haussée à 150 %⁴, il n'en demeure pas moins que cette annonce a effectivement été perçue comme le retour du régime d'épargne-actions (ci-après « RÉA ») qui avait été tant apprécié des Québécois au début des années 1980.

¹ William SHAKESPEARE, *Roméo et Juliette*, Acte II, Scène 2, 1594.

² QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2009-2010, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 19 mars 2009, section 3.2, pp. A.63-A.70 (ci-après « Budget 2009-2010 »).

³ *Id.*, p. A.70.

⁴ La déduction dans le calcul du revenu dans le cadre du régime Accro PME était de 100 %.

1. HISTORIQUE DU RÉGIME D'ÉPARGNE-ACTIONS II

Le RÉA a été créé en 1979 lors du Discours sur le budget de Jacques Parizeau⁵. Initialement, ce régime poursuivait trois objectifs :

- 1) réduire le fardeau fiscal des contribuables québécois à haut revenu qui acceptaient d'investir dans des entreprises québécoises. En effet, les cadres et autres particuliers à haut revenu étaient beaucoup plus imposés au Québec qu'en Ontario en 1979. À l'époque, le taux marginal d'imposition d'un particulier au Québec était d'environ 60 %. Le RÉA se voulait donc un outil permettant une certaine réduction de ce taux marginal d'imposition, à condition d'encourager les entreprises québécoises;
- 2) augmenter la participation des Québécois au marché boursier, en diminuant le risque inhérent à un placement dans une société publique;
- 3) assurer une meilleure capitalisation des entreprises québécoises. Selon Jacques Parizeau, il n'y avait pas suffisamment de capital de risque au Québec pour faciliter le financement de nouvelles entreprises et l'agrandissement des entreprises existantes et celles-ci étaient trop dépendantes des financements par voie d'emprunt plutôt que par l'entremise de l'émission d'actions.

De 1979 à 1988, le RÉA a été modifié à quelques occasions afin de s'assurer qu'il réponde toujours mieux aux besoins de capitalisation des entreprises, en laissant de plus en plus à l'arrière-plan les deux autres objectifs du départ. C'est ainsi que l'on a vu apparaître au cours des années : i) des taux variés de déduction accordée aux investisseurs, selon la taille de l'entreprise, afin de mieux tenir compte du risque inhérent à chaque placement; ii) la création des fonds d'investissement RÉA pour permettre aux particuliers de diversifier leurs placements dans des entreprises RÉA en traitant avec des spécialistes du marché boursier; et iii) l'admissibilité, aux fins de couverture, d'actions acquises sur le marché secondaire.

Cependant, la chute des marchés boursiers en octobre 1987 a considérablement nui à la popularité du RÉA. En effet, la chute de valeur des titres admissibles au RÉA avait été plus forte que celle de l'ensemble des cours boursiers. De plus, la situation difficile desdits marchés boursiers avait rendu l'émission d'actions sur le marché primaire moins accessible pour les

⁵ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1979-1980*, 27 mars 1979.

sociétés québécoises, ce qui avait eu pour effet d'entraîner un moindre recours au RÉA.

Afin d'augmenter l'attrait des titres RÉA pour les contribuables, plusieurs mesures ont été introduites à partir de 1988. Ces mesures avaient notamment pour but de permettre une meilleure capitalisation des entreprises québécoises afin d'assurer leur croissance pour faire face à la concurrence internationale. Le gouvernement québécois désirait également inciter les particuliers à orienter leurs investissements vers les sociétés pour lesquelles un financement par émission d'actions était plus difficile à obtenir, puisqu'il s'agissait probablement des entreprises qui en avaient le plus besoin. Ainsi, plusieurs règles ont été assouplies afin de faciliter l'accès au régime RÉA, y compris en rendant admissibles certains titres convertibles et droits de souscription d'actions. Toutefois, au fur et à mesure que des règles étaient introduites afin d'augmenter la flexibilité du régime, il devenait également nécessaire d'instaurer des restrictions à ces règles pour éviter un abus du système. Par conséquent, au début des années 2000, les dispositions législatives régissant le RÉA étaient devenues nombreuses et complexes.

Par suite d'un moratoire d'environ deux ans annoncé en juin 2003⁶, le ministre des Finances du Québec a annoncé que le RÉA serait fermé et qu'un nouveau régime serait instauré sous l'appellation « Actions-croissance PME »⁷. Cette décision faisait suite à une analyse et évaluation du RÉA par le ministère des Finances du Québec, qui avait d'ailleurs demandé des représentations des parties intéressées aux fins de dresser ses conclusions. Or, cette analyse avait conclu que le RÉA n'avait pas permis d'atteindre pleinement les objectifs. En effet, il appert qu'une des conséquences attendues du RÉA était non seulement une augmentation de la capitalisation des entreprises québécoises, mais également une réduction du coût du capital permanent pour les sociétés publiques québécoises qui utilisaient le RÉA. Ainsi, le ministre des Finances du Québec mentionnait dans son Budget 2005-2006 que dans la mesure où l'aide fiscale permettait de réduire le coût des actions pour un investisseur, il était raisonnable de s'attendre à ce qu'une société émettrice puisse obtenir un meilleur prix pour ses actions. Cette réduction du coût du capital permanent pour les sociétés publiques

⁶ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 12 juin 2003, section 1.5.2, p. 69.

⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2005-2006, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 21 avril 2005, section 2.5, p. 69 (ci-après « Budget 2005-2006 »).

québécoises n'avait pas eu lieu. Néanmoins, le ministre des Finances du Québec reconnaissait que le RÉA avait permis d'orienter des capitaux vers un segment de marché où l'offre était autrement déficiente. Compte tenu de ce succès qui se voulait « mitigé » selon le ministre des Finances du Québec, il y avait lieu de relancer le régime mais en y apportant des modifications importantes, d'où sa nouvelle appellation.

Force est d'admettre que les règles du nouveau régime Accro PME reprenaient l'essentiel des modalités d'application de l'ancien RÉA, si ce n'est du fait que ce régime était beaucoup plus simple puisqu'il n'était pas ouvert aux titres convertibles et aux droits de souscription d'actions. De plus, un seul taux de déduction, soit 100 %, était dorénavant applicable à tous les investissements admissibles. Le régime Accro PME avait également pour but d'orienter les investissements vers les sociétés de plus petite taille, en limitant son accès aux sociétés ayant un actif inférieur à 100 M\$ et en abrogeant l'exigence relative à un montant d'actif minimal de 2 M\$ qui existait sous l'ancien RÉA.

Malheureusement, le régime Accro PME n'a pas eu le succès escompté. De plus, la conjoncture économique difficile par suite de la chute des marchés boursiers en 2008-2009 a augmenté la difficulté d'accès au capital pour les sociétés publiques québécoises, et plus particulièrement pour les petites entreprises. C'est donc dans ce contexte que lors du Budget 2009-2010, la ministre des Finances du Québec a annoncé un certain nombre de mesures visant à favoriser le recours au régime Accro PME par un plus grand nombre d'entreprises et d'investisseurs, soit :

- 1) l'augmentation du plafond de l'actif des sociétés émettrices admissibles de 100 M\$ à 200 M\$;
- 2) la réduction de la période de détention minimale des actions admissibles;
- 3) la hausse de la déduction fiscale de 100 % à 150 % pour une période de deux ans;
- 4) la simplification de la procédure relative à l'admissibilité d'une action valide;
- 5) la prolongation de cinq ans de la durée du régime jusqu'au 31 décembre 2014; et

6) le changement de l'appellation du régime à RÉA II⁸.

2. QU'EST-CE QU'UN RÉGIME D'ÉPARGNE-ACTIONS II?

De façon générale, le paragraphe 965.56a) L.I. définit un RÉA II comme un arrangement conclu entre un particulier (autre qu'une fiducie) et un courtier, aux termes duquel le particulier confie à ce courtier la garde de ses actions admissibles et de ses actions valides qui ne sont incluses dans aucun autre régime de quelque nature que ce soit pour l'application de la *Loi sur les impôts*⁹. Ainsi, seuls les arrangements conclus par un particulier, autre qu'une fiducie, peuvent constituer un RÉA II. De plus, la seule personne autorisée à conclure ce type d'arrangement avec un particulier est un courtier. Un courtier est défini¹⁰ comme désignant :

- 1) un courtier, au sens de l'article 5 de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹¹, qui a un établissement au Québec et qui est inscrit auprès de l'Autorité des marchés financiers (ci-après « AMF »);
- 2) un organisme de placement collectif au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières*, lequel s'entend généralement d'un émetteur qui a pour objet principal d'investir des sommes fournies par les porteurs de ses titres et dont les titres donnent à leur porteur le droit de recevoir sur demande, sans délai ou dans un délai déterminé, un montant calculé en fonction de la valeur d'une quote-part de la totalité ou d'une partie de l'actif net de l'émetteur;
- 3) un assureur;
- 4) une banque;

⁸ Malgré le retour à l'appellation RÉA, il est important de noter que les règles générales applicables au RÉA II se retrouvent toujours au titre VI.5 du livre VII de la Partie I de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), aujourd'hui intitulé « Régimes actions-croissance PME » (ci-après « Titre VI.5 »), et non au titre VI.1 du livre VII de la Partie I L.I., qui s'intitule « Régimes d'épargne-actions ». Ainsi, les mesures prévues au titre VI.1 ne s'appliquent que pour les émissions effectuées dans le cadre de l'ancien RÉA.

⁹ Une action qui est incluse dans un RÉA II ne peut donc être en même temps incluse dans un régime enregistré d'épargne-retraite (REÉR).

¹⁰ Art. 965.55 L.I.

¹¹ L.R.Q., c. V-1.1 (ci-après « L.V.M. »).

- 5) une société munie d'une licence ou autrement autorisée par les lois du Canada ou d'une province à y offrir des services de fiduciaire;
- 6) une caisse d'épargne et de crédit; ou
- 7) toute autre personne prescrite. À ce jour, aucune personne n'a été prescrite.

Le paragraphe 965.56b) L.I. définit également un RÉA II comme un arrangement conclu entre un particulier (autre qu'une fiducie) et un courtier ou un organisme de placement collectif admissible, aux termes duquel le particulier confie la garde de ses titres admissibles émis par un organisme de placement collectif admissible à un courtier ou à l'organisme ayant émis lesdits titres, qui ne doivent être inclus dans aucun autre régime pour l'application de la *Loi sur les impôts*. Ainsi, dans le cas d'une émission par un organisme de placement collectif admissible¹², la *Loi sur les impôts* laisse le choix au particulier de traiter avec un courtier ou avec l'organisme lui-même puisqu'un tel organisme pourra être adéquatement organisé pour garder ses propres titres. Néanmoins, dans les deux cas, la *Loi sur les impôts* prévoit certaines exigences qui doivent être respectées par le courtier ou l'organisme.

Ainsi, tout courtier avec qui un particulier a conclu un arrangement qui est un RÉA II doit tenir au Québec un registre faisant état, dans un compte distinct, de toutes les opérations effectuées pour ce particulier en vertu dudit régime¹³. De plus, les articles 965.59 et 965.60 L.I. prévoient les devoirs et obligations du courtier lorsqu'il a la garde d'actions admissibles et d'actions valides respectivement. De façon similaire, l'article 965.61 L.I. prévoit l'obligation pour les organismes de placement collectif admissibles ayant conclu un arrangement qui est un RÉA II avec un particulier de tenir un registre au Québec faisant état, dans un compte distinct, de toutes les opérations effectuées pour ce particulier en vertu du régime. Dans le cas d'un organisme de placement collectif admissible, il n'a pas la même obligation que le courtier de s'assurer que le titre satisfait à certaines exigences de la *Loi sur les impôts* puisqu'à titre d'émetteur desdits titres, l'organisme doit déjà s'être assuré que lesdites exigences ont été respectées. À cet égard, l'article 965.62 L.I. prévoit l'obligation pour le fiduciaire ou le gestionnaire d'un organisme de placement collectif admissible de transmettre au ministre

¹² Nous vous invitons à lire la section 6. *infra* pour plus d'information sur la notion d'organisme de placement collectif admissible.

¹³ Art. 965.58 L.I.

du Revenu du Québec une déclaration contenant les renseignements démontrant que les engagements de cet organisme ont été remplis.

3. CONSÉQUENCES FISCALES POUR UN INVESTISSEUR

3.1. DÉDUCTION

Un particulier qui fait l'acquisition d'une action admissible ou d'un titre d'admissible en vertu du RÉA II au cours d'une année d'imposition a généralement droit à une déduction, dans le calcul de son revenu pour ladite année d'imposition, égale au coût rajusté de cette action ou de ce titre¹⁴ (ci-après « Déduction »). Le coût rajusté d'une action admissible a été porté à 150 % du coût de ladite action dans le Budget 2009-2010¹⁵. Ce taux de 150 % est temporaire et ne s'appliquera qu'aux actions admissibles acquises après le 19 mars 2009 et avant le 1^{er} janvier 2011. Pour les actions admissibles acquises après le 31 décembre 2010 et avant le 1^{er} janvier 2015, le taux de 100 % sera applicable aux fins de déterminer le coût rajusté de l'action.

Par exemple, un particulier qui acquiert une action admissible en octobre 2009 pour la somme de 1 000 \$ aura généralement droit à une Déduction de 1 500 \$ dans le calcul de son revenu en 2009 aux fins de l'impôt sur le revenu du Québec. En choisissant pour hypothèse un taux d'imposition de 24 %, ce particulier réalisera une épargne fiscale de 360 \$ réduisant le coût de son action, et limitant ainsi son risque, à 640 \$. Toutefois, afin de se prévaloir de la Déduction, un certain nombre de conditions doivent être respectées :

- 1) seul un particulier, autre qu'une fiducie, a droit à la Déduction;
- 2) le particulier doit résider au Québec au 31 décembre de l'année au cours de laquelle il a acquis une action admissible ou un titre admissible¹⁶;

¹⁴ Art. 726.4.0.1 et 965.126 L.I.

¹⁵ Le coût rajusté d'une action valide a également été porté à 150 % du coût de cette action pour une action acquise après le 19 mars 2009 et avant le 1^{er} janvier 2011.

¹⁶ Dans le cas d'un décès survenu dans l'année de l'acquisition d'actions admissibles, le particulier n'aura donc pas droit à la Déduction puisqu'il ne sera pas un résident du Québec au 31 décembre. Il en est de même s'il cesse de résider au Québec avant la fin de l'année.

- 3) le particulier doit inclure son action admissible ou son titre admissible dans un RÉA II dont il est bénéficiaire au plus tard le 31 janvier de l'année suivant l'acquisition de l'action ou du titre.

Dans l'exemple susmentionné, le particulier devra donc inclure son action admissible dans un RÉA II dont il est bénéficiaire au plus tard le 31 janvier 2010. Il devra également joindre à sa déclaration fiscale pour l'année d'imposition 2009 le formulaire prescrit contenant les renseignements prescrits à l'égard du RÉA II dont il est bénéficiaire, soit le Formulaire TP-965.55, ainsi qu'une copie des déclarations de renseignements produites au moyen du formulaire prescrit qu'il a reçu de son courtier (soit le Relevé 7) pour l'année 2009 à l'égard de ce régime¹⁷. Toutefois, aux fins de déterminer le montant de la Déduction à laquelle un particulier a droit en vertu du RÉA II, il est important de souligner les restrictions suivantes :

- 1) la Déduction est établie en fonction du coût rajusté des actions ou titres admissibles. Le coût rajusté d'une action admissible est égal à 150 % du coût de cette action, déterminé sans tenir compte des frais d'emprunt, de courtage, de garde et des autres frais semblables qui s'y rattachent¹⁸. Le coût rajusté d'un titre admissible est également déterminé sans tenir compte de ces frais. De plus, on obtiendra le coût rajusté d'un titre admissible en multipliant son coût par le pourcentage stipulé à cet égard dans le prospectus définitif ou celui déterminé dans les 60 jours suivant la fin de l'année dans laquelle l'émission a eu lieu. De façon générale, ce pourcentage est établi en fonction des coûts rajustés des actions admissibles acquises par l'organisme de placement collectif admissible par rapport au produit de l'émission de ses titres¹⁹;
- 2) le calcul de la Déduction est plus complexe si une action ou un titre a été retiré du régime au cours d'une année. Ainsi, le montant de la Déduction pour une année d'imposition est égal au moindre de deux montants. Le premier montant est égal au total du coût rajusté des actions admissibles et des titres admissibles acquis au cours de l'année par le particulier et inclus dans un RÉA II au plus tard le 31 janvier de l'année suivante²⁰. Le

¹⁷ Art. 965.63 L.I.

¹⁸ Art. 965.123 L.I.

¹⁹ Art. 965.124 L.I.

²⁰ De plus, dans le cas d'un titre admissible, il doit s'agir d'un titre admissible valide à l'égard de l'année, c'est-à-dire qu'il doit avoir été détenu sans interruption, pendant (à suivre...)

deuxième montant est égal à : i) l'excédent du coût rajusté des actions et titres inclus dans le RÉA II du particulier à la fin de l'année²¹ sur le montant de couverture déficitaire pour l'année et pour chacune des deux années précédentes²²; moins ii) l'excédent des montants déduits dans le cadre du RÉA II au cours des deux années d'imposition précédentes sur le montant inclus dans le calcul du revenu pour l'année précédente à l'égard du RÉA II²³;

- 3) le montant de la Déduction ne peut excéder 10 % du revenu total du particulier pour l'année²⁴. Ce plafond a pour but d'empêcher la prise de risques inconsidérée par les particuliers tout en limitant le coût du RÉA II pour le gouvernement québécois²⁵. Le concept de « revenu total » est défini à l'article 965.55 L.I. comme désignant le revenu pour l'année qui serait déterminé en vertu de l'article 28 L.I., en ne tenant pas compte de certains éléments y mentionnés. Ce montant doit ensuite être réduit par les déductions pour l'année dans le calcul du revenu imposable en vertu des titres VI.5 et VI.5.1 du livre IV de la Partie I L.I., soit l'exemption de gains en capital et l'exemption additionnelle de gains en capital à l'égard de certains biens relatifs aux ressources.

La Déduction est d'autant plus intéressante qu'elle ne réduit pas le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions auxquelles elle se rapporte. En effet, la Déduction réduit le revenu imposable, alors que le PBR d'un bien ne doit être diminué que par la partie du coût du bien qui est admissible en déduction dans le calcul du revenu. Ainsi, dans l'exemple qui précède, le PBR de l'action admissible acquise par le particulier sera de 1 000 \$, même si le risque inhérent au placement n'est que de 640 \$. Cependant, aux fins du calcul de l'impôt minimum de remplacement du Québec, le revenu

(...suite)

toute la partie de l'année qui suit son acquisition, dans un RÉA II en vertu de l'article 965.55 L.I.

- ²¹ Y compris les actions et titres acquis dans l'année et inclus dans un RÉA II au plus tard le 31 janvier de l'année suivante.
- ²² Nous vous invitons à lire la section 3.2. *infra* relativement au concept du montant de couverture déficitaire.
- ²³ Nous vous invitons à lire la section 3.2. *infra* pour plus d'information sur les circonstances pouvant mener à une inclusion dans le calcul du revenu.
- ²⁴ Art. 965.127 L.I.
- ²⁵ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1988-1989, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 12 mars 1988, p. 20.

imposable modifié du particulier ne sera réduit que par le montant de la Déduction qui excède le coût de l'action pour le particulier²⁶. Ainsi, dans l'exemple qui précède, il appert que le particulier ne pourra déduire que 500 \$ aux fins du calcul de son impôt minimum de remplacement, par opposition à la Déduction de 1 500 \$ prévue à l'article 726.4.0.1 L.I.

Enfin, pour déterminer si une action a été acquise au cours d'une année d'imposition, on doit examiner le moment où le particulier a acheté l'action et non celui où le certificat a été remis au courtier. D'ailleurs, le courtier peut agir à titre de mandataire du particulier qui achète l'action et ce dernier aura droit à la Déduction même si le certificat est au nom du courtier.

3.2. INCLUSION

Afin de conserver l'avantage fiscal relatif à la Déduction, un investisseur doit détenir ses actions ou ses titres admissibles pendant une certaine période, communément connue sous le nom de « période de détention minimale ».

Cependant, pour respecter cette période de détention minimale, il n'est pas nécessaire que le particulier conserve les actions ou les titres admissibles qu'il a acquis à l'origine. Il peut remplacer de tels actions ou titres par des actions admissibles, des titres admissibles ou des actions valides²⁷ dont le total des coûts rajustés équivaut au moins au montant des déductions demandées dans le cadre du RÉA II au cours des deux années d'imposition précédentes²⁸. En d'autres mots, un particulier doit détenir dans son RÉA II, le 31 décembre de l'année d'acquisition de ses actions ou titres admissibles, ainsi que le 31 décembre des deux années subséquentes, des actions admissibles, des actions valides ou des titres admissibles dont le total des coûts rajustés équivaut au moins au montant des déductions demandées au cours des deux années d'imposition précédentes. Ce mécanisme de couverture permet de soutenir la demande à l'égard des titres de sociétés québécoises, tout en permettant aux investisseurs une gestion active de leur portefeuille.

²⁶ Par. 776.54.1d) L.I.

²⁷ De façon générale, une action valide peut être acquise sur le marché secondaire mais ne peut être incluse dans un RÉA II qu'à des fins de couverture; une action valide ne donne pas droit à la Déduction. Nous vous invitons à lire la section 5.6. *infra* pour plus d'information sur le concept d'action valide.

²⁸ Art. 965.128 L.I., tel qu'il a été modifié par le Budget 2009-2010, où la période de détention minimale a été réduite d'une année.

Toutefois, il était important que les capitaux investis dans les sociétés publiques québécoises soient disponibles tout au long de l'année, et non seulement de façon ponctuelle chaque 31 décembre. C'est ainsi que le concept du montant de couverture déficitaire a été introduit aux articles 965.128 et 965.129 L.I. afin de permettre aux investisseurs d'effectuer des transactions dans leur compte RÉA II, et d'être en situation de couverture déficitaire mais seulement pendant une courte période. L'article 965.129 L.I. définit le montant de couverture déficitaire d'un particulier à un moment donné comme étant l'excédent de l'ensemble du coût rajusté des actions admissibles et titres admissibles retirés du RÉA II au moment donné sur l'ensemble du coût rajusté des actions admissibles, actions valides et titres admissibles acquis après le moment donné et inclus dans le RÉA II du particulier au plus tard le dernier jour du deuxième mois suivant celui du retrait. Ainsi, en vertu de ce concept, un investisseur est considéré comme ayant fait un retrait virtuel de son RÉA II s'il omet de couvrir un retrait réel dans un délai débutant le jour suivant celui dudit retrait réel et se terminant le dernier jour du deuxième mois suivant le mois au cours duquel le retrait réel a eu lieu. Par exemple, un particulier qui aurait effectué un retrait réel de son RÉA II le 1^{er} avril d'une année donnée devra couvrir le retrait de ce compte au plus tard le 30 juin de la même année, ce qui représente un délai pouvant aller jusqu'à trois mois aux fins d'effectuer une opération de couverture. Toutefois, il est nécessaire de se rappeler qu'un investisseur doit détenir dans son compte RÉA II le 31 décembre de l'année d'acquisition d'actions ou de titres admissibles, ainsi que le 31 décembre des deux années d'imposition subséquentes, des actions admissibles, des actions valides ou des titres admissibles dont le coût rajusté équivaut au moins au montant des déductions demandées au cours des deux années d'imposition précédentes. Par conséquent, dans la mesure où un investisseur effectue un retrait réel de son compte RÉA II au cours des mois de novembre ou de décembre d'une année d'imposition, il devra couvrir ce retrait au plus tard le 31 décembre de ladite année. Un particulier devra donc être particulièrement prudent et diligent lorsqu'il décide de retirer des actions de son compte RÉA II en fin d'année.

Lorsqu'un particulier est réputé avoir effectué un retrait virtuel de son RÉA II, celui-ci entraînera les mêmes conséquences qu'un retrait réel et donnera lieu à une inclusion dans le calcul de son revenu égale au montant de couverture déficitaire, soit l'excédent du coût rajusté des actions ou titres retirés du RÉA II sur le coût rajusté des actions ou des titres acquis dans le délai (dans la mesure où le coût rajusté de ces actions ou titres n'a pas déjà

été pris en considération aux fins du calcul d'un autre montant de couverture déficitaire pour ce même particulier)²⁹.

Si des actions d'une même catégorie d'une société sont acquises à des dates différentes, le coût rajusté d'une action du capital-actions de cette société pourra varier en fonction de la date d'acquisition de ladite action. Lorsqu'un particulier aura acquis des actions de la même société et que lesdites actions ont des coûts rajustés différents, le particulier devra choisir une méthode raisonnable aux fins de déterminer quelles actions ont été retirées de son RÉA II. Il pourrait s'agir de la méthode *first in first out* (FIFO), *last in first out* (LIFO) ou du coût moyen. Cependant, une fois qu'une méthode aura été choisie à l'égard d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société, cette méthode devra être utilisée à l'égard de toutes ces actions, aussi longtemps que celles-ci n'auront pas été retirées du RÉA II.

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, le retrait d'une action admissible, d'un titre admissible ou d'une action valide du compte RÉA II peut avoir des conséquences fiscales néfastes pour un particulier. La *Loi sur les impôts* ne définit pas le mot « retrait », mais il semble être accepté que toute disposition d'une action ou d'un titre donnera lieu à un retrait aux fins de l'application de ces règles³⁰. Toutefois, la *Loi sur les impôts* prévoit certaines exceptions visant à ne pas pénaliser un particulier en raison de la survenance de certains événements indépendants de sa volonté. Par exemple, une disposition réputée d'une action en vertu de l'un des articles 299, 436 et 440 L.I.³¹ n'entraîne pas le retrait de l'action aux fins du RÉA II³². Toutefois, lorsque la Déduction a été demandée à l'égard d'une action admissible émise par une société qui a fait faillite au cours d'une année donnée, ladite action est réputée avoir été retirée du compte RÉA II à la plus tardive des dates suivantes, soit : i) le 1^{er} janvier de la troisième année qui suit l'année de cette

²⁹ Art. 310 L.I.

³⁰ Lorsqu'un particulier demande à son courtier de lui remettre le certificat des actions admissibles, le retrait a lieu au moment de la demande et non lorsqu'il reçoit ledit certificat. Dans le cas où le particulier demande plutôt à son courtier de vendre ses actions admissibles, le retrait s'effectue à la date de vente figurant sur la confirmation écrite de la transaction, et non à la date du paiement.

³¹ L'article 299 L.I. vise une aliénation réputée des actions d'une société en faillite ou insolvable, alors que les articles 436 et 440 L.I. portent sur la disposition présumée d'actions en cas de décès.

³² Art. 965.130 L.I.

Déduction³³; ou ii) au moment de l'année donnée où la société est devenue un failli, de façon que le coût rajusté de cette action n'ait plus d'impact dans le calcul du montant de couverture déficitaire lorsque son retrait ne donnera plus lieu à une inclusion dans le calcul du revenu.

Par ailleurs, un fractionnement ou un remplacement d'une action admissible, par suite d'une opération prévue à l'un des articles 536, 541 et 544 L.I.³⁴, sans contrepartie autre qu'une action, ne donne pas lieu au retrait de ladite action admissible si chaque action émise en remplacement de l'action admissible fractionnée ou remplacée est représentée par un certificat qui a été remis directement au courtier par l'émetteur ou qui a été délivré et enregistré au nom dudit courtier ou d'une personne désignée par lui³⁵. Ainsi, lorsque dans le cadre d'un échange d'actions, d'un remaniement de capital ou d'une fusion, un particulier reçoit une nouvelle action libre d'impôt, cette nouvelle action sera réputée être une action admissible qui a été incluse dans le compte RÉA II au même moment que l'action ainsi remplacée, et ce, même si la société qui a émis la nouvelle action ne constitue pas une société admissible. Par conséquent, il n'y a pas de retrait réel ou virtuel du RÉA II et le coût rajusté de chaque nouvelle action émise est égal au coût rajusté de l'action fractionnée ou remplacée déterminé immédiatement avant le fractionnement ou le remplacement, divisé par le nombre d'actions résultant dudit fractionnement ou remplacement³⁶. Toutefois, pour que ces règles s'appliquent, il est important de garder à l'esprit que le particulier ne doit pas recevoir de contrepartie autre que de nouvelles actions. Dans le cas contraire, l'action fractionnée ou remplacée sera réputée avoir été retirée du RÉA II au moment du fractionnement ou du remplacement pour un montant égal au coût rajusté déterminé à son égard immédiatement avant ce moment³⁷.

4. SOCIÉTÉ ÉMETTRICE ADMISSIBLE

Tel qu'il a été mentionné précédemment, l'objectif principal du RÉA II est de favoriser la capitalisation des sociétés québécoises et d'assurer que

³³ Une règle similaire est prévue lorsque la Déduction a été réclamée relativement à la détention d'un titre admissible d'un organisme de placement collectif admissible qui a investi dans une société qui est devenue un failli.

³⁴ Soit un échange d'actions, un remaniement de capital ou une fusion.

³⁵ Art. 965.131 et 965.75 L.I.

³⁶ Art. 965.132 L.I. Voir également l'article 965.133 L.I. en ce qui concerne une action détenue par un organisme de placement collectif admissible.

³⁷ Dernier alinéa de l'article 965.131 L.I.

l'injection de capitaux qu'il génère soit orientée vers un segment de marché qui serait moins populaire si ce n'était dudit régime. Par conséquent, seules les actions émises par une société émettrice admissible donnent droit à la Déduction en vertu du RÉA II. Si une société désire se prévaloir des règles afférentes au RÉA II afin de « lever des fonds », il sera donc essentiel pour elle de s'assurer qu'elle constitue une société émettrice admissible aux fins de la *Loi sur les impôts*.

Le concept de « société émettrice admissible » est défini à l'article 965.55 L.I. comme désignant une société décrite aux articles 965.90 à 965.116 L.I. qui n'est pas régie par une loi constituant un fonds de travailleurs, par la *Loi constituant Capital régional et coopératif Desjardins*³⁸ ou par la *Loi sur les sociétés de placements dans l'entreprise québécoise*³⁹.

Les conditions qui doivent être respectées afin qu'une société se qualifie à titre de société émettrice admissible se retrouvent essentiellement à l'article 965.90 L.I. Ainsi, une société devra respecter les six conditions y énoncées, alors que le solde des articles inclus à la section I du chapitre IV du titre VI.5 L.I. ne vise qu'à décrire les modalités d'application desdites conditions et les exceptions à celles-ci.

4.1. ÉMISSION PUBLIQUE D' ACTIONS

En premier lieu, une société doit faire une émission publique d'actions afin de se qualifier à titre de société émettrice admissible. Une émission publique d'actions est définie à l'article 965.55 L.I. comme désignant le placement d'une action conformément à un visa accordé par l'AMF après le 21 avril 2005. Par conséquent, seule une société effectuant un placement au moyen d'un prospectus ou d'un prospectus simplifié pourra se qualifier à titre de société émettrice admissible.

De plus, la société émettrice admissible devra s'assurer que toute action émise dans le cadre du RÉA II soit inscrite à la cote d'une Bourse canadienne au plus tard le 60^e jour suivant la date du visa du prospectus définitif relatif à l'émission publique d'actions⁴⁰.

³⁸ L.R.Q., c. C-6.1.

³⁹ L.R.Q., c. S-29.1.

⁴⁰ Art. 965.57 L.I.

Ainsi, les règles de l'ancien RÉA qui prévoyaient la possibilité qu'une action acquise dans le cadre de certains placements privés faisant l'objet d'une dispense de prospectus puisse se qualifier aux fins dudit régime n'ont pas été reprises lors de l'introduction du régime Accro PME. La seule exception à ce principe est prévue à l'article 965.76 L.I., soit dans le cas où une société émet des actions du trésor à un organisme de placement collectif admissible. Dans un tel cas, le placement peut avoir lieu conformément à une dispense de prospectus prévue au paragraphe 2 de l'article 2.10 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*⁴¹. Par conséquent, toute action acquise par un particulier dans le cadre d'un placement faisant l'objet d'une dispense de prospectus ne saurait donner lieu à une Déduction dans le cadre du RÉA II.

Le concept d'émission publique d'actions est également pertinent aux fins de l'application des cinq autres conditions qui doivent être respectées afin qu'une société se qualifie à titre de société émettrice admissible puisque lesdites conditions doivent être remplies à la date du visa du prospectus définitif ou à la date de dispense de prospectus dans le cas d'un placement privé effectué en faveur d'un organisme de placement collectif admissible⁴², selon le cas. Par conséquent, dans le présent texte, une référence à la « Date d'effet » s'entend généralement de la date du visa du prospectus définitif en vertu duquel les actions admissibles font l'objet du placement. La seule exception est dans le cas d'un placement privé en faveur d'un organisme de placement collectif admissible, auquel cas l'expression « Date d'effet » s'entend de la date de clôture du placement.

4.2. SOCIÉTÉ CANADIENNE

En deuxième lieu, une société émettrice ne sera admissible aux fins du RÉA II que dans la mesure où elle est une société canadienne à la Date d'effet. Une société canadienne est définie à l'article 1 et au paragraphe 5701) L.I. comme une société : i) qui réside au Canada et qui a été constituée en vertu des lois du Canada; ou ii) qui a résidé au Canada en tout temps depuis le 18 juin 1971. Ainsi, une société constituée en vertu d'une loi étrangère ne saurait se qualifier à titre de société émettrice admissible (et ce, même si elle exerce ses activités principalement au Québec), à moins qu'elle n'ait été constituée avant le 18 juin 1971 et qu'elle n'ait résidé au Canada depuis cette date.

⁴¹ A.M. 2005-20, 2005 G.O. 2, 4907.

⁴² La date de dispense de prospectus est la date de clôture du placement privé.

4.3. ACTIF

4.3.1. Règle générale

Afin d'assurer que les investissements soient orientés vers des sociétés de plus petite taille qu'en vertu de l'ancien RÉA, tout en augmentant l'accès au capital pour un plus grand nombre de sociétés publiques québécoises par suite de la chute des marchés boursiers en 2008-2009, seule une société ayant un actif inférieur à 200 M\$ peut se qualifier à titre de société émettrice admissible.

4.3.2. Calcul de l'actif

L'actif d'une société est celui montré à ses états financiers soumis aux actionnaires pour sa dernière année d'imposition terminée avant la Date d'effet⁴³. Lorsque de tels états financiers n'ont pas été préparés (par exemple, parce que la Date d'effet survient peu de temps après la fin de l'année d'imposition de la société qui n'a pas encore eu le temps de préparer ses états financiers⁴⁴) ou lorsque les états financiers n'ont pas été préparés conformément aux principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR »), l'actif est celui qui serait montré aux états financiers si ceux-ci avaient été préparés conformément aux PCGR.

Si cette règle peut sembler simple d'application, cela n'est pas nécessairement le cas. Ainsi, plusieurs dispositions de la *Loi sur les impôts* visent à expliquer de quelle façon se calcule l'actif d'une société. Par exemple, lorsqu'une société en est à son premier exercice financier à la Date d'effet, on doit se référer à ses états financiers d'ouverture au début de son premier exercice financier plutôt qu'aux états financiers pour sa dernière année d'imposition terminée avant la Date d'effet⁴⁵. De plus, dans le cas d'une société qui a modifié son exercice financier dans les 365 jours précédant la Date d'effet, le test de l'actif doit être respecté pour chacune des années d'imposition terminées dans ladite période de 365 jours précédant la

⁴³ Art. 965.64 L.I.

⁴⁴ Aux fins d'obtenir une décision anticipée de la part de Revenu Québec dans de telles circonstances, un projet d'états financiers pourra être soumis à Revenu Québec, accompagné d'un certificat d'un administrateur certifiant que les états financiers qui seront soumis aux actionnaires seront similaires au projet d'états financiers sur lequel est basée la demande de décision anticipée.

⁴⁵ Par. 965.68a) L.I.

Date d'effet⁴⁶. Enfin, lorsque la société émettrice résulte d'une fusion ayant eu lieu dans les 365 jours précédant la Date d'effet, son actif sera égal au plus élevé de deux montants, soit l'actif de la société résultant de la fusion **ou** le total de l'actif de chacune des sociétés remplacées. Dans ce dernier cas, on doit se référer aux états financiers soumis aux actionnaires pour chacune des années d'imposition terminées dans les 365 jours précédant le moment de la fusion et en ne tenant compte que du montant d'actif le plus élevé pour chacune des sociétés remplacées. Comme on peut le constater, dans le cas d'une société résultant d'une fusion, le test d'actif peut s'appliquer sur une très longue période pouvant aller jusqu'à deux ans avant la Date d'effet, puisqu'on examine toute fusion ayant eu lieu dans les 365 jours précédant la Date d'effet et qu'on se réfère aux états financiers des sociétés remplacées pour chacune des années d'imposition terminées dans les 365 jours précédant la fusion⁴⁷.

Aux fins du calcul de l'actif d'une société, l'actif montré à ses états financiers doit être diminué de tout surplus de réévaluation de ses biens ainsi que du montant représentant les éléments incorporels de son actif dans la mesure où le montant indiqué à leur égard dans les états financiers excède la dépense effectuée. De plus, le montant de la dépense à l'égard de l'acquisition d'un actif intangible ne comprend pas la partie de cette dépense qui a été acquittée par la société en émettant des actions de son capital-actions⁴⁸.

4.3.3. Règles d'association

Il est important de mentionner qu'il n'y a pas lieu de regarder seulement les états financiers de la société émettrice aux fins de déterminer le montant de son actif. En effet, l'article 965.66 L.I. prévoit que dans le cas où une société est associée à une autre société dans les 12 mois précédant la Date d'effet, l'actif de la société est alors égal au total de l'actif de la société et de chacune des sociétés avec laquelle elle est associée, déterminé de la façon indiquée ci-dessus. À cette fin, l'actif doit être réduit du montant des placements que les sociétés détiennent les unes dans les autres ainsi que du solde des comptes inter-sociétés. Néanmoins, l'actif doit être calculé en effectuant toute combinaison possible à l'égard de chaque exercice financier pertinent de chacune des sociétés associées (y compris, dans le cas d'une

⁴⁶ Par. 965.68b) L.I.

⁴⁷ Art. 965.65 L.I.

⁴⁸ Art. 965.64 L.I. *in fine*.

société associée résultant d'une fusion, l'actif des sociétés remplacées dans le cadre de la fusion)⁴⁹.

Le concept de « société associée » est utilisé à différentes fins dans la *Loi sur les impôts*. Ainsi, la notion de « société associée » aux fins du RÉA II est essentiellement la même qu'aux autres fins de la *Loi sur les impôts*⁵⁰. Néanmoins, certaines règles particulières s'appliquent lors de l'application des règles d'association aux fins du RÉA II. Ainsi, dans le but de faciliter le placement d'actions de filiales de sociétés gouvernementales, des règles spéciales sont prévues aux articles 965.69 et 965.70 L.I. En vertu de ces règles, si à la Date d'effet la société était une société émettrice admissible, n'eût été un gouvernement ou une autre société associée à un gouvernement qui lui est associé à cette date (sauf si une telle autre société est contrôlée directement ou indirectement par la société émettrice à cette date ou qu'elle l'était à un moment quelconque au cours des 12 mois précédant celle-ci), et qu'à la date où l'émission publique d'actions se termine, la société n'est plus associée à ce gouvernement ou à cette autre société, alors l'actif de la société émettrice doit être calculé sans tenir compte de l'actif du gouvernement ou de cette autre société qui ne lui est plus associée par suite de l'émission.

De façon similaire, une société qui est associée à une société à capital de risque à la Date d'effet, mais qui n'est plus associée à une telle société à capital de risque à la date de l'émission publique d'actions, n'aura pas à considérer l'actif de la société à capital de risque dans le calcul de son actif aux fins du RÉA II⁵¹. À cette fin, l'expression « société à capital de risque » est définie à l'article 965.55 L.I. comme désignant une société qui remplit **toutes** les conditions suivantes :

- a) son activité principale consiste à investir des fonds sous forme d'actions du capital-actions d'une autre société;
- b) elle participe généralement à l'administration de l'autre société dans laquelle elle investit des fonds. En vertu de cette exigence, Revenu Québec s'attend à ce que la société à capital de risque ait généralement

⁴⁹ Art. 965.67 L.I.

⁵⁰ Voir les articles 21.20 à 21.25 L.I. En vertu de l'article 965.72 L.I., toute exigence prévue aux articles 965.64 et 965.66 L.I. doit être respectée pour chacun des exercices financiers y mentionnés.

⁵¹ Art. 965.71 L.I.

un représentant au conseil d'administration des sociétés dans lesquelles elle investit des fonds;

- c) les fonds qu'elle investit dans une autre société ne sont généralement pas garantis par l'actif de celle-ci; et
- d) l'investissement initial qu'elle effectue dans une autre société n'excède pas 20 % de ses fonds disponibles pour de tels investissements. Il serait donc logique de croire qu'une société ne se qualifiera à titre de société à capital de risque que dans la mesure où elle a investi des fonds dans plusieurs sociétés, à moins qu'il ne s'agisse d'une société à capital de risque en démarrage.

Par ailleurs, l'article 21.20.4 L.I. prévoit que dans la situation où une personne détient le droit ou l'option, conditionnel ou non, d'acquérir des actions d'une société ou d'obliger une société à racheter, acquérir ou annuler des actions de son capital-actions dont d'autres personnes sont propriétaires, on doit considérer que ce droit ou cette option a été exercé. Cette présomption peut donc faire en sorte que des sociétés qui ne seraient pas autrement associées soient considérées comme étant associées entre elles, augmentant ainsi le montant total de l'actif (sur une base consolidée) de la société émettrice. Or, dans certains cas, un tel résultat n'est pas conforme aux objectifs du RÉA II. Par exemple, il est fréquent que les droits et obligations des actionnaires d'une société privée soient régis par une convention d'actionnaires. Les options et droits prévus dans une telle convention d'actionnaires peuvent faire en sorte que deux sociétés soient présumées être associées. Or, ces droits ou options prévus dans une convention d'actionnaires deviennent souvent caducs au moment de la réalisation d'un premier appel public à l'épargne. Néanmoins, puisque les sociétés ont été associées entre elles dans les 12 mois précédant la Date d'effet par l'octroi de tels droits ou options conditionnels, la société émettrice pourrait ne pas respecter le critère de la taille de l'actif même si l'association prend fin au moment de l'émission des actions admissibles qui se qualifieraient autrement au RÉA II. C'est ainsi que le 9 novembre 2007, le ministère des Finances du Québec annonçait qu'une disposition serait introduite dans la *Loi sur les impôts* afin que, dans le cadre de l'examen de l'admissibilité d'une société émettrice au RÉA II, la valeur de son actif soit déterminée sans tenir compte de la valeur de l'actif des sociétés avec laquelle la société émettrice est associée en raison de l'article 21.20.4 L.I. Toutefois, cette exception ne s'applique que pour autant que le ministre du Revenu du Québec soit satisfait que la situation d'association résulte **exclusivement** de l'application de l'article 21.20.4 L.I. et que les dispositions de la convention qui accorde les droits ou options visés à l'article 21.20.4 L.I. prévoient que

lesdits droits ou options cesseront d'exister au moment où la société émettrice réalisera une émission publique⁵².

En 2008, le ministère des Finances du Québec est intervenu de nouveau afin de restreindre l'application de l'article 21.20.4 L.I. dans le cadre du RÉA II. La situation visée par cette nouvelle règle est celle d'une société qui convient d'acquérir, conditionnellement au respect de diverses exigences (comme, par exemple, la vérification diligente), les actions du capital-actions d'une autre société. Ce droit conditionnel d'acheter les actions fait en sorte que les deux sociétés soient associées avant même que l'acquisition ait lieu. Toutefois, il n'est pas rare qu'une société veuille financer l'acquisition d'une société cible par une émission de ses actions sur les marchés publics. Toutefois, dans la mesure où l'actif consolidé de la société acquéreuse et de sa cible excédait 200 M\$, la société acquéreuse se verrait dans l'impossibilité de se qualifier à titre de société émettrice admissible aux fins du RÉA II et de lever des fonds supplémentaires pour financer l'acquisition. Dans un tel cas, il était clair que les objectifs du RÉA II n'étaient pas respectés puisqu'on ne facilitait pas l'accès aux marchés publics à une société respectant elle-même le critère de taille pour lui permettre de financer l'acquisition d'une autre société. Cette règle d'association était encore moins conforme à l'esprit du RÉA II dans la situation où l'acquisition n'avait finalement pas lieu puisque malgré le fait que la société n'aurait jamais acquis les actions de la société cible, l'actif de cette dernière aurait été considéré pour les 12 mois suivants aux fins de déterminer si la société acquéreuse constitue une société émettrice admissible aux fins du RÉA II. Ainsi, le ministère des Finances du Québec a annoncé qu'une exception serait introduite afin que, dans le cadre de l'examen de l'admissibilité d'une société émettrice au RÉA II, la valeur de l'actif de la société émettrice soit déterminée sans que soit prise en considération la valeur des actifs des sociétés dont l'association avec la société émettrice résulte exclusivement de l'application de la règle prévue à l'article 21.20.4 L.I. dans le contexte de l'application des règles concernant l'acquisition d'une filiale contrôlée⁵³.

Comme on peut le constater, il est nécessaire de demeurer vigilant pour s'assurer que toute société émettrice qui désire bénéficier du RÉA II ne soit pas associée à une autre société ou que, le cas échéant, leur actif consolidé soit inférieur à 200 M\$. À cette fin, il sera prudent d'obtenir non seulement un certificat des dirigeants de l'entreprise, mais également un certificat des

⁵² Art. 21.20.11 L.I.

⁵³ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2008-6, « Ajustements à diverses mesures fiscales », 20 juin 2008.

vérificateurs qui sont probablement mieux placés pour déterminer si les règles d'association sont applicables dans les circonstances.

4.3.4. Règle antiévitement

Une disposition antiévitement s'applique lorsqu'une société ou une société qui lui est associée a, par une opération quelconque, réduit son actif aux fins de qualifier la société émettrice de société dont l'actif est inférieur à 200 M\$. Dans un tel cas, l'article 965.73 L.I. prévoit que ledit actif est réputé ne pas avoir été réduit, sauf si la société démontre, à la satisfaction du ministre, que cette opération était nécessaire eu égard au cours normal de ses affaires.

4.4. CRITÈRE DU RATTACHEMENT AU QUÉBEC

En vertu du paragraphe 965.90c) L.I., la direction générale de la société émettrice doit s'exercer au Québec à la Date d'effet. Aux fins de déterminer si ce test est respecté, il est nécessaire d'établir si les principales politiques de la société émanent du Québec ou si les décisions à l'égard de celle-ci sont prises au Québec⁵⁴. De façon générale, si plus de la moitié des membres du conseil d'administration réside au Québec et que le principal lieu d'affaires de la société émettrice est situé au Québec, ce premier élément du test de rattachement au Québec sera respecté.

Le deuxième élément du test est que plus de la moitié des salaires versés aux employés de la société (au sens des règlements adoptés en vertu de l'article 771 L.I.) au cours de sa dernière année d'imposition terminée avant la Date d'effet doit avoir été versée à des employés d'un établissement situé au Québec. Par exemple, l'article 771R3.2 du *Règlement sur les impôts*⁵⁵ prévoit qu'un particulier est un employé d'un établissement de la société situé au Québec lorsqu'on peut raisonnablement considérer qu'il est un employé d'un établissement de la société situé au Québec (*sic*), établi en fonction de : i) l'endroit où l'employé se rapporte principalement au travail; ii) l'endroit où il exerce principalement ses fonctions; iii) son lieu principal

⁵⁴ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 965.1-3, « Régime d'épargne-actions – Corporations admissibles », 28 juin 1985, p. 1. La question de savoir depuis quand la direction générale doit s'exercer au Québec avant la Date d'effet est une question de fait qui, selon Revenu Québec, s'évalue suivant la tradition établie dans la société, c'est-à-dire de façon habituelle et continue. Voir *CCH* (en ligne), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 01-010861, 21 novembre 2001.

⁵⁵ R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

de résidence; iv) l'endroit d'où il est payé; v) l'endroit d'où s'exerce la supervision de l'employé; vi) la nature de ses fonctions; ou vii) tout autre critère semblable. Quant à la notion de « salaire », il faut tenir compte de l'ensemble des traitements et salaires provenant de la société, ce qui signifie le revenu d'emploi de chaque employé, de même que les montants versés en vertu d'une entente à une personne pour des services qui seraient normalement rendus par des employés de la société⁵⁶. Cependant, les traitements et salaires ne comprennent pas les prestations de retraite ni les allocations de retraite.

Lorsque la société émettrice résulte d'une fusion, il est alors nécessaire que plus de la moitié des salaires versés par une des sociétés remplacées au cours de sa dernière année d'imposition terminée immédiatement avant la fusion ait été versée à des employés d'un établissement situé au Québec. Il est important de remarquer que l'article 965.96 L.I., qui prévoit cette exigence dans le cas d'une fusion, ne restreint pas son application à une fusion ayant eu lieu dans les 365 jours précédant la Date d'effet. Il est toutefois difficilement concevable qu'une fusion ayant eu lieu 10 ans auparavant puisse faire en sorte que l'on doive examiner les salaires versés aux employés des sociétés remplacées lors de la fusion.

L'article 965.101 L.I. prévoit que dans le cas d'une société qui a modifié son exercice financier habituel dans les 365 jours précédant la Date d'effet, il y a lieu d'appliquer le test des salaires pour chacune des années d'imposition terminées durant cette période. Enfin, l'article 965.100 L.I. prévoit des règles spéciales pour les sociétés qui continuent l'exploitation d'une entreprise d'un autre contribuable et qui en sont à leur premier exercice financier⁵⁷.

4.5. CRITÈRE DU NOMBRE D'EMPLOYÉS

4.5.1. Objectif du test

Dans le Budget 2005-2006, le ministre des Finances du Québec a indiqué que le critère du nombre d'employés visait à « assurer que la société émettrice admissible est une société qui présente un historique commercial minimal, démontrant ainsi une certaine stabilité et laissant espérer une certaine pérennité ». Il appert que si le RÉA II vise à encourager les contribuables à investir dans des entreprises québécoises en diminuant le

⁵⁶ Art. 771R5 R.I.

⁵⁷ Nous vous invitons à lire la section 4.5.6. *infra* relativement à la continuation d'une entreprise.

risque inhérent à un tel placement, le gouvernement du Québec veut néanmoins protéger les contribuables qui pourraient être autrement disposés à investir dans des sociétés n'ayant pas vraiment d'historique d'exploitation.

4.5.2. Règle générale

Tout au long des 12 mois précédant la Date d'effet, la société émettrice doit avoir exploité une entreprise. De plus, au cours de la même période, la société émettrice doit avoir eu au moins cinq employés à plein temps qui ne sont pas des initiés au sens de l'article 89 L.V.M. ou des personnes qui leur sont liées⁵⁸. Ainsi, aux fins de déterminer si une société respecte le critère du nombre d'employés, on ne peut considérer notamment les employés suivants :

- 1) les employés à temps partiel. Le nombre d'heures qu'un particulier doit travailler par semaine pour être considéré comme un employé à plein temps dépend du nombre d'heures qui est généralement travaillé dans le même secteur d'activité à cet endroit⁵⁹. Il est important de noter que le fait d'avoir deux employés qui travaillent à temps partiel et qui, conjointement, font le travail d'un employé à temps plein ne permet pas à la société de considérer ces deux employés à temps partiel comme un employé à plein temps;
- 2) tout administrateur de la société ou d'une filiale, puisque ceux-ci constituent des initiés de la société au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières*;
- 3) tout dirigeant de la société ou d'une filiale, puisque ceux-ci constituent également des initiés au sens de l'article 89 L.V.M. Le mot « dirigeant » s'entend des personnes suivantes : le président ou vice-président du conseil d'administration, le chef de la direction, le chef de l'exploitation, le chef des finances, le président, le vice-président, le secrétaire, le

⁵⁸ L'article 5 L.V.M. définit le terme « liens » comme étant les relations entre une personne et son conjoint, ses enfants ainsi que ses parents et ses beaux-parents (s'ils partagent sa résidence), la fiducie ou la succession dans laquelle elle a un droit appréciable ou à l'égard de laquelle elle remplit des fonctions de fiduciaire, de liquidateur, ou des fonctions analogues, son associé ou une société dont elle possède des titres lui assurant plus de 10 % d'une catégorie d'actions comportant le droit de vote ou le droit de participer, sans limites, aux bénéfices et au partage en cas de liquidation.

⁵⁹ Voir l'affaire *Ben Raedarc Holdings Limited et autres c. La Reine*, 98 D.T.C. 1218 (C.C.I.).

secrétaire adjoint, le trésorier, le trésorier adjoint, le directeur général d'un émetteur, ou toute personne physique désignée en tant que telle par l'émetteur ou exerçant des fonctions similaires⁶⁰. Ainsi, toute personne faisant partie de la direction de la société ou d'une de ses filiales ne saurait être considérée aux fins de déterminer le nombre d'employés;

- 4) une personne qui exerce le contrôle sur plus de 10 % des droits de vote rattachés à l'ensemble des titres avec droit de vote de la société qui sont en circulation, à l'exception des titres pris fermes et en voie de placement⁶¹;
- 5) si la personne qui exerce une emprise sur plus de 10 % des droits de vote est elle-même une société, alors tout administrateur ou dirigeant de cette société sera également considéré comme un initié de la société émettrice.

4.5.3. Exceptions

L'article 965.91 L.I. prévoit des présomptions qui permettront à une société, dans certaines situations exceptionnelles, de remplir le critère du nombre d'employés même si elle n'a pas au moins cinq employés à temps plein tout au long des 12 mois précédant la Date d'effet.

Ainsi, une société est réputée avoir eu au moins cinq employés à plein temps lorsque :

- i) une catégorie de son capital-actions est inscrite à la cote d'une Bourse canadienne tout au long des 12 mois qui précèdent la Date d'effet; et
- ii) une personne⁶² ou une société de personnes a fourni à la société, **tout au long** de la période de 12 mois précédant la Date d'effet, des services dans le cadre d'un contrat de services et que la société devrait normalement

⁶⁰ Art. 5 L.V.M.

⁶¹ En vertu de l'article 90 L.V.M., une personne qui est propriétaire d'actions ou qui les contrôle est considérée comme exerçant une emprise sur celles-ci. De plus, en vertu de l'article 91 L.V.M., toute personne qui peut exercer à son gré le droit de vote afférent à des titres qui ne lui appartiennent pas est réputée exercer une emprise sur ceux-ci. La *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit d'autres règles et présomptions qui devront être examinées attentivement aux fins de déterminer si le critère du nombre d'employés est respecté.

⁶² Une fois de plus, cette personne ne saurait être un initié au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* ou une personne qui lui est liée.

utiliser les services **de plus** de cinq employés à plein temps si ces services ne lui étaient pas fournis.

Cette règle, qui s'applique aux sociétés inscrites à une Bourse depuis plus de 12 mois (et ayant donc démontré un certain historique d'exploitation) qui utilisent des sous-traitants, vise essentiellement à couvrir le cas des sociétés minières qui n'ont généralement pas d'employés, sauf les administrateurs et dirigeants, et qui utilisent le produit de leurs émissions afin d'accorder des contrats de prospection à des sous-traitants. Si cette exception peut effectivement être utilisée par des sociétés minières, il est néanmoins important de souligner que les sous-traitants doivent avoir fourni leurs services **tout au long** de la période de 12 mois précédant la Date d'effet. Ainsi, nous comprenons que Revenu Québec considérera que ce test n'est pas respecté dans le cas où des sous-traitants effectuent le travail de plus de 10 employés mais seulement pendant une période de 6 mois. De plus, il est intéressant de noter qu'afin de respecter cette présomption, il est nécessaire de démontrer que, n'eussent été les sous-traitants, la société aurait dû utiliser les services de plus de cinq employés à plein temps, alors que le critère du nombre d'employés ne nécessite que cinq employés à plein temps.

En 2006, le ministère des Finances a voulu reconnaître que des entreprises saisonnières qui sont exploitées de façon intensive durant une période de moins de 12 mois annuellement peuvent présenter un historique commercial minimal démontrant une certaine stabilité, soit l'objectif de la règle du nombre d'employés. Cependant, étant donné que le critère doit généralement être rempli tout au long de la période de 12 mois précédant la Date d'effet, tel qu'il a été mentionné ci-dessus, les entreprises saisonnières n'étaient pas en mesure de se qualifier pour le RÉA II (à l'époque, le régime Accro PME). C'est ainsi que dans son *Bulletin d'information* 2006-6⁶³, le ministère des Finances a annoncé qu'une société pourrait se qualifier au RÉA II dans la mesure où elle a eu à son service au moins cinq employés à plein temps, qui ne sont pas des initiés ou des personnes liées à ceux-ci, tout au long d'une période d'activité saisonnière qui précède la Date d'effet. À cet égard, la société sera tenue de démontrer que la durée d'exploitation continue de son entreprise saisonnière est comparable à celle des autres entreprises qui exercent leurs activités dans le même secteur et ce fait devra être confirmé dans la décision anticipée émise par Revenu Québec. D'ailleurs, Revenu Québec semble d'avis que la société émettrice qui veut

⁶³ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2006-6, « Ajustements à diverses mesures fiscales et harmonisation à la législation fédérale », 20 décembre 2006. Cette nouvelle règle se retrouve au paragraphe 965.91b) L.I.

bénéficiaire de cette exception doit se trouver dans un secteur d'activité où une exploitation saisonnière est usuelle, par opposition à la situation où les activités saisonnières sont dues aux circonstances particulières de la société.

4.5.4. Fusion

Lorsque la société émettrice résulte d'une fusion ayant eu lieu dans les 12 mois précédant la Date d'effet, le critère du nombre d'employés doit être respecté non seulement par la société émettrice, mais également par une des sociétés remplacées qui doit avoir rempli ce test tout au long de la partie, précédant le moment de la fusion, de la période de 12 mois qui se termine à la Date d'effet⁶⁴. Prenons l'exemple de XCo et YCo qui ont fusionné le 30 juin 2009 pour devenir XYCo. XYCo effectue une émission publique d'actions le 31 octobre 2009. Ainsi, XCo ou YCo devra respecter le critère du nombre d'employés pour la période du 1^{er} novembre 2008 au 30 juin 2009, alors que XYCo devra respecter ce test du 1^{er} juillet 2009 au 31 octobre 2009. De plus, l'article 965.97 L.I. prévoit une règle similaire dans le cas de fusions successives. Ainsi, dans notre exemple précédent, si XCo ou YCo provenait d'une fusion ayant eu lieu dans les 12 mois précédant la Date d'effet, soit depuis le 1^{er} novembre 2008, il serait alors nécessaire d'appliquer le critère du nombre d'employés à une des sociétés remplacées lors de cette fusion.

4.5.5. Liquidation

Des règles similaires à celles décrites ci-dessus en cas de fusion s'appliquent lorsqu'il y a eu, dans les 12 mois précédant la Date d'effet, liquidation d'une filiale au sens de l'article 556 L.I., soit une liquidation d'une filiale dont au moins 90 % des actions émises de son capital-actions appartiennent à la société mère immédiatement avant la liquidation. Ainsi, l'article 965.98 L.I. prévoit que le critère du nombre d'employés sera respecté dans la mesure où la société émettrice respecte celui-ci depuis la date de la liquidation et que le critère était rempli par la filiale tout au long de la partie de la période de 12 mois qui se termine à la Date d'effet précédant le moment de la liquidation. Cette disposition permet donc de considérer les employés de la filiale aux fins de déterminer si le critère du nombre d'employés est respecté. Encore ici, les présomptions pour les sociétés utilisant des sous-traitants et celles exploitant des entreprises

⁶⁴ Art. 965.96 (2^e al.) L.I. Cette disposition prévoit également les mêmes présomptions que celles décrites ci-dessus pour l'utilisation de sous-traitants et pour les entreprises saisonnières.

saisonniers sont prévues à l'article 965.98 L.I., alors que le cas des liquidations successives est couvert par l'article 965.99 L.I.

4.5.6. Continuation d'une entreprise

Enfin, des règles similaires s'appliquent dans le cas d'une société qui continue l'exploitation d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise qu'un autre contribuable exploitait auparavant⁶⁵. Pour que ces règles s'appliquent, la continuation d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise doit résulter : i) soit de l'acquisition ou de la location, par la société émettrice, de biens de l'autre contribuable qui exploitait une entreprise dans laquelle il utilisait ces biens tout au long de la période visée; ou ii) de l'exploitation par la société émettrice d'une nouvelle entreprise qui peut raisonnablement être considérée dans les faits comme constituant le prolongement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise exploitée par l'autre contribuable. Évidemment, il s'agit d'une question de fait et il appartiendra à la société émettrice qui demande une décision anticipée de convaincre Revenu Québec qu'il y a effectivement continuation d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise, de façon que l'on puisse considérer la période de temps où le critère du nombre d'employés était respecté par l'autre contribuable (et non la société émettrice) dans la période de 12 mois précédant la Date d'effet. Une fois de plus, la *Loi sur les impôts* prévoit les mêmes présomptions que celles décrites ci-dessus pour l'utilisation de sous-traitants et l'exploitation d'une entreprise saisonnière par l'autre contribuable.

4.6. CRITÈRE DU 50 % DE LA VALEUR DES BIENS

4.6.1. Objectif

Si le RÉA II vise à assurer une meilleure capitalisation des entreprises québécoises, le ministère des Finances du Québec a également voulu limiter cet encouragement aux placements dans des sociétés commerciales actives. Ainsi, le critère du 50 % de la valeur des biens vise à exclure les sociétés de portefeuille de la possibilité de se qualifier aux fins du RÉA II⁶⁶. Essentiellement, l'objectif de la règle de 50 % de la valeur des biens vise à écarter du RÉA II les sociétés dont le profil financier ne témoigne pas d'une difficulté particulière à obtenir du capital. Ainsi, dans la mesure où la majorité des actifs d'une société ne sont pas utilisés dans le cadre de ses

⁶⁵ Art. 965.100 L.I.

⁶⁶ Sous réserve des commentaires que l'on retrouve à la section 4.6.5. *infra*.

activités, mais sont plutôt détenus de façon passive, comme de l'argent ou des placements, celle-ci n'a pas le profil que le gouvernement québécois cherche à encourager avec le RÉA II.

4.6.2. Règle générale

En vertu du paragraphe 965.90e) L.I., pas plus de 50 % de la valeur des biens d'une société émettrice, telle qu'elle est montrée à ses états financiers soumis aux actionnaires pour sa dernière année d'imposition terminée avant la Date d'effet, ne peut être constituée de la valeur de l'argent en caisse ou en dépôt, d'actions, de parts, de billets, de débetures, d'obligations, de tout autre titre de créance, de certificats de placement garanti, d'unités d'une fiducie de fonds commun de placement, d'unités qui représentent une part indivise dans un projet ou un bien ou des droits de souscription ou d'achat de telles actions qui ne sont pas des placements admissibles décrits à l'article 965.92 L.I. Ce dernier article prévoit qu'un placement dans une autre société sera admissible dans les cas suivants :

- 1) des actions représentant au moins 20 % des actions avec droit de vote d'une société qui répond au critère du 50 % de la valeur des biens. Ainsi, un placement important dans une société en exploitation ne sera pas considéré comme un placement de type passif aux fins de l'application de ces règles;
- 2) des billets, des débetures, des obligations ou d'autres titres de créance émis par une société décrite ci-dessus au paragraphe 1) ou des actions sans droit de vote de cette société. En d'autres mots, si XCo détient 25 % des actions avec droit de vote et 15 % des actions sans droit de vote de YCo, les actions avec droit de vote **et** les actions sans droit de vote détenues par XCo dans le capital-actions de YCo seront un investissement admissible;
- 3) des débetures, obligations ou parts émises par une coopérative, autre qu'une caisse d'épargne et de crédit, qui satisfait au critère du 50 % de la valeur des biens;
- 4) des billets ou autres titres de créance obtenus dans le cours ordinaire de ses affaires et détenus par une banque, par un organisme régi par la *Loi sur les sociétés d'assurances*⁶⁷ ou par la *Loi sur les assurances*⁶⁸, par

⁶⁷ L.C. 1991, c. 47.

⁶⁸ L.R.Q., c. A-32, a. 420.

une société munie d'une licence autrement autorisée par les lois du Canada ou d'une province à offrir les services de fiduciaire ou par toute autre société dont l'entreprise principale est le prêt d'argent ou l'achat de créances;

- 5) les biens décrits dans un inventaire par une société qui exerce l'activité de courtier.

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, aux fins de déterminer la nature des biens détenus par une société émettrice et la valeur de ceux-ci, on doit se référer à ses états financiers pour sa dernière année d'imposition terminée avant la Date d'effet. L'article 965.93 L.I. prévoit que le ministre du Revenu du Québec peut requérir de la société émettrice tout document qu'il juge nécessaire à cet égard, y compris la production d'états financiers non consolidés. En effet, il est important de souligner que toutes les conditions prévues à l'article 965.90 L.I. doivent être respectées par la société émettrice elle-même, et non de façon globale par elle et ses filiales. Par exemple, si la société mère a trois employés à plein temps et sa filiale en propriété exclusive a deux employés à plein temps, le critère du nombre d'employés n'est pas respecté. De façon similaire, lorsqu'on applique le critère du 50 % de la valeur des biens, on doit se référer uniquement aux biens de la société émettrice, d'où la nécessité de consulter les états financiers non consolidés.

Dans le cas d'une société qui en est à son premier exercice financier, on doit se référer aux états financiers au début de celui-ci⁶⁹. Lorsque la société émettrice a modifié son exercice financier usuel au cours des 365 jours précédant la Date d'effet, autrement que par suite d'une fusion, on doit alors se référer à ses états financiers pour chacune des années d'imposition terminées durant cette période⁷⁰. Évidemment, dans le cas d'une société émettrice issue d'une fusion ayant eu lieu dans les 365 jours précédant la Date d'effet, on doit se référer non seulement aux états financiers de la société émettrice délivrés pendant cette période, mais également à ceux de la société remplacée mentionnée aux articles 965.96 et 965.97 L.I.⁷¹ Ainsi, dans le cas d'une fusion, la société remplacée qui satisfait au critère du nombre d'employés doit également être celle qui satisfait au critère du 50 % de la valeur des biens. Il doit donc y avoir une société remplacée qui satisfait aux

⁶⁹ Par. 965.102a) L.I.

⁷⁰ Par. 965.102b) L.I.

⁷¹ Par. 965.102c) L.I.

deux tests pour que la société émettrice puisse se qualifier aux fins du RÉA II.

4.6.3. Société œuvrant dans le domaine de la recherche scientifique et du développement expérimental

Comme on peut le constater, le critère du 50 % de la valeur des biens fait en sorte que les sociétés qui ont beaucoup de liquidités ne peuvent bénéficier de l'accès au RÉA II. Or, les sociétés dont les activités sont concentrées dans le domaine de la recherche scientifique et du développement expérimental (ci-après « RS & DE ») doivent généralement avoir les fonds suffisants pour couvrir les coûts de leur projet de RS & DE pour les années subséquentes, afin de démontrer aux investisseurs qu'elles sont en mesure de mener à terme leur projet et de le commercialiser par la suite. En raison de ce fait, il n'est pas rare qu'une partie importante des éléments d'actif de ce type de société soit sous forme de liquidités. Par conséquent, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une société dans le domaine de la RS & DE ne puisse satisfaire au critère du 50 % de la valeur des biens malgré le fait qu'elle se conforme aux normes de son industrie. C'est ainsi que l'article 965.103 L.I. prévoit une règle d'exception en ce qui concerne ce type de société.

Ainsi, lorsque la majeure partie du produit d'une émission publique d'actions est utilisée pour le financement de RS & DE effectuée au Québec, la société peut choisir (il ne s'agit donc pas d'une obligation) que les règles suivantes s'appliquent aux fins de déterminer si le critère du 50 % de la valeur des biens est respecté :

- 1) plutôt que de se référer à ses états financiers pour sa dernière année d'imposition terminée avant la Date d'effet, elle peut se référer à ses derniers états financiers intérimaires avant la Date d'effet, vérifiés et soumis aux actionnaires;
- 2) le paragraphe 965.90e) L.I., qui énonce le critère du 50 % de la valeur des biens, doit se lire sans tenir compte des mots « de l'argent en caisse ou en dépôt » et « de billets, de débiteures, d'obligations, de tout autre titre de créance, de certificats de placements garantis »;
- 3) la valeur des biens de la société émettrice est augmentée du montant des dépenses pour de la RS & DE qu'elle a effectuée au Québec au cours des années d'imposition terminées dans la période de 60 mois consécutifs se terminant à la date des états financiers utilisés et, dans le cas d'états financiers intérimaires, des dépenses pour de la RS & DE effectuée au

Québec pendant la période couverte par lesdits états financiers intérimaires.

Ces règles permettent donc une plus grande flexibilité pour les sociétés qui effectuent de la RS & DE, puisque certains biens qui ne seraient pas autrement admissibles n'ont pas à être considérés dans l'application du critère du 50 % de la valeur des biens et la valeur totale des biens de la société émettrice est augmentée par ses dépenses de RS & DE; il y a donc diminution possible du numérateur et augmentation du dénominateur aux fins de déterminer le pourcentage de la valeur des biens.

4.6.4. Exception du changement important

Les sociétés exerçant leurs activités dans le domaine de la RS & DE ne sont pas les seules qui peuvent avoir un besoin important de liquidités, tout en étant des sociétés véritablement en exploitation. Dans certains cas, il n'est pas possible pour une société d'obtenir tout le financement dont elle a besoin lors d'un seul placement et elle peut donc être dans l'obligation de lever du financement à plusieurs reprises au cours d'une période de 12 mois. Prenons l'exemple de XCo dont l'exercice financier se termine le 31 décembre de chaque année. À la fin de l'année 2008, XCo a fait un placement de ses titres par le biais duquel elle a levé des fonds. Les liquidités générées par cette émission se retrouvent donc entièrement dans ses états financiers au 31 décembre 2008. En novembre 2009, XCo a dépensé la majeure partie des fonds levés en 2008, et elle a besoin d'un nouveau financement pour ses activités futures. Le moment le plus propice afin de lever des fonds sur les marchés boursiers est en fin d'année civile mais, malheureusement pour XCo, elle ne remplit pas le critère du 50 % de la valeur des biens compte tenu du placement effectué en décembre 2008, et ce, même si, en novembre 2009, cet argent est presque entièrement dépensé.

Puisque l'objectif du RÉA II serait respecté dans le cas de XCo, mais que cette dernière ne satisfait pas au critère du 50 % de la valeur des biens, le ministère des Finances du Québec a introduit l'article 965.104 L.I. En vertu de cette disposition, si un changement important est survenu relativement à la composition des biens d'une société entre la fin de sa dernière année d'imposition et la Date d'effet et que le ministre est d'avis que les objectifs du RÉA II sont atteints, le ministre peut se référer à tout document qu'il estime approprié dans les circonstances aux fins d'appliquer le critère du 50 % de la valeur des biens, y compris les derniers états financiers intérimaires vérifiés de la société, préparés avant la Date d'effet et soumis aux actionnaires. Pour l'application de cette règle, un changement important s'entend d'une diminution d'au moins 25 points de pourcentage de la valeur

des biens non admissibles. Ainsi, dans l'exemple mentionné ci-dessus, XCo pourrait demander au ministre d'exercer sa discrétion de façon à être considérée comme respectant l'exigence du 50 % de la valeur des biens, dans la mesure où les autres conditions applicables dans le cadre du RÉA II sont remplies.

4.6.5. Société de portefeuille

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, l'objectif du critère du 50 % de la valeur des biens est de s'assurer que le RÉA II ne profite qu'à des sociétés commerciales actives. Toutefois, le ministère des Finances du Québec reconnaît qu'il peut être approprié pour une société qui n'exploite pas activement une entreprise d'être reconnue à titre de société émettrice admissible de façon exceptionnelle. C'est notamment le cas pour une société de portefeuille dont au moins une des filiales respecte les différentes exigences prévues par la *Loi sur les impôts* pour se qualifier à titre de société émettrice admissible. Ainsi, l'article 965.94 L.I. prévoit qu'une société de portefeuille peut être une société émettrice admissible si elle remplit les conditions suivantes :

- 1) elle est une société canadienne qui a son siège social ou son principal lieu d'affaires au Québec;
- 2) la presque totalité de ses biens⁷² consiste en des actions du capital-actions d'une ou de plusieurs filiales contrôlées par elle ou en des prêts ou avances consentis à de telles filiales. L'article 1 L.I. définit l'expression « filiale contrôlée » comme signifiant une société dont plus de 50 % du capital-actions émis ayant plein droit de vote en toutes circonstances appartient à la société dont elle est la filiale;
- 3) une des filiales mentionnées au paragraphe 2) ci-dessus doit satisfaire aux exigences des paragraphes 965.90a) à 965.90c) et 965.90e) L.I. et, tout au long des 12 mois précédant la Date d'effet, cette filiale doit avoir exploité une entreprise et avoir eu au moins cinq employés à plein temps qui ne sont pas des initiés ou des personnes qui leur sont liées. Ainsi, une seule filiale doit satisfaire à toutes ces conditions pour que l'exception relative aux sociétés de portefeuille puisse être applicable;

⁷² Cette expression est généralement interprétée par Revenu Québec comme signifiant au moins 90 %.

- 4) pas plus de 50 % de la valeur des biens de la société émettrice, tel qu'il est montré aux derniers états financiers **consolidés** de celle-ci soumis aux actionnaires pour sa dernière année d'imposition terminée avant la Date d'effet, est constituée des biens de type passif mentionnés au paragraphe 965.90e) L.I. Cette dernière règle est une exception au principe fondamental voulant que les règles de qualification ne s'appliquent que sur une base individuelle à la société émettrice (ou, dans certains cas, à une filiale). Aux fins de l'exception visant les sociétés de portefeuille, non seulement une filiale doit satisfaire au critère du 50 % de la valeur des biens, mais le groupe de sociétés sur une base consolidée doit également y satisfaire. Cette dernière exigence cherche à éviter qu'une société qui a des liquidités importantes puisse se qualifier au motif qu'elle a une filiale exploitante de petite taille qui respecte le critère du 50 % de la valeur des biens. De même, cette règle a pour but d'empêcher un groupe de sociétés de contourner le critère du 50 % de la valeur des biens en retirant des placements non admissibles de la filiale qui satisfait aux autres exigences du RÉA II en payant un dividende à sa société mère ou en les transférant à une société sœur.

4.6.6. Société émettrice admissible désignée

La Bourse de croissance TSX a créé le programme de société de capital de démarrage. De façon générale, une société de capital de démarrage est une société « coquille », autorisée à faire une émission publique d'actions pour un montant limité, qui inscrit ses actions à la cote de la Bourse de croissance TSX. À compter de son inscription, et pour une période pouvant atteindre jusqu'à 18 mois, les activités de la société de capital de démarrage viseront à déterminer les éléments d'actif importants qu'elle veut acquérir et à procéder à ladite acquisition. Cette deuxième étape mène donc habituellement à la création d'une nouvelle entreprise ou à la continuation d'une entreprise existante en combinant les liquidités de la société de capital de démarrage avec les actifs d'une autre société acquise par l'entremise d'un achat, d'un regroupement, d'une fusion, d'un arrangement ou d'un autre type d'opération (ci-après « opération admissible »)⁷³.

Le ministère des Finances du Québec a cru bon de faciliter le financement des sociétés de capital de démarrage en prévoyant que Revenu Québec peut accorder la désignation de société émettrice admissible à une société qui réalisera une émission publique d'actions même si elle ne satisfait pas au critère du 50 % de la valeur des biens. Ainsi, dans le cas

⁷³ Voir la définition d'une « opération admissible » à l'article 965.55 L.I.

d'une société de capital de démarrage, le critère du 50 % de la valeur des biens doit être appliqué en ne tenant pas compte des liquidités de la société devant être utilisées dans le cadre de la réalisation de son opération admissible. Toutefois, en vertu de l'article 965.95 L.I., la majeure partie du produit de l'émission doit être utilisée pour réaliser une opération admissible dont l'objectif consiste en la continuation d'une entreprise existante qui, si elle avait été exploitée par la société de capital de démarrage tout au long des 12 mois précédant la Date d'effet, aurait permis à celle-ci de satisfaire aux exigences des paragraphes 965.90c) et 965.90d) L.I. Enfin, compte tenu probablement du caractère exceptionnel de ce programme, le ministère des Finances du Québec a pris soin d'accorder une discrétion supplémentaire à Revenu Québec en prévoyant au paragraphe 965.95e) L.I. qu'une telle société ne constituera une société émettrice admissible désignée que dans la mesure où le ministre est d'avis que l'émission publique d'actions respecte les objectifs du RÉA II.

4.7. SOCIÉTÉ ÉMETTRICE NON ADMISSIBLE

4.7.1. Généralités

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, une société émettrice sera admissible au RÉA II dans la mesure où elle respecte les six conditions énoncées à l'article 965.90 L.I., selon les modalités d'application prévues aux articles 965.91 à 965.104 L.I. Néanmoins, il est important dans tous les cas de se référer aux articles 965.105 à 965.116 L.I. puisque ces dispositions prévoient des règles en vertu desquelles une société qui serait autrement admissible au RÉA II peut devenir une société non admissible.

4.7.2. Interdiction d'achat ou de rachat d'actions

Une société émettrice qui serait autrement admissible au RÉA II ne peut être reconnue comme telle si, au cours de la période qui débute le premier jour de la cinquième année civile précédant l'année civile au cours de laquelle la Date d'effet a lieu (ci-après « Période »), elle a acheté ou racheté de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, une action de son capital-actions qui n'est pas une action décrite à l'article 965.106 L.I. Étant donné que le RÉA II a pour objectif d'assurer une meilleure capitalisation des entreprises québécoises, cette règle vise à assurer que le régime n'est pas utilisé pour recapitaliser une entreprise qui a « récemment » utilisé ses liquidités pour réduire son capital en achetant ou rachetant des actions. Ainsi, une société qui effectue une émission publique d'actions en octobre 2009 ne devra pas avoir acheté ou racheté d'actions de son capital-actions depuis le 1^{er} janvier 2004. Néanmoins, l'article 965.106 L.I. permet

le rachat : i) d'une action qui est une fraction d'actions; ii) d'actions qui, en vertu des conditions relatives à leur émission, peuvent être rachetées par la société émettrice ou être achetées par quiconque⁷⁴; ou iii) d'une action achetée ou rachetée dans le but de satisfaire aux exigences d'une loi ou à la réglementation d'un secteur d'activité.

Toutefois, une société peut régulariser la situation grâce à une émission de couverture, c'est-à-dire en émettant des actions qui ne sont pas admissibles au RÉA II pour un montant au moins égal au montant de l'achat ou du rachat antérieur. La société ayant été « recapitalisée » dans une telle situation, il est conforme à l'esprit du RÉA II de permettre à cette société de bénéficier du régime.

L'article 965.107 L.I. prévoit des règles similaires à ce qui est prévu ci-dessus dans la situation où une société a effectué, au cours de la Période, une opération, une transaction ou une série d'opérations ou de transactions et que, de l'avis du ministre du Revenu du Québec, il est raisonnable de croire qu'une telle opération ou série équivaut au rachat d'une action qui n'est pas une action décrite à l'article 965.108 L.I.⁷⁵ (ci-après « Transaction »). De façon plus particulière, il est prévu que le ministre du Revenu peut exercer ce pouvoir notamment lorsque des actions du capital-actions d'une société sont acquises par une personne liée à celle-ci. Dans un tel cas, la société émettrice peut encore régulariser la situation en effectuant une opération de couverture, c'est-à-dire une émission d'actions qui ne sont pas admissibles au RÉA II. À cet égard, l'article 965.109 L.I. prévoit que le montant pertinent est celui qui, de l'avis du ministre du Revenu, n'est pas inférieur à celui qui aurait été déboursé pour l'acquisition des actions qui, si ce n'était de la Transaction équivalant à un rachat ou achat, auraient été achetées ou rachetées.

Enfin, l'article 965.110 L.I. prévoit qu'une société émettrice ne sera pas admissible au RÉA II si pendant la Période, l'avoir net des actionnaires a été affecté de quelque manière que ce soit et que, de l'avis du ministre, il est raisonnable de croire qu'une telle opération équivaut au rachat d'une action de son capital-actions qui n'est pas une action décrite à l'article 965.111

⁷⁴ Cette condition ne sera respectée que si l'action n'a pas été reçue dans le cadre d'une distribution importante de surplus ou par suite d'une opération visée à l'un des articles 301, 536, 541 et 544 L.I., relativement à une action qui satisfait, lors de son émission, à l'exigence du paragraphe 965.74b) L.I. ou relativement à toute autre action substituée à une telle action.

⁷⁵ Les actions exclues en vertu de l'article 965.108 L.I. sont essentiellement les mêmes que celles exclues par l'article 965.106 L.I.

L.I.⁷⁶ (ci-après « Réduction »). À cette fin, le dernier alinéa de l'article 965.110 L.I. prévoit que le ministre peut notamment conclure qu'une Réduction ayant touché l'avoir net des actionnaires équivaut au rachat d'une action lorsqu'une société a procédé à une distribution importante de ses surplus, à l'exception d'une telle distribution en actions de son capital-actions. Ainsi, un dividende ayant eu pour effet de créer un déficit sera probablement visé par l'article 965.110 L.I. Une fois de plus, la société émettrice pourra régulariser la situation grâce à une émission de couverture, c'est-à-dire en émettant des actions qui ne sont pas admissibles au RÉA II.

Par ailleurs, l'article 965.113 L.I. prévoit que l'obligation de couverture décrite ci-dessus n'est pas applicable dans la mesure où le montant par lequel le capital-actions d'une société émettrice a été réduit par suite d'un rachat ou d'un achat, d'une Transaction ou d'une Réduction (de même que par suite d'une telle opération durant la période de 365 jours qui se termine immédiatement avant le moment de la réduction du capital-actions) est inférieur à 5 % du capital versé (ci-après « CV ») des actions de son capital-actions⁷⁷ et du CV relatif aux droits de souscrire à de telles actions⁷⁸ (ci-après « Règle du 5 % »). Cette règle est logique (et même nécessaire si on veut assurer la survie du RÉA II) puisque, en vertu des règles de valeurs mobilières, les sociétés publiques ont habituellement le droit de racheter jusqu'à 5 % de leurs actions au cours d'une période de 12 mois. Par exemple, le paragraphe 4.8(3) du *Règlement 62-104 sur les offres publiques d'achat et de rachat*⁷⁹ prévoit une dispense de procéder par la voie d'une offre publique de rachat lorsque le nombre total des titres acquis par la société au cours d'une période de 12 mois ne représente pas plus de 5 % des titres de la catégorie visée qui étaient en circulation au début de la période. Il

⁷⁶ Les actions exclues à l'article 965.111 L.I. sont les mêmes qu'à l'article 965.106 L.I., sauf qu'on ne fait pas référence aux actions achetées ou rachetées dans le but de satisfaire aux exigences d'une loi ou à la réglementation d'un secteur d'activité. Toutefois, les articles 965.110 et 965.112 L.I. prévoient qu'une opération, transaction ou série d'opérations ou de transactions effectuée dans le but de satisfaire aux exigences d'une loi ou à la réglementation d'un secteur d'activité n'aura pas pour effet de rendre une société non admissible au RÉA II.

⁷⁷ Autres que des actions décrites aux articles 965.106, 965.108 et 965.111 L.I.

⁷⁸ Le CV d'une action est défini à l'article 965.55 L.I. comme désignant le montant montré à ses livres au compte capital-actions à l'égard de cette action, ainsi que tout montant montré par ailleurs à ses livres et reçu en considération de cette action. Quant au CV d'un droit de souscription, il est composé du montant montré aux livres de la société au compte capital-actions à l'égard de ce droit et reçu en considération de ce droit.

⁷⁹ R.R.Q., c. V.1.1, r.0.1.04.

est toutefois important de noter qu'en vertu de cette règle, la limite de 5 % est déterminée en fonction des titres de la catégorie alors que, aux fins du RÉA II, on doit calculer la limite en fonction de la réduction du CV (et non du montant de l'opération). Il est donc possible qu'une société ait respecté les règles de valeurs mobilières mais qu'elle soit empêchée d'effectuer une émission admissible au RÉA II.

Une autre exception est prévue à l'article 965.114 L.I. relativement à une société qui n'a jamais fait une émission publique d'actions faisant l'objet d'une stipulation selon laquelle elle pouvait faire l'objet d'un RÉA II (ou du régime Accro PME). Dans ce cas, une émission de couverture n'est pas nécessaire dans la mesure où le montant par lequel le capital-actions a été réduit par suite de l'achat ou du rachat, d'une Transaction ou d'une Réduction (de même que par suite d'une telle opération durant la période de 365 jours qui se termine immédiatement avant le moment de la réduction du capital-actions) est inférieur à 10 % du montant de l'émission d'actions que la société projette d'effectuer (ci-après « Règle du 10 % »).

4.7.3. Discretion ministérielle

L'article 965.115 L.I. accorde au ministre du Revenu du Québec un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'autoriser une société émettrice à passer outre à certaines exigences relatives à l'interdiction de rachat ou d'achat, d'une Transaction ou d'une Réduction dans l'éventualité où il en résulterait autrement une situation non souhaitable. À notre avis, Revenu Québec n'exercera ce pouvoir discrétionnaire que dans des circonstances très exceptionnelles.

4.7.4. Règle antiévitement

L'article 965.116 L.I. prévoit qu'une société émettrice qui aurait été autrement admissible au RÉA II ne sera pas reconnue en tant que société émettrice admissible si, de l'avis du ministre du Revenu, il est raisonnable de croire qu'elle a effectué une opération, transaction ou série d'opérations ou de transactions dans le but de satisfaire au critère du nombre d'employés ou au critère du 50 % de la valeur des biens (soit les exigences prévues aux paragraphes 965.90d) et 965.90e) L.I.).

5. ACTIONS ADMISSIBLES ET AUTRES INSTRUMENTS FINANCIERS

Tel qu'il a été mentionné précédemment, pour avoir droit à la Déduction dans le calcul de son revenu, un particulier doit faire l'acquisition d'une action admissible ou d'un titre admissible. Une action admissible est définie

à l'article 965.55 L.I. comme une action qui satisfait aux exigences de l'un des articles 965.74 à 965.76 L.I., autre qu'une action visée à l'article 965.79 L.I. Plus précisément, l'article 965.74 L.I. vise les actions acquises par un particulier, alors que l'article 965.76 L.I. vise les actions acquises par un organisme de placement collectif admissible (ci-après « Organisme »). Dans la section 5.1. du présent texte, nous examinerons chacune des conditions qui doivent être respectées afin qu'une action constitue une action admissible pour un particulier et, dans un deuxième temps à la section 5.2., nous examinerons les différences entre ces conditions et celles applicables aux actions acquises par un Organisme dans le cadre d'un placement faisant l'objet d'une dispense de prospectus. Par la suite, nous examinerons aux sections 5.3. et 5.4. les situations où une action qui aurait été autrement admissible au RÉA II pourrait ne pas être reconnue comme telle en vertu de ces règles. Enfin, nous traiterons de la notion de titre admissible, pour terminer par une analyse du concept d'action valide.

5.1. ACTION ADMISSIBLE

En vertu de l'article 965.74 L.I., une action n'est admissible au RÉA II que si les conditions suivantes sont remplies :

- 1) elle est une action ordinaire avec droit de vote. En vertu de l'article 965.55 L.I., une action ordinaire doit comporter un droit de vote en toute circonstance dans la société émettrice afin de se qualifier à titre d'action ordinaire avec droit de vote;
- 2) en vertu des conditions relatives à son émission, l'action ne peut, en partie ou en totalité, être achetée par la société émettrice ou par quiconque de quelque façon que ce soit, directement ou indirectement, ou faire l'objet d'une opération qui aurait pour effet soit de rendre une telle action, une action substituée à une telle action, une action reçue par suite d'une opération visée à l'un des articles 301, 536, 541 et 544 L.I. relativement à l'une de ces actions ou toute action substituée, en partie ou en totalité, rachetable par la société émettrice ou achetable par quiconque de quelque façon que ce soit directement ou indirectement, soit d'effectuer en faveur de l'actionnaire un transfert de l'un des biens de la société qui n'est pas un dividende;
- 3) l'action ne peut, en vertu des conditions relatives à son émission, donner droit à un dividende qui fait ou fera l'objet d'un engagement selon lequel une personne qui n'est pas la société émettrice garantit le paiement de ce dividende. Si l'on examine cette exigence, de même que celles qui précèdent, il est clair que ces trois premières conditions visent à assurer que l'on est véritablement en présence d'une action de type « ordinaire »

et que le ministère des Finances du Québec ne veut pas que le RÉA II soit utilisé dans le cadre de l'émission d'une action de type « privilégiée »;

- 4) en vertu du paragraphe 965.74d) L.I., l'action doit être émise par une société émettrice admissible (nous vous invitons à lire la section 4. de ce texte relativement aux conditions qui doivent être remplies à cet égard) qui, dans le prospectus définitif, énonce que cette action peut faire l'objet d'un RÉA II et donne droit à l'avantage prévu à son égard par le titre VI.5 L.I. Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, une société ne peut être une société émettrice admissible que dans la mesure où elle effectue une émission publique d'actions, ce qui signifie qu'elle devra préparer un prospectus. Le prospectus définitif de la société émettrice doit donc énoncer que l'action peut faire l'objet d'un RÉA II et décrira habituellement les principales conséquences fiscales relatives à l'acquisition de cette action admissible;
- 5) l'action doit avoir fait l'objet, avant l'obtention du visa du prospectus définitif, d'une décision anticipée favorable de Revenu Québec relativement au respect des objectifs du titre VI.5 L.I. régissant le RÉA II. Il sera donc nécessaire pour une société émettrice d'obtenir, dans tous les cas, une décision anticipée même si, au cours de la même année d'imposition, elle a déjà effectué une émission publique d'actions admissibles au RÉA II;
- 6) l'action doit être acquise à prix d'argent dans le cadre d'une émission publique d'actions par un particulier ou un Organisme qui en est le premier acquéreur, autre qu'un courtier agissant en sa qualité d'intermédiaire ou de preneur ferme⁸⁰;
- 7) l'action doit être souscrite et payée;
- 8) il ne s'agit pas d'une action accréditive pour l'application du régime québécois⁸¹ ou du régime fédéral⁸². Le ministère des Finances du Québec

⁸⁰ En vertu de l'article 965.75 L.I., le certificat d'actions doit être remis directement au courtier par l'émetteur du certificat ou par un autre courtier qui certifie qu'il a été détenu, sans interruption depuis son émission, par un courtier en sa qualité d'intermédiaire ou de preneur ferme, soit émis et enregistré au nom du courtier ou au nom d'une personne que celui-ci désigne.

⁸¹ Voir l'article 359.1 L.I. et l'article 359.1R7 R.I.

⁸² QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2009-4, « Admissibilité des ouvrages réimprimés au crédit d'impôt pour l'édition de livres et autres mesures fiscales », 23 juin 2009.

désire donc éviter qu'il y ait un cumul des aides fiscales, que ce soit au provincial ou au fédéral.

5.2. ACTION ADMISSIBLE ACQUISE PAR UN ORGANISME LORS D'UN PLACEMENT FAISANT L'OBJET D'UNE DISPENSE DE PROSPECTUS

Tel qu'il a été mentionné précédemment, un placement admissible au RÉA II peut avoir lieu conformément à une dispense de prospectus, mais uniquement lorsqu'une société émet des actions du trésor à un Organisme. Dans de telles circonstances, l'article 965.76 L.I. prévoit les conditions pour qu'une action émise à un Organisme en vertu d'une dispense de prospectus soit admissible au RÉA II :

- 1) l'action doit satisfaire aux exigences des paragraphes 965.74a) à 965.74c) L.I.; ces exigences sont celles qui visent à assurer que seules les actions de type « ordinaire » seront admissibles au RÉA II;
- 2) l'action doit satisfaire aux exigences du paragraphe 965.74g) L.I., c'est-à-dire être souscrite et payée;
- 3) l'action doit être acquise à prix d'argent par un Organisme qui en est le premier acquéreur, autre qu'un courtier agissant en sa qualité d'intermédiaire ou de preneur ferme, dans le cadre du placement d'une action faisant l'objet d'une dispense de prospectus prévue au paragraphe 2 de l'article 2.10 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*. Ainsi, ce ne sont pas tous les placements privés en faveur d'un Organisme qui seront admissibles au RÉA II, mais seulement ceux effectués en vertu de la dispense susmentionnée;
- 4) en vertu du paragraphe 965.76c) L.I., l'action doit avoir fait l'objet, au cours de l'année d'imposition de la société émettrice pendant laquelle la demande de dispense de prospectus est présentée et avant la Date d'effet, d'une décision anticipée favorable de Revenu Québec relativement au respect des objectifs du titre VI.5 L.I. Par conséquent, si une société émettrice a déjà obtenu au cours de la même année d'imposition une décision anticipée, il ne sera pas nécessaire d'en obtenir une nouvelle de Revenu Québec. Cependant, l'article 965.77 L.I. vient préciser que cette exception ne s'applique pas si l'émission publique a été faite autrement que conformément au paragraphe 2 de l'article 2.10 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*. En d'autres termes, même si la société émettrice a déjà procédé à une émission d'actions dans le cadre du RÉA II en effectuant un placement au moyen d'un prospectus ou d'un prospectus simplifié pour laquelle elle a obtenu une

décision anticipée, elle devra néanmoins obtenir une nouvelle décision anticipée si un placement privé en faveur d'un Organisme a lieu subséquemment au cours de la même année d'imposition;

- 5) au plus tard 10 jours après la Date d'effet, une copie de la déclaration prévue au paragraphe *d* de l'article 6.1 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription* doit avoir été transmise au ministre du Revenu, accompagnée de l'attestation prévue à l'article 965.78 L.I. Cet article prévoit une attestation d'un administrateur de la société émettrice certifiant qu'elle est une société émettrice admissible et que l'action émise en faveur de l'Organisme est une action admissible. Cette obligation de transmettre l'attestation n'est toutefois pas applicable lorsque la société émettrice réalise pour la première fois une émission publique d'actions en vertu du RÉA II conformément à une dispense de prospectus;
- 6) l'action est émise par une société émettrice admissible dont des actions ordinaires de son capital-actions qui comportent un droit de vote sont inscrites à la cote d'une Bourse canadienne.

5.3. EXCLUSION

Le but du RÉA II est d'aider à la capitalisation des sociétés publiques québécoises qui utiliseront ce capital dans l'exploitation de leur entreprise et non à des fins d'investissement. Par conséquent, des règles sont prévues afin de s'assurer que le produit d'une émission RÉA II ne puisse servir à acquérir des actions ou titres négociables d'une autre société, sous réserve de certaines situations où l'acquisition de telles valeurs peut se justifier dans un contexte d'exploitation. Ainsi, l'article 965.79 L.I. prévoit que lorsque la majeure partie du produit d'une émission publique d'actions est, selon ce qui est annoncé dans le prospectus définitif ou ce qui s'en infère, utilisée en paiement de l'acquisition d'actions ou de tout autre titre négociable⁸³ d'une société, l'action acquise dans le cadre d'une telle émission publique d'actions ne saurait être considérée comme une action admissible. De façon similaire, l'article 965.80 L.I. prévoit que lorsqu'une partie ou la totalité du produit d'une émission publique d'actions est utilisée pour le remboursement

⁸³ Un « titre négociable » est défini à l'article 965.55 L.I. comme désignant toute forme d'investissement prévue à l'article 1 L.V.M., sans tenir compte de l'exception prévue au 3^e paragraphe du premier alinéa. Ainsi, un titre négociable signifie notamment une valeur mobilière reconnue comme telle dans le commerce, comme, par exemple, une obligation, une part sociale, un droit et un bon de souscription ainsi qu'un titre constatant un emprunt d'argent.

d'un emprunt ou de toute autre dette, contracté dans un délai raisonnable précédant ou suivant la Date d'effet, ou encore le rachat d'actions ou de tout autre titre émis dans un tel délai pour le paiement d'actions ou de tout autre titre négociable, cette utilisation est réputée être un paiement pour une telle acquisition d'actions ou de titres négociables d'une autre société⁸⁴. L'article 965.79 L.I. prévoit deux exceptions importantes à la règle d'exclusion. Ainsi, lorsque le produit de l'émission publique d'actions sert à l'acquisition d'actions ou de titres négociables d'une autre société, l'exclusion ne sera pas applicable si les actions ou titres négociables sont émis par une société donnée dont le nom est dévoilé au prospectus définitif et que :

- 1) la société émettrice (ou une autre société qui lui est associée) exploite une entreprise;
- 2) la société dont les actions ou titres négociables seront acquis deviendra, directement ou indirectement, une filiale contrôlée de la société émettrice;
- 3) les activités de la société cible ou celles d'une filiale que la société cible contrôle directement ou indirectement suscitent un intérêt commercial ayant un lien direct avec les activités de la société émettrice (ou d'une autre société qui lui est associée) à la Date d'effet.

En deuxième lieu, l'exclusion ne sera pas applicable lorsque les actions ou titres négociables sont des titres émis par une société dont le nom n'est pas dévoilé au prospectus définitif, si les conditions suivantes sont respectées :

- 1) la société émettrice (ou une autre société qui lui est associée) exploite une entreprise;
- 2) la société émettrice annonce expressément au prospectus définitif que la société dont les actions ou titres négociables seront acquis deviendra, directement ou indirectement, une filiale contrôlée de la société émettrice;
- 3) la société émettrice annonce expressément au prospectus définitif que les activités de la société cible ou celles d'une filiale que la société cible contrôle directement ou indirectement suscitent un intérêt commercial

⁸⁴ L'article 965.81 L.I. décrit comment appliquer ces règles dans le cas d'une société émettrice issue d'une fusion.

ayant un lien direct avec les activités de la société émettrice (ou d'une autre société qui lui est associée) à la Date d'effet.

Ainsi, l'exclusion vise à assurer que le produit d'une émission publique d'actions admissibles au RÉA II sera utilisé à des fins d'exploitation et non de placement. Toutefois, les exceptions visent à permettre une acquisition d'actions ou de titres négociables lorsque cette acquisition permet indirectement de croître les activités de la société émettrice par l'entremise d'une nouvelle filiale contrôlée. De plus, l'exclusion ne s'applique pas lorsque la société émettrice exerce l'activité de courtier et que l'action ou le titre négociable qu'elle désire acquérir est un bien décrit dans son inventaire⁸⁵. Enfin, l'exclusion ne s'applique pas lorsque la société émettrice est une banque, un organisme régi par la *Loi sur les sociétés d'assurances* ou la *Loi sur les assurances*, une société munie d'une licence ou autrement autorisée par les lois du Canada ou d'une province à offrir des services de fiduciaire ou une société dont l'entreprise principale est le prêt d'argent ou l'achat de créances⁸⁶. Ces exceptions sont logiques puisque pour de telles sociétés, l'acquisition d'une action ou d'un autre titre négociable fait partie intégrante de leurs opérations commerciales et ne saurait être considérée comme un investissement à long terme.

5.4. SITUS DES ACTIVITÉS

En vertu de l'article 965.84 L.I., lorsqu'une partie ou la totalité du produit d'une émission publique d'actions se rapporte, directement ou indirectement, selon ce qui est annoncé par une société dans un prospectus définitif ou ce qui s'en infère, à des activités devant être conduites à l'extérieur du Québec et que, de l'avis du ministre, ces activités peuvent avoir un impact négatif tangible sur le niveau d'emploi ou d'activité économique au Québec de cette société ou d'une filiale de cette société, l'action de la société émettrice ne constitue pas une action admissible. Il est donc important d'analyser l'utilisation du produit d'une émission d'actions aux fins de déterminer si les actions émises en vertu de cette émission seront admissibles aux fins du RÉA II. Néanmoins, l'article 965.84 L.I. n'oblige pas la société émettrice à utiliser le produit de l'émission au Québec; plutôt, cette disposition vise à empêcher l'admissibilité au RÉA II dans le cas où l'utilisation du produit peut avoir un impact négatif sur le niveau d'emploi ou l'activité économique au Québec. Par exemple, si une société émettrice

⁸⁵ Art. 965.82 L.I.

⁸⁶ Art. 965.83 L.I.

désire utiliser le produit de l'émission de ses actions afin d'acquérir une filiale en Ontario et qu'elle a l'intention de mettre à pied un certain nombre de ses employés du Québec ou de les transférer en Ontario par suite de ladite acquisition, l'article 965.84 L.I. fera en sorte que l'action émise lors d'une telle émission ne constituera pas une action admissible. D'autre part, si l'acquisition des actions de la filiale en Ontario n'amène pas une diminution des emplois au Québec et peut même créer des profits supplémentaires qui seront ultérieurement rapatriés au Québec pour accroître les activités québécoises, l'article 965.84 L.I. ne devrait pas faire en sorte d'empêcher les actions d'être admissibles aux fins du RÉA II.

5.5. TITRES ADMISSIBLES

Un particulier a droit à la Déduction dans le calcul de son revenu s'il achète une action admissible ou un titre admissible. En vertu de l'article 965.85 L.I., un titre est admissible au RÉA II si les conditions suivantes sont remplies :

- 1) le titre est émis par un Organisme qui énonce, dans le prospectus définitif relatif à l'émission du titre, que celui-ci peut faire l'objet d'un RÉA II et donne droit à l'avantage prévu à son égard par le titre VI.5 L.I.;
- 2) s'il s'agit d'un Organisme qui, à l'égard de sa première émission publique de titres admissibles, a fait le choix prévu à l'article 965.121 L.I., il est un titre émis dans le cadre de cette première émission publique de titres;
- 3) le titre est acquis à prix d'argent par un particulier qui en est le premier acquéreur, autre qu'un courtier agissant en sa qualité d'intermédiaire ou de preneur ferme;
- 4) le titre a fait l'objet, avant la Date d'effet, d'une décision anticipée favorable de Revenu Québec relativement au respect des objectifs du titre VI.5 L.I.;
- 5) le certificat attestant le titre est conservé par l'Organisme qui a émis ledit titre ou est remis directement au courtier par l'émetteur ou par un autre courtier qui certifie qu'il a été détenu, sans interruption depuis son émission, par un courtier en sa qualité d'intermédiaire ou de preneur ferme, soit émis et enregistré au nom du courtier ou au nom d'une personne que celui-ci désigne.

5.6. ACTIONS VALIDES

Tel qu'il a été mentionné à la section 3.2. du présent texte, un investisseur doit détenir ses actions admissibles et ses titres admissibles pendant la période de détention minimale afin de conserver l'avantage fiscal relatif à la Déduction. Aux fins de respecter cette période de détention minimale, le particulier peut non seulement conserver les actions ou les titres admissibles qu'il a acquis à l'origine, il peut également les remplacer par des actions admissibles, des titres admissibles ou des actions valides aux fins d'effectuer une opération de couverture.

En vertu de l'article 965.86 L.I., une action valide doit remplir les conditions suivantes :

- 1) elle est acquise lors d'une transaction effectuée en Bourse durant une séance de Bourse. Ainsi, un particulier peut acheter une action valide sur le marché secondaire aux fins de remplacer une action ou un titre admissible retiré de son RÉA II. En effet, par suite de l'introduction du RÉA, le ministère des Finances du Québec avait remarqué qu'il n'y avait pas suffisamment de transactions sur des titres de certaines petites sociétés sur le marché secondaire, ce qui entraînait des conséquences négatives sur le cours de ces titres qui avaient été admissibles au RÉA lors de leur émission. La notion d'action valide permet donc au RÉA II d'encourager non seulement les émissions du trésor, mais également les transactions sur le marché secondaire;
- 2) au moment de son acquisition, l'action doit être inscrite à la cote d'une Bourse canadienne;
- 3) le certificat attestant l'action doit être remis au courtier visé à l'article 965.56 L.I. ou être délivré et enregistré au nom du courtier ou au nom d'une personne que celui-ci désigne;
- 4) à la date de l'acquisition de l'action, la catégorie à laquelle elle appartient doit être inscrite sur la liste de l'AMF (ci-après « Liste »)⁸⁷.

La Liste est publiée dans le bulletin hebdomadaire de l'AMF et est disponible sur son site Internet⁸⁸. La Liste comprend le nom des sociétés et la

⁸⁷ De plus, cette catégorie ne doit pas être désignée sur la liste établie pour l'application de l'article 965.9.7.1 L.I., soit la liste de l'AMF relativement à l'ancien RÉA.

⁸⁸ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS (en ligne : <http://www.lautorite.qc.ca/bulletin.fr.html>).

désignation des catégories d'actions de leur capital-actions dont les actions peuvent constituer des actions valides⁸⁹, y compris notamment le nom des sociétés émettrices admissibles qui ont effectué une émission en vertu du RÉA II pendant la période débutant à la Date d'effet et se terminant le quatrième 31 décembre suivant la Date d'effet⁹⁰. Toutefois, dans la mesure où la Date d'effet est elle-même un 31 décembre, alors la période se terminera le troisième 31 décembre suivant la Date d'effet. On veut donc faire en sorte que la période d'inscription d'une société émettrice admissible sur la Liste soit limitée à une période maximale de quatre ans. De plus, le nom d'une société devra être rayé de la Liste à la date où elle effectue une nouvelle émission publique d'actions si elle ne satisfait plus aux critères pour se qualifier à titre de société émettrice admissible. Par conséquent, il ne sera pas suffisant qu'une société cesse de remplir les conditions d'admissibilité au RÉA II pour être rayée de la Liste. Elle devra également effectuer une nouvelle émission publique d'actions pour que son changement de statut empêche ses actions de se qualifier à titre d'actions valides.

De plus, l'article 965.88 L.I. prévoit qu'une société qui n'a pas réalisé d'émission d'actions dans le cadre du RÉA II peut néanmoins inscrire une catégorie d'actions de son capital-actions sur la Liste si elle obtient une décision anticipée favorable de Revenu Québec confirmant que les conditions suivantes sont remplies à la date de demande de la décision anticipée :

- 1) l'action est inscrite à la cote d'une Bourse canadienne et satisfait aux conditions prévues aux paragraphes 965.74a) à 965.74c) L.I., soit qu'il s'agisse essentiellement d'une action de type « ordinaire », et aux paragraphes 965.74f) et 965.74g) L.I.;
- 2) la société satisfait aux exigences prévues à l'article 965.90 L.I. (société émettrice admissible) ou à l'article 965.94 L.I. (société de portefeuille) à la date de la demande de décision anticipée. Lors du Budget 2009-2010, la ministre des Finances du Québec a annoncé que la procédure relative à l'inscription d'une action valide sur la Liste serait simplifiée, en remplaçant l'obligation de demander une décision anticipée par une demande faite à Revenu Québec sur un formulaire prescrit, soit le Formulaire CO-965.MF, à partir du 1^{er} juillet 2009. Le formulaire

⁸⁹ Art. 965.55 L.I.

⁹⁰ L'article 965.89 L.I. prévoit qu'une société qui a émis des actions lors d'un placement privé en faveur d'un Organisme peut demander que la catégorie d'actions à laquelle cette action appartient soit inscrite sur la Liste.

prescrit doit être signé par un administrateur de la société qui attestera que le capital-actions comprend des actions inscrites à une Bourse canadienne qui répondent à la définition d'action admissible et que la société respecte les différentes exigences de la définition de société émettrice admissible. Ce formulaire prescrit devra être accompagné d'une copie des statuts de la société, ainsi que de ses états financiers consolidés et non consolidés pour le dernier exercice financier terminé avant la demande d'inscription sur la Liste. Si la société en fait la demande sur le formulaire prescrit, Revenu Québec informera directement l'AMF que la catégorie d'actions du capital-actions de la société peut être inscrite sur la Liste.

Enfin, l'article 965.87 L.I. prévoit qu'une action peut également constituer une action valide si elle satisfait aux exigences suivantes :

- 1) l'action est acquise par un particulier ou par un Organisme qui en est le premier acquéreur, autre qu'un courtier agissant en sa qualité d'intermédiaire ou de preneur ferme;
- 2) au moment de son acquisition, l'action est inscrite à la cote d'une Bourse canadienne;
- 3) le certificat attestant l'action est remis au courtier visé à l'article 965.56 L.I. ou est délivré et enregistré au nom du courtier ou au nom d'une personne que celui-ci désigne;
- 4) la catégorie d'actions à laquelle l'action appartient est inscrite sur la Liste⁹¹;
- 5) l'action doit être émise par la société dans le cadre d'une émission d'actions visée au deuxième alinéa de l'un des articles 965.105, 965.107 et 965.110 L.I., soit lorsqu'une société effectue une émission de couverture aux fins de permettre à une société de se qualifier à titre de société émettrice admissible malgré le fait qu'il y ait eu un achat ou rachat d'actions, une Transaction ou une Réduction. Ainsi, bien que les actions émises lors de telles émissions ne donnent pas droit à la Déduction, elles peuvent néanmoins se qualifier à titre d'actions valides et remplacer des actions admissibles ou titres admissibles retirés d'un RÉA II.

⁹¹ Cette catégorie ne doit pas être désignée sur la liste établie pour l'application de l'ancien RÉA.

6. ORGANISME DE PLACEMENT COLLECTIF ADMISSIBLE

Les articles 965.117 à 965.122 L.I. décrivent les exigences applicables à un Organisme. De façon sommaire, un Organisme désigne un fonds commun de placement établi au Québec et dont le fiduciaire ou le gestionnaire réside au Canada et maintient un établissement au Québec. Dans le cadre du présent texte, nous n'avons pas l'intention d'examiner en détail les règles applicables à un Organisme; nous désirons plutôt donner un aperçu de celles-ci.

De façon générale, un Organisme doit s'engager à être propriétaire, le 31 décembre de l'année où il effectue une émission publique de titres et de chacune des deux années subséquentes, d'actions admissibles ou d'actions valides dont le coût rajusté est au moins égal au coût rajusté des titres admissibles émis par l'Organisme au cours de l'année. Certaines règles particulières visent notamment à assouplir les engagements d'un Organisme qui en est à sa première émission publique de titres admissibles.

La notion d'Organisme a été créée afin de permettre aux contribuables de diversifier leur portefeuille d'actions admissibles de façon à réduire le risque inhérent à celui-ci, tout en bénéficiant des avantages afférents au RÉA II. L'Organisme peut donc investir dans les actions admissibles et actions valides de diverses sociétés et son gestionnaire pourra effectuer une vérification diligente quant aux perspectives commerciales futures des sociétés dans lesquelles il investit, ce qu'un particulier n'aurait pas l'occasion de faire. Un investissement dans les titres admissibles d'un Organisme peut donc permettre à un particulier de participer au RÉA II sans avoir à personnellement examiner la situation commerciale de chaque société publique québécoise tout en assurant un certain niveau de diversification.

7. PÉNALITÉS

Afin de protéger l'intégrité du RÉA II, diverses pénalités sont prévues dans la *Loi sur les impôts* dans le cas où une société contrevient à certaines des règles discutées dans le présent texte. Il est intéressant de souligner que toutes ces pénalités s'appliquent à la société émettrice admissible ou à l'Organisme, et non aux particuliers qui font l'acquisition d'une action ou d'un titre qui, pour une raison ou pour une autre, n'est pas admissible. Le premier type de pénalité se rapporte aux fausses déclarations.

Ainsi, une société qui, dans un prospectus définitif relatif à l'émission d'actions, énonce faussement que les actions émises peuvent faire l'objet d'un RÉA II sera assujettie à une pénalité égale à 25 % du coût rajusté des

actions distribuées au Québec à un particulier ou à un Organisme⁹². Évidemment, aux fins de déterminer le montant de la pénalité, on supposera que la stipulation voulant que les actions puissent faire l'objet d'un RÉA II était vraie afin d'effectuer le calcul du coût rajusté en vertu de l'article 965.123 L.I. De façon similaire, l'article 1049.14.3 L.I. prévoit qu'une société qui procède à une émission publique d'actions faisant l'objet d'une stipulation selon laquelle celle-ci peut faire l'objet d'un RÉA II et dont les actions ne sont pas inscrites à la cote d'une Bourse canadienne dans les 60 jours suivant la Date d'effet sera assujettie à une pénalité égale à 25 % du coût rajusté des actions distribuées au Québec à un particulier ou à un Organisme.

Ces deux premières pénalités ne sont pas particulièrement surprenantes puisqu'elles s'appliquent dans le cas de fausses déclarations ou de manquement à une obligation. Toutefois, les pénalités prévues aux articles 1049.14.4 et suivants L.I. se rapportent directement à l'objectif principal du RÉA II, soit celui d'assurer une meilleure capitalisation des entreprises québécoises. Ainsi, une société qui émet des actions de son capital-actions faisant l'objet d'une stipulation selon laquelle elles peuvent faire l'objet d'un RÉA II et qui achète ou rachète dans l'année de l'émission ou dans les deux années suivantes une action de son capital-actions⁹³ est assujettie à une pénalité essentiellement égale à 25 % du moindre du coût rajusté moyen des actions ainsi rachetées ou achetées et du coût rajusté de toutes les actions ayant fait l'objet d'un RÉA II durant la période visée et qui ont été distribuées au Québec par la société. Une pénalité similaire est prévue à l'article 1049.14.5 L.I. dans le cas d'une Transaction équivalant au rachat d'une action du capital-actions d'une société ayant effectué une émission publique d'actions admissible au RÉA II dans l'année ou dans les deux années antérieures, alors que l'article 1049.14.6 L.I. porte sur une Réduction de l'avoir net d'une société durant cette même période. Toutefois, dans le cas des pénalités prévues aux articles 1049.14.4 à 1049.14.6 L.I., une société peut demander au ministre du Revenu du Québec, en vertu de l'article 1049.14.7 L.I., de surseoir à la pénalité si la société s'engage à remplir l'une des conditions prévues à l'article 1049.14.8 L.I. Parmi ces conditions, on prévoit la possibilité de procéder à une émission de couverture d'actions qui ne sont pas admissibles au RÉA II dans les deux ans qui suivent le rachat ou

⁹² Art. 1049.14.2 L.I. Une pénalité est également prévue dans le cas où la fausse déclaration de la société porte sur le coût rajusté des actions qui peuvent faire l'objet d'un RÉA II.

⁹³ Autre qu'une action décrite à l'article 965.106 L.I. ou une action qui a fait l'objet d'une opération visée à l'article 965.113 L.I. (Règle du 5 %).

achat, la Transaction ou la Réduction. Si un sursis est accordé et que la société remplit son engagement à la satisfaction du ministre, alors la pénalité sera annulée en vertu de l'article 1049.14.9 L.I. De plus, l'article 1049.14.10 L.I. prévoit certaines limites à la pénalité qui peut être payable par une société en vertu des articles 1049.14.4 à 1049.14.6 L.I., alors que l'article 1049.14.11 L.I. donne au ministre du Revenu la discrétion d'annuler ou de réduire le montant d'une telle pénalité s'il estime, compte tenu des circonstances, que le montant serait autrement excessif.

Les articles 1049.14.13 à 1049.14.22 L.I. prévoient les pénalités qui peuvent être imposées aux Organismes qui effectuent de fausses déclarations par rapport au RÉA II ou qui ne remplissent pas leurs engagements en vertu du régime.

Enfin, une société qui effectue une émission de ses actions par voie de dispense de prospectus en faveur d'un Organisme et qui omet de transmettre à Revenu Québec, dans le délai prévu au paragraphe 965.76d) L.I., une copie de la déclaration mentionnée à cet article encourt une pénalité de 25 \$ par jour que dure l'omission, jusqu'à concurrence de la somme de 10 000 \$⁹⁴. Enfin, une pénalité de 100 000 \$ est prévue pour une société qui obtient une désignation d'admissibilité de ses actions à titre d'actions valides par suite de fausses déclarations⁹⁵.

CONCLUSION

Il est à espérer que le regain d'intérêt pour le RÉA II créé lors du dernier budget du gouvernement du Québec continuera dans le futur. Ce programme qui a eu 30 ans cette année (en incluant le moratoire de deux ans annoncé en juin 2003) permet à des entreprises québécoises d'accéder à du capital qui ne serait probablement pas autrement disponible, particulièrement lorsque la conjoncture économique est difficile. Toutefois, afin de permettre au RÉA II de continuer à grandir avec les entreprises québécoises que ce régime vise à encourager, il y aura probablement lieu de continuer à augmenter le plafond de l'actif qu'une société émettrice peut avoir si elle veut espérer effectuer une émission publique d'actions admissibles au RÉA II.

⁹⁴ Art. 1049.14.23 L.I.

⁹⁵ Art. 1049.14.24 L.I.

**LES RÈGLES DE CONVERSION APPLICABLES AUX FIDUCIES
DE REVENU**



Marc-André Bélanger
Avocat, associé,
LL.M. (N.Y.), LL.M. fisc.
BCF s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION ET HISTORIQUE DES RÈGLES DE CONVERSION.....	37:3
2.	MÉTHODES DE CONVERSION	37:6
2.1.	MÉTHODE PAR VOIE D'ÉCHANGE	37:7
2.1.1.	Méthode par voie d'échange en vertu des paragraphes 85.1(7) et 85.1(8) L.I.R.	37:7
2.1.2.	Conditions prévues au paragraphe 85.1(7) L.I.R.....	37:8
2.1.3.	Conséquences du roulement prévu au paragraphe 85.1(7) L.I.R.	37:11
2.1.4.	Absence d'acquisition de contrôle.....	37:11
2.2.	MÉTHODE PAR VOIE DE DISTRIBUTION.....	37:12

2.2.1.	Conditions d'application de la méthode par voie de distribution.....	37:13
2.2.2.	Conséquences de la méthode de distribution pour les bénéficiaires de la fiducie de revenu.....	37:16
2.2.3.	Conséquences pour la fiducie et la société canadienne imposable dont les actions sont distribuées.....	37:17
2.2.4.	Absence d'acquisition de contrôle de la société canadienne imposable à la suite de la distribution	37:18
2.3.	MÉTHODE PAR VOIE DE LIQUIDATION	37:18
2.3.1.	Conditions d'application de la méthode par voie de liquidation.....	37:19
2.3.2.	Conséquences fiscales de l'utilisation de la méthode de liquidation	37:21
2.4.	AUTRES ÉLÉMENTS TECHNIQUES	37:26
2.4.1.	Options d'achat d'unités émises aux employés	37:26
2.4.2.	Règlement de dette	37:27
2.4.3.	Participations résiduelles.....	37:28
2.5.	ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION	37:28
2.5.1.	Règles de conversion pour effectuer une acquisition	37:28
2.5.2.	Règles de conversion utilisées lors de l'acquisition de pertes fiscales.....	37:29
2.5.3.	Structure de société publique ayant un niveau d'endettement élevé.....	37:30
	CONCLUSION	37:30

1. INTRODUCTION ET HISTORIQUE DES RÈGLES DE CONVERSION

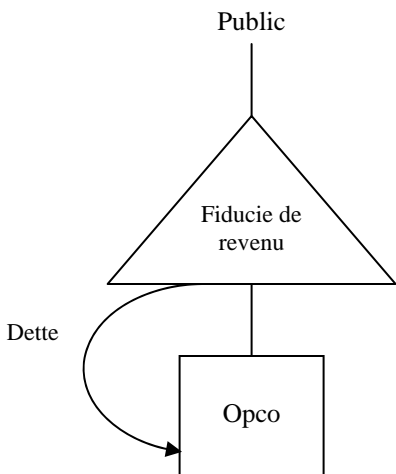
Avant le 31 octobre 2006, la conversion de sociétés par actions par le biais d'un premier appel public à l'épargne d'une fiducie de revenu était devenue une structure de plus en plus en vogue notamment en raison des avantages pour les vendeurs d'une entreprise (quant aux multiples d'évaluation) et pour les investisseurs (en ce qui a trait aux rendements). Ces multiples d'évaluation et rendements élevés pour les vendeurs et les investisseurs provenaient en grande partie du fait que la fiducie de revenu n'était normalement pas assujettie à l'impôt des sociétés comme l'était une société par actions. Les fiducies de revenu étaient principalement mises en place sous deux formes : les fiducies de revenu de type « fiducie sur corporation » et celles de type « fiducie sur fiducie ».

Une fiducie de revenu de type « fiducie sur corporation » consistait essentiellement en un achat par levier financier. En fait, les sommes recueillies par la fiducie de revenu auprès des investisseurs étaient utilisées pour capitaliser, en totalité ou en partie, sa filiale à part entière par le biais de billets subordonnés à intérêt élevé et cette dernière utilisait ces sommes ainsi que celles obtenues auprès d'institutions financières pour acquérir les actions d'une société par actions exploitante. Cette société par actions était ensuite liquidée dans la filiale de la fiducie de revenu. Cette structure permettait de réduire le revenu imposable de la filiale exploitante par le biais de déductions d'intérêt et d'attribuer ce revenu aux détenteurs de parts de la fiducie de revenu. Cela permettait généralement d'éliminer complètement l'impôt des sociétés et donc d'augmenter les flux de trésorerie de l'entreprise. Dans certains cas, les vendeurs conservaient une participation résiduelle indirecte dans le capital de la fiducie de revenu.

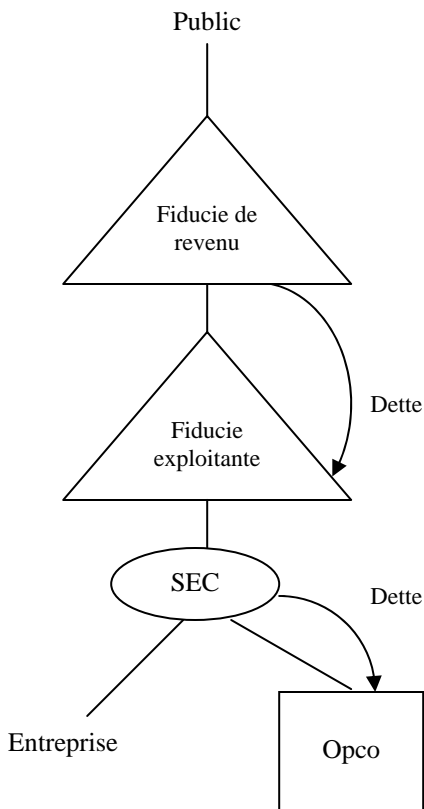
À la fin des années 1990, les fiducies de revenu de type « fiducie sur fiducie » firent leur apparition afin de permettre notamment de minimiser l'effet des taxes sur le capital et permettre à un vendeur d'obtenir une participation résiduelle sans impact fiscal négatif. Cette structure de fiducie de revenu consistait notamment en la superposition de deux fiducies détenant normalement une participation dans une société en commandite exploitant l'entreprise acquise ou les actions de la société par actions exploitante. Encore une fois, l'objectif était d'éliminer dans la mesure du possible l'impôt des sociétés.

Le graphique ci-dessous représente les deux types de structures :

« Fiducie sur corporation »



« Fiducie sur fiducie »



La conversion de sociétés par actions en fiducies de revenu était jusqu'au début des années 2000 réservée à des sociétés que l'on pouvait considérer de moindre envergure. Cependant, à la suite des rumeurs et annonces de conversion par des sociétés par actions canadiennes de très grande envergure telles que BCE et les banques canadiennes, le ministère des Finances du Canada décida de mettre un terme à cette stratégie lors de l'annonce, surnommée le « massacre de l'Halloween », de son plan d'équité fiscale (ci-après « PEF ») le 31 octobre 2006; cette annonce visait principalement à dévoiler publiquement le régime d'imposition applicable aux entités intermédiaires de placement déterminées (ci-après « EIPD »),

incluant les fiducies de revenu, les sociétés de personnes cotées en Bourse et certaines fiducies de placements immobiliers.

Le PEF indiquait que la raison de l'annonce des règles d'imposition des EIPD était le traitement fiscal non équilibré s'appliquant aux EIPD et à leurs investisseurs, notamment que les règles fiscales conçues essentiellement à l'intention de fiducies non commerciales et de fiducies de placement étaient appliquées à des entités d'envergure qui sont cotées en Bourse et qui comptent un grand nombre d'actionnaires. De plus, le Ministère voyait d'un très mauvais œil le résultat fiscal applicable dans le contexte où les distributions de la fiducie de revenu étaient reçues par un investisseur non résident ou tout simplement exonéré d'impôt au Canada.

Le PEF a donc instauré un régime d'imposition pour les EIPD faisant en sorte qu'elles soient essentiellement imposées d'une manière équivalente à une société par actions. Nous ne traiterons pas de manière détaillée des règles d'imposition applicables aux EIPD puisque de nombreux auteurs ont analysé ces règles et discuté de celles-ci, mais il est important de noter qu'elles sont applicables à partir du 1^{er} janvier 2011 pour les EIPD créées avant le 31 octobre 2006 et immédiatement pour les autres EIPD.

Aux fins de notre analyse, un élément important du PEF est la référence à une mesure antiévitement qui se lit comme suit :

« Anti-évitement

Les mesures exposées dans le présent document correspondant aux intentions actuelles du gouvernement. Elles pourraient toutefois être modifiées dans le but d'en assurer la conformité avec les objectifs de politique qui les sous-tendent. Plus précisément, dans l'éventualité où l'on apprendrait l'existence de structure ou d'opérations de toute évidence conçues pour déjouer ces objectifs, tout aspect des mesures pourrait faire l'objet des modifications qui s'imposent et leur application serait immédiate¹. »

En fait, l'annonce dans le PEF d'une potentielle règle antiévitement vient, à première vue, limiter les possibilités de structuration disponibles pour les fiducies de revenu afin d'éviter l'impôt découlant des règles applicables aux EIPD ou les structures visant à atteindre un résultat fiscal semblable à celui des fiduciaires de revenu. Le Ministère n'hésiterait certainement pas à légiférer de manière rétroactive dans un tel contexte.

¹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2006-061, « Le nouveau gouvernement annonce son plan d'équité fiscale », 31 octobre 2006.

À la suite de la publication des règles d'imposition applicables aux EIPD, de nombreuses fiducies de revenu ont commencé un processus d'analyse de l'impact de ces règles sur leur situation actuelle et future. En l'occurrence, plusieurs d'entre elles ont considéré se convertir avant la période de grâce prévue jusqu'au 1^{er} janvier 2011, et ce, pour diverses raisons, dont la possibilité d'avoir un suivi plus important de leurs titres par les marchés financiers et de faire des émissions et des transactions de manière plus conventionnelle. Cependant, les fiducies de revenu ayant un intérêt pour une conversion hâtive ne connaissaient pas encore les règles fiscales applicables à une conversion.

Ce n'est que le 20 décembre 2007 que le Ministère a fait sa première annonce concernant les règles entourant la conversion des fiducies de revenu :

« Le ministre a par ailleurs indiqué que le gouvernement demeure résolu à travailler avec les contribuables touchés afin que les EIPD existantes puissent se convertir en sociétés canadiennes imposables sans que les investisseurs, ou les EIPD proprement dites, ne subissent de conséquences fiscales indues lors de la conversion². »

Par la suite, le Ministère a diffusé le 14 juillet 2008 la première version des règles de conversion pour finalement, à la suite de certaines modifications de nature technique, publier la version presque finale de ces dernières le 28 novembre 2008. Les règles de conversion s'appliquent généralement aux conversions survenues le ou après le 14 juillet 2008 et à certaines conversions survenues avant cette date si certains choix ont été faits.

2. MÉTHODES DE CONVERSION³

Tel qu'il a été discuté précédemment, il existe essentiellement deux types de fiducies de revenu : la « fiducie sur corporation » et la « fiducie sur

² CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2007-106, « Le gouvernement du Canada annonce des modifications techniques visant à préciser les règles sur l'imposition des entités intermédiaires de placement déterminées », 20 décembre 2007.

³ Pour une discussion et une analyse des règles de conversion, voir notamment F. Brenton PERRY Q.C., « Income Trusts: Reorganizations and Planning for 2011 », dans *2008 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2009, pp. 8:1-38 et Jonathan CHARRON, « The Specified Investment Flow-Through Tax Rules: Development and Future Considerations », essai de maîtrise en droit, option fiscalité, HEC Montréal, 2009.

fiducie ». Les règles de conversion visent à permettre la conversion et la dissolution de ces deux types de structures, dans la mesure du possible, sans impact fiscal négatif pour les investisseurs et de manière relativement simple. L'idée d'avoir à exiger la production potentielle d'un choix fiscal en vertu de l'article 85 L.I.R. à l'égard de chacun des transferts complexifiait grandement le processus de conversion. Par conséquent, les roulements proposés aux investisseurs consistent essentiellement en des roulements automatiques, ce qui simplifie le processus.

Afin de tenir compte de divers éléments fiscaux dont nous discuterons ci-dessous, nous diviserons notre analyse en deux parties. Premièrement, nous discuterons des méthodes disponibles pour les détenteurs de parts pour disposer de leurs parts par voie de roulement dans le processus de conversion : la méthode par voie d'échange et celle par voie de distribution. En second lieu, nous passerons en revue les méthodes permettant de dissoudre les structures de fiducies de revenu.

2.1. MÉTHODE PAR VOIE D'ÉCHANGE⁴

2.1.1. Méthode par voie d'échange en vertu des paragraphes 85.1(7) et 85.1(8) L.I.R.

En plus de la méthode par voie de distribution dont nous discuterons dans la section 2.2. ci-dessous, un détenteur de parts d'une fiducie de revenu peut profiter d'un roulement fiscal lors du transfert de ses parts par le biais de la méthode par voie d'échange.

Une fiducie de revenu pourrait se convertir en société par actions publique simplement par le biais d'un échange par ses détenteurs de leurs parts contre des actions de cette dernière. À la suite du roulement fiscal, la

⁴ L'expression « EIPD convertible » signifie une fiducie ou société de personnes qui est, au cours de la période ayant commencé le 31 octobre 2006 et se terminant le 14 juillet 2008 :

- a) soit une fiducie intermédiaire de placement déterminée, compte non tenu du paragraphe 122.1(2) L.I.R.;
- b) soit une société de personnes intermédiaire de placement déterminée, compte non tenu du paragraphe 197(8) L.I.R.;
- c) soit une fiducie de placement immobilier, au sens du paragraphe 122.1(1) L.I.R.

Par conséquent, une fiducie de revenu qui a été privatisée à la suite d'une offre publique d'achat pourrait toujours être considérée comme une EIPD convertible aux fins d'appliquer les règles de conversion.

structure de la fiducie de revenu sous-jacente pourrait être liquidée en utilisant les méthodes de distribution ou de liquidation.

Afin de réaliser un tel roulement, les paragraphes 85.1(7) et 85.1(8) ont été ajoutés à l'article 85.1 L.I.R. (car ce dernier article ne prévoyait un roulement automatique uniquement lors du transfert d'actions d'une société canadienne imposable).

Contrairement au roulement prévu à l'article 85 L.I.R., le roulement prévu au paragraphe 85.1(8) L.I.R. est automatique si les conditions prévues au paragraphe 85.1(7) L.I.R. sont remplies. Ce paragraphe se lit comme suit :

« 85.1(7) application du par. (8) – le paragraphe (8) s'applique à l'égard de la disposition d'un intérêt dans une EIPD convertible (appelé "unité donnée" au paragraphe (8)), effectuée avant 2013 par un contribuable en faveur d'une société canadienne imposable, si les conditions suivantes sont réunies :

a) la disposition est effectuée au cours d'une période d'au plus 60 jours (appelée "période d'échange" au présent paragraphe et au paragraphe (8)) à la fin de laquelle l'ensemble des intérêts dans l'EIPD convertible appartiennent à la société;

b) le contribuable ne reçoit en contrepartie de la disposition qu'une action (appelée "action d'échange" au présent paragraphe et au paragraphe (8)) du capital-actions de la société qui est émise par la société en sa faveur au cours de la période d'échange;

c) les paragraphes 85(1) et (2) ne s'appliquent pas à la disposition;

d) l'ensemble des actions d'échange, émises en faveur de détenteurs d'intérêts dans l'EIPD convertible, font partie d'une seule catégorie du capital-actions de la société. »

2.1.2. Conditions prévues au paragraphe 85.1(7) L.I.R.

2.1.2.1. Disposition d'un « intérêt dans une EIPD convertible » avant le 1^{er} janvier 2013⁵

Afin de profiter du roulement prévu au paragraphe 85.1(8) L.I.R., il est nécessaire que le contribuable dispose d'un « intérêt dans une EIPD

⁵ Voir le passage introductif du paragraphe 85.1(7) L.I.R.

convertible », qui inclut notamment un intérêt dans une fiducie de revenu⁶, avant le 1^{er} janvier 2013.

Une fiducie de revenu pourrait décider de retarder sa conversion de quelques années pour des raisons financières (coûts entourant la conversion) ou d'autres considérations fiscales. Cependant, nous pouvons présumer que toutes les EIPD s'en prévaudront avant le 1^{er} janvier 2013.

Le passage introductif du paragraphe 85.1(7) L.I.R. ne requiert pas que l'ensemble des intérêts dans une EIPD convertible détenus par un investisseur soit visé par le roulement automatique prévu au paragraphe 85.1(8) L.I.R. Le roulement s'applique à l'égard de chacune des parts de la fiducie de revenu distinctement. Ainsi, un investisseur pourrait donc disposer de ses parts de la fiducie de revenu par voie du roulement automatique et/ou du roulement prévu à l'article 85 L.I.R.

2.1.2.2. Aucun choix en vertu de l'article 85 L.I.R.⁷

Il est important de noter qu'un investisseur peut effectuer un choix en vertu de l'article 85 L.I.R. afin de réaliser une partie de son gain en capital à l'égard de certains intérêts dans une EIPD convertible et qu'un tel choix a préséance sur le roulement automatique prévu au paragraphe 85.1(8) L.I.R. Cela accorde une certaine flexibilité aux détenteurs de parts de réaliser un gain en capital sans avoir à disposer de leur investissement. Le roulement automatique pourrait donc s'appliquer seulement à l'égard d'une portion des parts transférées par un investisseur.

Un choix en vertu de l'article 85 L.I.R. ou un échange à l'extérieur de la période d'échange de 60 jours ne pourrait cependant permettre à un particulier ou une société par actions de réaliser une perte lors de la disposition de ses parts d'une fiducie de revenu puisque une telle perte serait assujettie aux règles visant respectivement les pertes apparentes et les restrictions applicables à la réalisation de pertes en capital par une société par actions⁸. Un particulier devra donc ajouter la perte en capital qui lui est refusée au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de ses actions de la société par actions obtenues lors de l'échange⁹ alors que la perte en capital d'une

⁶ Voir la définition d'« intérêt dans un EIPD convertible » prévue au paragraphe 248(1) L.I.R.

⁷ Al. 85.1(7)c) L.I.R.

⁸ Par. 54(1) « perte apparente », al. j) et al. 40(3.5)b.1) L.I.R.

⁹ Al. 53(1)f) L.I.R.

société par actions venderesse sera suspendue jusqu'à la vente des actions obtenues lors de l'échange.

2.1.2.3. Acquisition par la société par actions de tous les « intérêts dans une EIPD convertible » au cours de la période d'échange de 60 jours¹⁰

Le roulement par voie d'échange doit se faire au cours d'une période de 60 jours durant laquelle l'ensemble des intérêts dans l'EIPD convertible est acquis par la société par actions canadienne imposable¹¹.

Il pourrait s'avérer possible d'un point de vue purement technique d'effectuer des dispositions d'intérêts dans une EIPD avant le début de la période de 60 jours de manière à recevoir une contrepartie autre qu'en actions telle qu'une dette de la société par actions. Ainsi, la période de 60 jours n'empêche pas que les acquisitions d'intérêts dans une EIPD convertible débutent avant cette période l'objectif étant cependant qu'à la fin de cette période l'ensemble des intérêts dans une EIPD convertible soit détenu par la société par actions canadienne imposable. Cependant, une telle stratégie devrait être considérée en gardant à l'esprit l'existence de la règle anti-évitement contenue dans le PEF.

La société par actions canadienne imposable peut être nouvellement formée ou être déjà existante. Il pourrait cependant s'avérer surprenant d'un point de vue commercial qu'un tel échange se fasse par le biais d'une société existante ayant un historique légal, fiscal et commercial. De plus, dans un tel cas, il peut s'avérer difficile d'évaluer la contrepartie obtenue lors de l'échange afin de s'assurer qu'aucun bénéficiaire ne puisse être considéré avoir été conféré aux détenteurs d'intérêts dans une EIPD en vertu de l'article 15 L.I.R.

2.1.2.4. Contrepartie uniquement en actions d'une seule catégorie de la société par actions imposable¹²

Ce roulement requiert également que la seule contrepartie payée par la société par actions pour les intérêts dans l'EIPD convertible soit des actions d'une seule catégorie de cette société.

¹⁰ Al. 85.1(7)a) L.I.R.

¹¹ Cette société par actions imposable serait une « société de conversion d'EIPD » tel qu'il est indiqué par cette expression au paragraphe 248(1) L.I.R.

¹² Al. 85.1(7)b) L.I.R.

2.1.3. Conséquences du roulement prévu au paragraphe 85.1(7) L.I.R.

2.1.3.1. Conséquences pour la société par actions canadienne imposable

Le coût pour la société par actions sera égal au moins élevé de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des parts échangées ou du capital versé synthétique (soit le montant initialement versé à la fiducie de revenu en échange des intérêts d'un EIPD convertible)¹³.

2.1.3.2. Conséquences pour les détenteurs de parts

Dans le cadre de l'échange, les détenteurs d'intérêts dans l'EIPD convertible ont un produit de disposition de leurs parts et un PBR dans leurs actions d'un montant égal au PBR de leurs parts échangées. Dans le contexte où la JVM des actions reçues de la société par actions excède celle des parts transférées, le détenteur de parts pourrait inclure un avantage imposable dans son revenu en vertu de l'article 15 L.I.R. Il est donc important de bien confirmer la valeur des actions et pour cette raison, l'utilisation d'une société par actions existante pourrait rendre l'exercice plus laborieux.

2.1.4. Absence d'acquisition de contrôle

La méthode d'échange ne devrait pas à première vue entraîner une acquisition de contrôle de la nouvelle société publique ou des sociétés détenues directement ou indirectement par les fiducies constituant la fiducie de revenu. Ainsi, dans la mesure où les fiduciaires conservent le contrôle des biens de la fiducie, le contrôle de ces sociétés ne devrait normalement pas être acquis¹⁴. De plus, les règles prévues au paragraphe 256(7) L.I.R. ne s'appliquent pas dans le contexte du transfert d'une fiducie de revenu pour réputer l'existence d'une acquisition de contrôle.

¹³ Al. 85.1(8)e) L.I.R.

¹⁴ L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») considère que le contrôle d'une société dont la majorité des actions sont détenues par une fiducie est entre les mains des fiduciaires de cette dernière (voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006).

2.2. MÉTHODE PAR VOIE DE DISTRIBUTION

La méthode par voie de distribution prévue aux paragraphes 107(3) et 107(3.1) L.I.R. est relativement simple et permet un roulement pour les détenteurs de parts ou pour les fiducies lors de leur liquidation dans le cadre du processus de conversion.

Cette méthode s'avère cependant moins intéressante lorsque la fiducie intermédiaire détenue par la fiducie de revenu ou la fiducie de revenu elle-même possède des attributs fiscaux importants tels que des pertes fiscales, des crédits d'impôt ou des frais d'émission non déduits. En fait, lors d'une telle distribution, les attributs fiscaux de la fiducie exploitante ou de revenu ne seraient pas transférés ou conservés de la manière prévue lors d'une liquidation en vertu de l'article 88.1 L.I.R. et dont nous discuterons plus loin.

À l'instar du roulement prévu au paragraphe 85.1(8) L.I.R., le roulement prévu au paragraphe 107(3.1) L.I.R. est automatique si les conditions prévues au paragraphe 107(3) L.I.R. sont réunies. Ce dernier se lit comme suit :

« 107(3) application du par. (3.1) – le paragraphe (3.1) s'applique à la distribution d'un bien, effectuée par une fiducie au profit d'un contribuable, si les conditions suivantes sont réunies :

a) la distribution constitue un fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie auquel l'article 88.1 ne s'applique pas;

b) le bien est une action et les seules actions distribuées à l'occasion d'un fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie de la fiducie font partie d'une seule catégorie du capital-actions d'une société canadienne imposable;

c) si la fiducie est une EIPD convertible, la distribution est effectuée au plus tard 60 jours après le premier en date des moments suivants :

(i) le moment du premier fait lié à la conversion d'un EIPD-fiducie de la fiducie,

(ii) le moment de la première distribution, effectuée au profit de la fiducie, qui constitue un fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie d'une autre fiducie. »

2.2.1. Conditions d'application de la méthode par voie de distribution

2.2.1.1. Non-application de l'article 88.1 L.I.R.

L'article 88.1 L.I.R. ne peut s'appliquer dans le contexte où un « fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie » survient lorsque la méthode de distribution est celle que l'on désire utiliser. Comme nous verrons plus loin, le roulement de l'article 88.1 L.I.R. requiert tout de même qu'un choix soit produit afin qu'il s'applique. En l'absence d'un tel choix, le roulement prévu au paragraphe 107(3.1) L.I.R. s'applique automatiquement.

2.2.1.2. Moment et séquence de la distribution

La méthode de distribution doit être utilisée par une EIPD convertible au plus tard 60 jours après le premier en date des moments suivants :

- i) le moment du premier « fait lié à la conversion d'un EIPD-fiducie » de la fiducie;
- ii) le moment de la première distribution, effectuée au profit de la fiducie, qui constitue « un fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie » d'une autre fiducie.

À l'instar de la méthode de liquidation dont nous discuterons plus loin, les fiducies doivent être liquidées dans une séquence bien précise. Essentiellement, la liquidation doit se faire du bas vers le haut car les seuls biens que l'EIPD convertible peut distribuer se limitent à des actions d'une société canadienne imposable.

2.2.1.3. Fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie

En deux mots, un « fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie » consiste en une distribution de biens effectuée avant le 1^{er} janvier 2013 par une fiducie à un ou plusieurs bénéficiaires dans le cadre de la disposition de l'ensemble de la participation que ce(s) dernier(s) possède(nt) dans cette fiducie et qui entraîne la fin de la fiducie donnée immédiatement après la distribution ou immédiatement après la dernière d'une série de faits liés à la conversion d'une EIPD-fiducie. Cette distribution peut être faite par une EIPD-fiducie, soit la fiducie de revenu, mais également par une fiducie intermédiaire ayant comme seule bénéficiaire une fiducie de revenu ou une fiducie dont le bénéficiaire est une telle fiducie intermédiaire. Il est donc

possible d'effectuer une distribution en vertu du paragraphe 107(3.1) L.I.R. dans une chaîne de fiducies ultimement détenues par une fiducie de revenu.

La distribution d'un bien ayant été acquis par le biais d'un échange admissible en vertu du paragraphe 132.2(1) L.I.R. ou d'une disposition admissible en vertu de l'article 107.4 L.I.R. (ou de tout bien substitué par le biais de certains roulements fiscaux) après le 2 février 2009 d'une personne autre qu'une EIPD convertible ne constituerait pas une distribution de biens se qualifiant en tant que « fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie ». Il est donc important de vérifier l'origine des biens distribués afin d'éviter des conséquences fiscales néfastes.

De plus, une distribution à des bénéficiaires non résidents par voie de la méthode de distribution ne sera normalement pas assujettie à l'impôt de la Partie XIII.2 L.I.R.¹⁵

2.2.1.4. Biens distribués : uniquement des actions d'une seule catégorie d'une société canadienne imposable

Les seuls biens pouvant être distribués par la fiducie en vertu du roulement prévu au paragraphe 107(3.1) L.I.R. consistent en des actions d'une société canadienne imposable et, à l'instar du roulement prévu au paragraphe 85.1(8) L.I.R., ces actions doivent être d'une seule catégorie.

Avant d'effectuer une distribution de biens en vertu du paragraphe 107(3.1) L.I.R., il sera donc requis, si ce n'est pas déjà le cas, de transférer sous une nouvelle société par actions par voie de roulement l'entreprise exercée directement ou indirectement par la fiducie de revenu effectuant la distribution et d'éliminer les dettes subordonnées existant normalement dans les structures de fiducie de revenu qui incluent une société canadienne imposable exploitante. Également, la fiducie ne doit pas nécessairement détenir toutes les actions de la société canadienne imposable et, conséquemment, certaines transactions pourraient être envisagées relativement à la combinaison de certains actifs de la fiducie avec d'autres sociétés. Lors de ces transactions, il pourrait être avisé d'utiliser les attributs fiscaux de la fiducie effectuant la distribution qui, contrairement au roulement prévu au paragraphe 88.1(2) L.I.R., ne survivront pas à la distribution.

¹⁵ Voir la définition de « distribution déterminée » prévue à l'article 218.3 L.I.R.

Pour illustrer cela, un exemple intéressant serait celui d'une fiducie de type « fiducie sur corporation ». Cette fiducie détient normalement toutes les actions d'une société canadienne imposable (ci-après « Exploitante ») qui exerce une entreprise au Canada et qui détient, de son côté, des actions d'une société étrangère. De plus, un autre actif de la fiducie consiste en de la dette subordonnée d'Exploitante dont le montant du principal dépasse largement la JVM des actions de cette dernière. Afin d'utiliser la méthode de distribution, la fiducie devra d'abord éliminer la dette subordonnée, et ce, dans la mesure du possible, en évitant les règles prévues à l'article 80 L.I.R. visant le règlement de dette afin de potentiellement préserver une partie de ses attributs fiscaux, notamment ses pertes autres qu'en capital.

Une façon d'arriver à éliminer la dette subordonnée serait de procéder par le biais d'une transaction¹⁶ en vertu de laquelle la fiducie transfère sa dette subordonnée d'Exploitante à une filiale nouvellement formée (ci-après « Filiale 2 ») en échange d'actions ou de dettes. La perte en capital réalisée par la fiducie lors du transfert de la dette subordonnée d'Exploitante à Filiale 2 est transférée sur le PBR que Filiale 2 aura dans cette même dette¹⁷. Les deux filiales de la fiducie sont alors fusionnées et la dette subordonnée est éliminée. Dans le cadre de la fusion, la dette subordonnée est réputée payée pour un montant égal au principal de la dette¹⁸. Cette stratégie permet de combler le vide résultant du fait que la disposition visant à permettre le règlement de dette dans le cadre de la conversion d'une fiducie de revenu sans impact fiscal négatif se limite à la dette existant entre la fiducie de revenu et la fiducie intermédiaire¹⁹. La disparition d'une perte en capital pour la fiducie en raison de cette transaction ne devrait pas avoir d'effet négatif pour la fiducie car elle aurait été de toute manière éliminée lors de la distribution des actions de la filiale et la fin de la fiducie. Cette stratégie permettrait donc de sauvegarder les attributs fiscaux, en l'occurrence les pertes fiscales, au niveau d'Exploitante.

¹⁶ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-66 (archivé), « Transfert d'une dette avec lien de dépendance suivi d'une liquidation et de la vente des actions », 20 avril 1995.

¹⁷ Al. 40(2)e.1), 53(1)f.11) et par. 80.01(4) L.I.R.

¹⁸ Par. 80.01(3) L.I.R. Cette transaction peut également s'effectuer par la vente de la dette subordonnée par la fiducie à Filiale 2. Les actions de Filiale 2 sont alors transférées à Exploitante et Filiale 2 est liquidée dans Exploitante. La dette subordonnée s'éteint et le règlement de dette est évité par le biais de l'application du paragraphe 80.01(4) L.I.R.

¹⁹ Voir le paragraphe 80.01(5.1) L.I.R. dont nous discuterons plus loin.

Il convient de noter qu'une telle transaction ne pourrait pas s'effectuer sans réorganisation préalable si la dette subordonnée émise par Exploitante était détenue par une société en commandite. Une telle situation peut exister notamment dans le contexte d'une fiducie de type « fiducie sur fiducie ». En fait, la difficulté technique découle de la définition de « société de personnes canadienne admissible » qui établit celle-ci comme une société de personnes canadienne dont aucun des associés n'est notamment une fiducie, sauf une fiducie dans laquelle aucune personne non résidente n'a de droit de bénéficiaire²⁰. En raison du paragraphe 248(25) L.I.R. qui définit la notion de « droit de bénéficiaire », dans le contexte des fiducies de revenu, la société en commandite ne pourra de prime abord se qualifier en tant que société de personnes canadienne admissible puisqu'un certain pourcentage des bénéficiaires de la fiducie est normalement constitué de non-résidents.

En l'absence d'un cédant qui est une société en commandite se qualifiant en tant que « société de personnes canadienne », la perte en capital refusée en vertu de l'alinéa 40(2)e.1) L.I.R. au niveau de la société en commandite lors du transfert de la dette subordonnée ne pourra être ajoutée au PBR de cette dette pour la filiale nouvellement créée par la société en commandite. Par conséquent, le règlement de la dette subordonnée de la manière décrite précédemment entraînerait un revenu au niveau d'Exploitante et donc une réduction de ses attributs fiscaux.

Cependant, une possibilité serait de liquider la société en commandite dans la fiducie intermédiaire par voie de roulement par exemple, en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R., ou d'insérer une société entre la fiducie et la société en commandite de manière à assurer que le cédant se qualifie pour la transaction décrite précédemment. De telles transactions ne devraient normalement pas empêcher la conversion subséquente de la structure de fiducie de revenu par voie de roulement en vertu des méthodes de conversion disponibles.

2.2.2. Conséquences de la méthode de distribution pour les bénéficiaires de la fiducie de revenu

Les bénéficiaires de la fiducie qui recevront les actions détenues par la fiducie en vertu d'une distribution prévue au paragraphe 107(3) L.I.R. disposeront de leurs intérêts dans la fiducie pour un produit de disposition

²⁰ Voir la définition de « société de personnes canadienne admissible » prévue au paragraphe 80(1) L.I.R.

égal au PBR de leurs intérêts²¹. Le bénéficiaire sera réputé acquérir les actions pour une somme égale au PBR de l'intérêt dans la fiducie ou, si la fiducie n'a qu'un seul bénéficiaire (soit une société canadienne imposable ou une EIPD convertible), au PBR des actions pour la fiducie immédiatement avant la distribution. Si les actions distribuées étaient des biens canadiens imposables pour la fiducie, elles le seront pour le bénéficiaire.

2.2.3. Conséquences pour la fiducie et la société canadienne imposable dont les actions sont distribuées

La fiducie sera réputée avoir disposé des actions pour un produit de disposition égal à son PBR immédiatement avant la distribution.

Dans le cadre de cette distribution, certaines dettes de la fiducie pourraient être prises en charge par la société canadienne imposable. Ainsi, dans le cadre de cette prise en charge, si la somme à payer par la société à la maturité de ces dettes correspond à celle qui aurait été payable par la fiducie, alors le transfert de la dette à la société est réputé ne pas avoir été effectué et, d'autre part, la dette est réputée avoir été contractée ou émise par la société au moment où elle l'a été par la fiducie aux termes de la convention selon laquelle elle a été contractée et ne pas avoir été contractée par la fiducie. En résumé, cela signifie que les dettes de la fiducie de revenu pourraient être assumées par la société par actions imposable qui sera maintenant la nouvelle société publique et cela sans conséquence fiscale.

Dans le cas de certaines fiducies de revenu, le niveau d'endettement externe, par exemple, résultant de l'émission de débentures convertibles ou non est relativement élevé et, à la suite de la liquidation d'une telle fiducie de revenu, la société publique pourrait se retrouver avec une structure de capital qui inclurait un niveau important de dettes externes. Cependant, dans la mesure où cette situation résulte de l'application de la règle fiscale prévue à l'alinéa 107(3.1)e) L.I.R. et que les taux d'intérêt applicables sur de telles dettes ne sont pas modifiés à la suite de cette distribution (soit des taux beaucoup moins élevés que ceux applicables sur les dettes subordonnées internes existant au niveau de la structure de fiducie de revenu), le Ministère ne devrait pas être en désaccord avec une structure résultant de l'application de la règle qu'il a lui-même rédigée.

²¹ Al. 107(3.1)a) L.I.R.

2.2.4. Absence d'acquisition de contrôle de la société canadienne imposable à la suite de la distribution

Lors de la distribution des actions par la fiducie de revenu, aucune acquisition de contrôle de la société par actions imposable qui devient la société publique ne devrait survenir dans le contexte où aucun groupe agissant de concert²² n'existe au niveau de celle-ci à la suite de la distribution de ses actions. De façon générale, les fiducies de revenu en tant qu'entités publiques ne sont pas contrôlées par des groupes de personnes et, par conséquent, toute société canadienne imposable dont les actions sont distribuées ne devrait pas subir une acquisition de contrôle. Les pertes fiscales et autres attributs fiscaux de cette société devraient donc être conservés et être disponibles sans les restrictions applicables à la suite d'une acquisition de contrôle. En fait, par suite de cette distribution, un changement de contrôle devrait survenir (soit le changement du contrôle des fiduciaires au public) mais aucune acquisition de contrôle ne devrait survenir.

La situation serait différente si, à la suite d'une offre publique d'achat visant l'ensemble des unités d'une fiducie de revenu, une société acquéreuse décidait d'utiliser la méthode de distribution afin de simplifier la structure de la cible et de liquider la fiducie de revenu. Dans un tel cas, en raison de la distribution des actions de la société canadienne imposable, une acquisition de contrôle surviendrait au niveau de celle-ci (si une telle acquisition de contrôle ne s'est pas déjà produite par suite de l'acquisition des unités en raison du changement des fiduciaires) puisque aucune des règles prévues au paragraphe 256(7) L.I.R. ne trouverait application.

2.3. MÉTHODE PAR VOIE DE LIQUIDATION

Le roulement prévu au paragraphe 88.1(2) L.I.R. permet la liquidation d'une EIPD convertible dans son seul bénéficiaire qui est une société canadienne imposable ou la liquidation d'une fiducie dans une telle EIPD convertible et le tout dans le cadre d'un « fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie ». Par conséquent, il est nécessaire que l'actionnaire de l'EIPD convertible soit une société canadienne imposable.

²² *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*, [2003] 1 C.F. 447 (C.A.F.); AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-302R3, « Pertes d'une corporation – Effet des prises de contrôle, des fusions et des liquidations sur leur déductibilité – Après le 15 janvier 1987 », 28 février 1994, par. 1-10.

2.3.1. Conditions d'application de la méthode par voie de liquidation

2.3.1.1. Caractéristiques de la fiducie distribuant les biens

Dans le premier cas, la fiducie effectuant la distribution est une EIPD convertible dont le seul bénéficiaire à tout moment où la fiducie effectue une distribution qui est un « fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie » est une société canadienne imposable. Dans le second cas, la fiducie effectuant une distribution qui est « un fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie » doit à tout moment avoir comme seul bénéficiaire une fiducie décrite précédemment.

Par conséquent, la méthode de liquidation fonctionne uniquement lorsqu'une société canadienne imposable est bénéficiaire d'une EIPD convertible, soit lorsque la méthode d'échange est d'abord utilisée ou si l'EIPD convertible avait fait l'objet d'une prise de contrôle.

2.3.1.2. Ordre et période de distribution

Les distributions par la fiducie détenue par l'EIPD convertible ou par l'EIPD convertible doivent se succéder. Ainsi, il est important de noter qu'uniquement une EIPD convertible peut se liquider dans une société canadienne imposable. Si la première étape de la liquidation des fiducies formant la fiducie de revenu était la liquidation d'une EIPD convertible dans la société canadienne imposable qui est son seul bénéficiaire, et ce, avant la liquidation de la fiducie dont l'EIPD convertible est le seul bénéficiaire, cette fiducie intermédiaire ne pourrait pas bénéficier du roulement prévu au paragraphe 88.1(2) L.I.R. puisqu'elle n'aurait plus comme seul bénéficiaire une EIPD convertible mais plutôt une société canadienne imposable. Cette fiducie ne pourrait pas non plus utiliser la méthode de distribution prévue au paragraphe 107(3.1) L.I.R. car une telle distribution ne serait pas « un fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie ». Par conséquent, la fiducie qui devra être liquidée en premier lieu est toujours celle dont le seul bénéficiaire est l'EIPD convertible. Dans un cas de non-respect de l'ordre de distribution, une des fiducies pourrait donc devoir être liquidée sans le bénéfice d'un roulement.

De plus, lorsque la distribution est celle d'une EIPD convertible, celle-ci devra s'effectuer au plus tard 60 jours après le premier i) du moment du premier fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie de la fiducie ou ii) du moment de la première distribution effectuée au profit de la fiducie qui constitue un « fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie » d'une autre

fiducie. Lorsqu'une fiducie effectue une distribution en faveur d'une EIPD convertible, l'EIPD convertible devra donc effectuer sa propre distribution au cours d'une période de 60 jours.

2.3.1.3. Restriction visant la distribution d'actions d'une société canadienne

Si les biens distribués par l'EIPD convertible ou la fiducie dont l'EIPD convertible est le seul bénéficiaire sont des actions d'une société canadienne imposable, il est nécessaire de confirmer l'origine de celles-ci. Ainsi, si elles ont été acquises à la suite de l'utilisation de la méthode de distribution au niveau d'une fiducie détenue par une des deux fiducies pouvant se qualifier pour le roulement du paragraphe 88.1(2) L.I.R., la distribution de ces actions ne bénéficierait pas de ce roulement. Cela vient donc empêcher la liquidation d'une fiducie en vertu de l'article 88.1 L.I.R. dans le cas où elle aurait reçu auparavant une distribution visée par le roulement du paragraphe 107(3.1) L.I.R.

2.3.1.4. Choix requis

Contrairement au roulement prévu au paragraphe 107(3.1) L.I.R., le roulement de l'article 88.1 L.I.R. requiert que la fiducie effectuant la distribution fasse un choix dans un document qu'elle présente au ministre au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour son année d'imposition qui comprend le moment de la distribution²³. Il semble qu'aucun formulaire ne sera disponible pour effectuer ce choix, une simple lettre au ministre sera suffisante.

Les distributions qui découlent de l'application de l'article 88.1 L.I.R. (ainsi que celles visées par le roulement prévu au paragraphe 107(3.1) L.I.R.) font en sorte que les fiducies doivent cesser d'exister. Cela est requis afin que ces distributions constituent des « faits liés à la conversion d'une EIPD-fiducie »²⁴ et puissent donc se qualifier pour ces roulements. Malgré la fin de la fiducie, la fin d'année de cette dernière demeurera tout de même le 31 décembre (en l'absence d'une règle dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoyant une fin d'année réputée dans une telle situation). Par conséquent,

²³ S.-al. 88.1(1)d)(ii) L.I.R.

²⁴ Par. 248(1) « fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie », al. d) L.I.R.

la déclaration de revenus de cette dernière continuera d'être produite dans les 90 jours suivant sa fin d'année d'imposition prévue le 31 décembre²⁵.

2.3.2. Conséquences fiscales de l'utilisation de la méthode de liquidation

Lorsque les conditions prévues au paragraphe 88.1(1) L.I.R. sont remplies à l'égard d'une distribution par une fiducie dans un contribuable, les conséquences fiscales prévues au paragraphe 88.1(2) L.I.R. s'appliqueront et occasionneront notamment l'application des paragraphes 88(1) à 88(1.7) L.I.R. à une telle distribution en raison des adaptations nécessaires prévues au paragraphe 88.1(2) L.I.R. Il est important de noter que l'article 87 L.I.R. et les alinéas 256(7)a) à e) L.I.R. s'appliqueront dans la mesure où ils sont applicables dans le cadre des paragraphes 88(1) à 88(1.7) L.I.R.

La référence à l'article 87 L.I.R. est notamment nécessaire afin de, par exemple, faire le lien avec l'alinéa 88(1)e.2) L.I.R. qui prévoit les effets d'une liquidation à l'égard de la continuité de divers attributs, comptes ou éléments fiscaux de la fiducie (réputée être une société canadienne imposable qui n'est pas une société privée).

Contrairement à la référence à l'article 87 L.I.R. dans le passage introductif du paragraphe 88.1(2) L.I.R., celle visant les alinéas 256(7)a) à e) L.I.R. n'était pas incluse dans la première proposition législative du 14 juillet 2008 entourant les règles de conversion d'EIPD convertible. À l'égard de cette modification relativement à la proposition législative initiale, les notes explicatives du mois de décembre 2008 formulées par le Ministère mentionnent ceci :

« Pour l'application à ces fins des dispositions énoncées aux paragraphes 88(1) à (1.7), l'article 87 et les alinéas 256(7)a) à e) de la Loi sont également rendues applicables et font l'objet d'autres modifications selon les circonstances. Par exemple, pour l'application des alinéas 256(7)a) à e) de la Loi dans le cadre des paragraphes 88(1.1) et (1.2) relativement à la liquidation d'une fiducie, la disposition selon laquelle les sociétés doivent être liées est réputée être libellée comme si la mention "société" était remplacée par "fiducie". »

À première vue, les alinéas 256(7)a) à e) L.I.R. semblent être disponibles pour éviter une acquisition de contrôle dans le contexte des paragraphes 88(1) à 88(1.7) L.I.R. En fait, parmi les paragraphes 88(1) à

²⁵ Al. 150(1)c) L.I.R.

88(1.7) L.I.R., les seuls visés par les conséquences d'une telle acquisition de contrôle sont les paragraphes 88(1.1) et 88(1.2) L.I.R. comme il est mentionné dans l'extrait des notes explicatives reproduit précédemment. Nous discuterons plus loin de la question entourant l'existence d'une acquisition de contrôle si une fiducie est liquidée en vertu du paragraphe 88.1(2) L.I.R. et afin de permettre l'application des paragraphes 88(1) à 88(1.7) L.I.R.

2.3.2.1. Adaptations prévues au paragraphe 88.1(2) L.I.R.

Dans le contexte du paragraphe 88.1(2) L.I.R., les adaptations nécessaires sont prévues afin de permettre à une telle distribution d'être considérée comme une liquidation visée par le roulement du paragraphe 88(1) L.I.R.

Fiducie effectuant la distribution (la « filiale ») considérée comme une société canadienne imposable qui n'est pas une société privée

Afin de remplir les conditions du passage introductif du paragraphe 88(1) L.I.R., l'alinéa 88.1(2)a) L.I.R. prévoit que la filiale est considérée comme une société canadienne imposable. De plus, cette société canadienne imposable est considérée comme n'étant pas une « société privée ». Le statut de société privée s'avère pertinent dans le cas, par exemple, de savoir si la société est une société privée sous contrôle canadien et si elle peut bénéficier d'un compte de dividendes en capital. Nous pouvons présumer que cette exclusion spécifique vise à éliminer toute forme de planification entourant le statut de « société privée ».

La même règle s'applique au contribuable, s'il est une EIPD convertible, et ce dernier est considéré comme étant une société canadienne imposable qui n'est pas une société privée²⁶.

Distribution en tant que liquidation de la filiale et participations dans la fiducie considérées comme des actions

L'alinéa 88.1(2)c) L.I.R. traite la distribution par la fiducie comme une liquidation de la fiducie et la participation du contribuable à titre de bénéficiaire de la fiducie est traitée comme si elle était constituée d'actions d'une seule catégorie d'actions du capital-actions de la fiducie-filiale appartenant au contribuable²⁷.

²⁶ Al. 88.1(2)b) L.I.R.

²⁷ Al. 88.1(2)d) L.I.R.

Roulement pour le contribuable

Lors de cette distribution, en vertu de l'alinéa 88.1(2)e) L.I.R., le produit de disposition pour le contribuable de sa participation à titre de bénéficiaire dans la fiducie-filiale ou l'EIPD convertible (considérée comme des actions en vertu de l'alinéa 88.1(2)d) L.I.R.) qui lui appartenait immédiatement avant la distribution est réputé, aux fins de l'alinéa 88(1)b) L.I.R., être égal au PBR pour lui de cette participation immédiatement avant la distribution. Cela permet au contribuable de disposer de sa participation dans la fiducie-filiale ou l'EIPD convertible par voie de roulement.

Cette règle fut introduite lors des modifications apportées à la législation ayant été proposée initialement le 14 juillet 2008 qui ont permis d'assurer qu'aucun gain en capital ne soit réalisé par un contribuable à la suite d'une distribution visée par l'article 88.1 L.I.R., en particulier une distribution effectuée par une EIPD convertible.

Si la méthode d'échange était utilisée dans le cadre de la conversion de la fiducie de revenu, en vertu de la législation proposée le 14 juillet 2008, la nouvelle société canadienne imposable aurait pu avoir un PBR dans sa participation dans l'EIPD convertible moins élevé que le capital versé synthétique de cette participation et, par conséquent, le contribuable aurait réalisé un gain en capital en vertu de l'application de l'alinéa 88(1)b) L.I.R. lors de la distribution. Cette situation a heureusement été corrigée par le biais de l'alinéa 88.1(2)e) L.I.R.

Possibilité d'augmentation de coût en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.

En vertu de l'alinéa 88.1(2)f) L.I.R., chaque fiducie, dont un bénéficiaire détenant une participation majoritaire, au sens de l'article 251.1 L.I.R., est une autre fiducie qui est considérée comme une société par l'effet du paragraphe 88.1(2) L.I.R. est considérée comme une société.

De plus, l'alinéa 88.1(2)g) L.I.R. prévoit que, sauf pour l'application des paragraphes 88(1.1) et 88(1.2) L.I.R., la dernière acquisition de contrôle par le contribuable de la filiale et de chaque société (y compris une fiducie qui est considérée comme une société par l'effet du présent paragraphe) contrôlée par la filiale s'était produite la dernière fois qu'il est devenu un bénéficiaire détenant une participation majoritaire, au sens de l'article 251.1 L.I.R., de la fiducie. Ces deux règles visent potentiellement à permettre l'application, s'il y a lieu, de l'augmentation de PBR prévue aux alinéas 88(1)c) et d) L.I.R.

Acquisition de contrôle dans le contexte de la méthode de liquidation

Tel qu'il a été mentionné précédemment, l'utilisation de la méthode de distribution n'entraîne aucune acquisition de contrôle en raison de la distribution par l'EIPD convertible d'actions d'une société canadienne imposable exploitant directement ou indirectement l'entreprise de la fiducie de revenu avant sa conversion. En particulier, bien que le contrôle des actions de cette société quitte les mains des fiduciaires de l'EIPD convertible pour aller entre les mains du public, cela n'occasionne pas une acquisition de contrôle mais plutôt uniquement un changement de contrôle.

Dans le contexte de la méthode de liquidation, l'alinéa 256(7)f L.I.R. vient confirmer que, dans les circonstances qui y sont prévues, le contrôle d'une société est réputé ne pas avoir été acquis en raison de la liquidation d'une fiducie à cause d'un fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie. L'alinéa 256(7)f L.I.R. se lit comme suit :

« f) lorsqu'une fiducie donnée est le seul bénéficiaire d'une autre fiducie, qu'elle est visée à l'alinéa c) de la définition de "fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie", qu'elle acquerrait, en l'absence du présent alinéa, le contrôle d'une société par le seul effet d'un fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie qui constitue une distribution d'actions du capital-actions de la société par l'autre fiducie et que l'autre fiducie contrôlait la société immédiatement avant la distribution, la fiducie donnée est réputée ne pas acquérir le contrôle de la société en raison de la distribution. »

La liquidation effectuée entre deux fiducies ne devrait donc pas aboutir à une acquisition de contrôle d'une société détenue avant cette liquidation par la fiducie liquidée. Afin de se qualifier en vertu de l'alinéa 256(7)f L.I.R., il semblerait que les seuls biens devant être distribués doivent être des actions de la société dont le contrôle serait autrement acquis. Bien que le fondement d'une telle condition puisse sembler difficile à respecter, certaines réorganisations pourraient permettre de bénéficier de l'alinéa 256(7)f L.I.R.

Ce qui surprend le plus c'est qu'aucune règle n'ait été jusqu'à maintenant spécifiquement prévue au paragraphe 256(7) L.I.R. afin de permettre notamment d'éviter une acquisition de contrôle lors de la liquidation de l'EIPD convertible dans la nouvelle société publique ayant été créée dans le cadre de l'application de la méthode d'échange²⁸. Dans un tel cas, la liquidation d'une EIPD convertible détenant des actions de la société

²⁸ Les notes explicatives entourant l'alinéa 256(7)f L.I.R. ainsi que diverses discussions tenues avec le ministère des Finances du Canada n'ont pu clarifier les raisons d'une telle situation.

canadienne imposable qui exploite l'entreprise de la fiducie de revenu pourrait, en l'absence d'une exception, entraîner une acquisition de contrôle de cette société par la nouvelle société publique des mains des fiduciaires de l'EIPD convertible. Ce résultat nous apparaît surprenant compte tenu de l'objectif des règles de conversion tel qu'il est décrit par le Ministère dans son communiqué du 20 décembre 2007 :

« Le ministre a par ailleurs indiqué que le gouvernement demeure résolu à travailler avec les contribuables touchés afin que les EIPD existantes puissent se convertir en sociétés canadiennes imposables sans que les investisseurs, ou les EIPD proprement dites, ne subissent de conséquences fiscales indues lors de la conversion²⁹. »

Il semble que l'absence d'une règle visant à éviter une acquisition de contrôle dans le contexte de la liquidation de l'EIPD est complètement contraire à la position publiée par le ministère des Finances puisqu'une telle acquisition de contrôle aurait des conséquences fiscales indues et néfastes pour les investisseurs et l'EIPD convertible, soit l'application de l'ensemble des règles applicables dans le contexte d'une acquisition de contrôle, autres que celles prévues aux alinéas 88(1.1) et 88(1.2) L.I.R.

Par conséquent, plusieurs questions pourraient se poser à l'égard de l'interprétation qui semble avoir été donnée jusqu'à présent par les praticiens au passage introductif du paragraphe 88.1(2) L.I.R. qui se lit comme suit :

« Si le présent paragraphe s'applique à une distribution de biens effectuée par une fiducie au profit d'un contribuable, les paragraphes 88(1) à (1.7), ainsi que l'article 87 et les alinéas 256(7)a) à e) dans la mesure où ils s'appliquent dans le cadre de ces paragraphes, s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, comme si : [...] »

Tel qu'il a été indiqué précédemment, nous pouvons comprendre la nécessité de se référer à l'article 87 L.I.R.; cependant, la raison pour laquelle une référence est faite à l'ensemble des alinéas du paragraphe 256(7) L.I.R. demeure peu claire. Ainsi, dans le contexte de l'application des paragraphes 88(1) à 88(1.7) L.I.R., il semble que l'alinéa 256(7)a) L.I.R. est le seul qui s'avère réellement pertinent. De plus, il est difficile de comprendre l'absence de référence dans le passage introductif du nouvel alinéa 256(7)f) L.I.R.

Puisque la liquidation de l'EIPD convertible dans la nouvelle société publique est visée par le paragraphe 88(1) L.I.R. en raison de l'application du paragraphe 88.1(2) L.I.R., on pourrait potentiellement argumenter sur le fait que les adaptations nécessaires doivent être faites à l'alinéa 256(7)a)

²⁹ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1.

L.I.R. afin de pouvoir appliquer le paragraphe 88(1) L.I.R. de manière à éviter une acquisition de contrôle. Une telle adaptation est d'ailleurs faite pour appliquer l'alinéa 256(7)a) L.I.R. dans le contexte des paragraphes 88(1.1) et 88(1.2) L.I.R. Bien que les diverses adaptations contenues dans le paragraphe 88.1(2) L.I.R. soient effectuées aux fins des paragraphes 88(1) à 88(1.7) L.I.R., il ressort qu'une liquidation en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. existe à toutes les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, par conséquent, aux fins d'appliquer l'alinéa 256(7)a) L.I.R. Il serait plus que raisonnable qu'une transaction qui est considérée comme une liquidation en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. n'entraîne pas une acquisition de contrôle.

Malgré tous ces arguments possibles, en l'absence d'une règle claire telle que celle prévue à l'alinéa 256(7)f) L.I.R., il demeure extrêmement difficile de conclure qu'une acquisition de contrôle ne découlerait pas de la liquidation de l'EIPD convertible dans la nouvelle société publique. Ainsi, seulement les règles fiscales applicables dans le contexte d'une acquisition de contrôle prévues aux paragraphes 88(1.1) et 88(1.2) L.I.R. seraient présentement évitées alors que les autres semblent toutes s'appliquer. Les discussions avec le ministère des Finances et l'ARC se poursuivent afin d'obtenir des clarifications additionnelles concernant l'existence d'une acquisition de contrôle lors de la liquidation d'une EIPD convertible dans une société publique.

2.4. AUTRES ÉLÉMENTS TECHNIQUES

2.4.1. Options d'achat d'unités émises aux employés

Le nouvel alinéa 7(1.4)b) L.I.R. permet aux options d'achat d'unités émises aux employés d'une « EIPD-fiducie » d'être échangées par voie de roulement contre des actions de la nouvelle société canadienne imposable publique résultant de la conversion³⁰. Ce changement permet et assure que l'échange des options initialement octroyées aux employés puisse se faire par voie de roulement fiscal, et ce, dans le contexte de la conversion d'une fiducie de revenu. Il convient de noter cependant que ce changement n'a pas réglé l'ensemble des questions entourant les bénéficiaires octroyés à des employés par le biais de différents plans d'encouragement. Compte tenu du fait que la législation entourant les conversions d'EIPD convertibles a été

³⁰ En effet, l'article 7 L.I.R. s'applique aux options émises à l'égard d'unités d'une fiducie de fonds commun de placement en raison de la définition de « personnes admissibles » prévue au paragraphe 7(7) L.I.R.

adoptée, il serait très surprenant que des changements additionnels soient apportés à cet égard.

2.4.2. Règlement de dette

Une question qui s'avère très importante dans le contexte de la conversion d'une fiducie de revenu est la possibilité offerte à ces fiducies de régler des dettes existantes à l'intérieur de la structure. Dans le contexte où une dette n'est pas entièrement payée ou est réglée pour un montant moindre que son principal, l'entité débitrice pourrait avoir à inclure un montant dans son revenu. Cela aurait donc des implications fiscales et irait à l'encontre de l'objectif et de la politique sous-jacente aux règles permettant la conversion des fiducies de revenu.

La législation ayant été adoptée vise uniquement à éviter des conséquences fiscales dans le contexte du règlement de la dette entre la fiducie de revenu et la fiducie intermédiaire dans le contexte d'une structure de « fiducie sur fiducie ». Dans un tel cas, la dette pourra être réglée sans impact fiscal en vertu de l'alinéa 80.01(5.1)b) L.I.R. qui répute la dette avoir été réglée pour un montant égal à son coût.

D'autre part, la règle prévue au paragraphe 80.01(4) L.I.R. pourrait potentiellement s'appliquer afin d'éviter un règlement de dette dans le contexte d'une liquidation en vertu du paragraphe 88.1(2) L.I.R.

Dans le cas des autres dettes pouvant exister dans une structure de fiducie de revenu, il sera nécessaire de mettre en application certaines stratégies visant à éliminer toute possibilité de revenus découlant du règlement de ces dettes tout en tentant de préserver les attributs fiscaux existant au niveau du débiteur.

Malgré les nombreuses représentations ayant été déposées par la communauté fiscale à l'égard de cette question, aucun autre changement n'a jusqu'à maintenant été proposé afin d'étendre la portée du paragraphe 80.01(5.1) L.I.R. Dans les structures de fiducie, les dettes existent normalement au niveau des entités exploitantes. Dans un tel contexte, le Ministère a peut-être considéré que, dans le cas d'un règlement de dette, il est raisonnable de s'attendre à ce que l'entité exploitante ayant généré certains attributs fiscaux puisse, lors du règlement de dette, réduire ceux-ci afin de minimiser son revenu imposable en découlant. Un tel raisonnement de la part du Ministère serait cependant surprenant puisque le paragraphe 80.01(5.1) L.I.R. s'applique aux fiducies intermédiaires et celles-ci ont, dans certains cas, de très importantes pertes fiscales découlant de leurs

participations dans des sociétés en commandite. En résumé, l'inaction du ministère des Finances dans ce cas est difficile à comprendre.

2.4.3. Participations résiduelles

Dans le contexte d'une fiducie de revenu, il est fréquent que le vendeur de l'entreprise ait accepté ou ait exigé de conserver une participation dans la fiducie de revenu à la suite du transfert de ses actions ou des actifs de l'entreprise à une société en commandite ou dans le contexte de structure moins récente, à une société. Les unités de la société en commandite ou les actions de la société par actions reçues par les vendeurs s'avéraient échangeables contre des unités de la fiducie de revenu et, sous certaines conditions, offraient à leurs détenteurs un traitement économique similaire à celui accordé à un détenteur de parts de la fiducie de revenu.

Dans le contexte de la conversion de la fiducie de revenu, aucune règle n'a été prévue à l'égard du traitement fiscal accordé aux détenteurs d'une telle participation résiduelle dans la fiducie de revenu. Cependant, puisque l'entité résultante de la conversion de la fiducie de revenu sera une société, il est raisonnable de penser que les vendeurs utiliseront le roulement fiscal prévu à l'article 85 L.I.R. afin de transférer leur participation résiduelle. Dans certains cas, ce transfert devra être effectué immédiatement après la mise en place de la société publique.

Il convient de noter qu'un argument pourrait être soulevé selon lequel les particuliers détenant de telles participations résiduelles pourraient potentiellement réaliser une perte lors de leur transfert à la nouvelle société canadienne imposable publique. Cette situation résulte du fait qu'uniquement les intérêts dans une EIPD convertible (déterminés sans tenir compte du paragraphe 248(25) L.I.R.) sont réputés, en vertu de l'alinéa 54(1)j) L.I.R. de la définition de perte apparente, être des biens identiques à une action société de conversion-EIPD.

2.5. ÉLÉMENTS DE PLANIFICATION

2.5.1. Règles de conversion pour effectuer une acquisition

À la lumière de ce qui précède, une société publique pourrait en théorie utiliser les règles de conversion, en particulier la méthode d'échange afin d'acquérir les unités d'une fiducie de revenu dans le cadre d'une offre publique d'achat. Afin de faciliter une telle transaction, la société publique pourrait se créer une nouvelle filiale qui serait publique et par le biais de laquelle l'acquisition pourrait se faire. La méthode d'échange permet donc

potentiellement l'acquisition de fiducies de revenu par le biais d'un échange d'actions octroyant un roulement automatique, ce qui était pratiquement impossible auparavant. Un roulement était disponible uniquement si des choix en vertu de l'article 85 L.I.R. étaient produits par chaque bénéficiaire de la fiducie de revenu.

2.5.2. Règles de conversion utilisées lors de l'acquisition de pertes fiscales

Au cours des derniers mois, nous avons vu certaines transactions en vertu desquelles des fiducies de revenu ont acquis des montants significatifs de pertes fiscales de sociétés publiques en difficulté qui n'étaient pas dans une entreprise similaire³¹.

Dans le cadre de la transaction Superior Plus-Ballard, après la mise en œuvre d'une réorganisation complexe, les règles de conversion semblent avoir été utilisées afin d'éviter une acquisition de contrôle au niveau de la nouvelle société publique qui avait acquis les pertes fiscales. Ainsi, les règles de conversion ont probablement permis de distribuer au public les actions de la société détenant les pertes fiscales ayant été acquises de l'autre société publique et cela sans acquisition de contrôle.

Bien que d'un point de vue purement technique de telles transactions fonctionnent, il demeure toutefois incertain que la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») s'appliquerait dans le contexte d'une telle transaction. En plus d'être en présence d'une transaction allant à l'encontre d'une des seules politiques claires en matière de fiscalité canadienne, soit l'interdiction de la vente de pertes fiscales à une tierce partie (sans notamment respecter les règles prévues au paragraphe 111(5) L.I.R.), la transaction Superior Plus-Ballard semble également utiliser une règle qui visait de prime abord à permettre à une fiducie de revenu de se convertir en société sans impact fiscal et non d'acheter des pertes fiscales d'une tierce partie. Il sera intéressant de voir comment l'ARC réagira à ce type de transaction et si elle tentera d'appliquer la RGAÉ.

³¹ Voir notamment la transaction entre Superior Plus Income Fund et Ballard Power ainsi que la description qui en a été faite par Éline MARCHAND et Alain FOURNIER, « Quoi faire avant la tempête? », dans *Colloque – Fiscalité des entreprises en difficulté financière*, 182, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 2:1-29.

2.5.3. Structure de société publique ayant un niveau d'endettement élevé

L'idée de restructurer les fiducies de revenu sous la forme d'une société publique ayant un niveau d'endettement élevé pourrait être une option à analyser. Pour arriver à un tel résultat, le capital de la fiducie de revenu pourrait être restructuré sans roulement fiscal de façon qu'une partie du capital de la fiducie devienne de la dette à taux d'intérêt élevé. Cette approche serait potentiellement bénéfique pour les investisseurs non résidents ou tout simplement exonérés d'impôt au Canada puisqu'elle procurerait un résultat similaire à celui découlant des fiducies de revenu actuelles.

Compte tenu de l'existence de la règle antiévitement contenue dans le PEF du 31 octobre 2006, avant d'envisager une telle restructuration, il serait avisé de tenter d'obtenir une décision anticipée de l'ARC (qui, dans le cadre de son analyse de la question, irait certainement consulter le ministère des Finances). Si le niveau d'endettement de la structure proposée respecte le ratio dette-équité prévu au paragraphe 18(4) L.I.R. (soit 2 pour 1) et que le taux d'intérêt sur cette dette était raisonnable compte tenu des caractéristiques de la société publique, il est possible que l'ARC soit favorable à cette restructuration. En fait, ce niveau de dette pourrait de toute manière être atteint dans le cadre de la stratégie de financement de la société publique.

CONCLUSION

Il est indéniable que de louables efforts ont été faits par le ministère des Finances du Canada pour permettre aux fiducies de revenu de se convertir d'une manière relativement simple sans que cela entraîne des conséquences fiscales trop néfastes pour la fiducie de revenu et ses détenteurs de parts. Il demeure clair à ce moment que de nombreuses modifications et clarifications législatives sont nécessaires. Nous pouvons espérer que le Ministère ait l'appétit pour venir compléter avant le début de 2010 le travail si bien entamé et permettre aux fiducies de revenu de se convertir sans souci ou incertitude d'ici le 1^{er} janvier 2011.

CRÉDITS D'AFFAIRES ÉLECTRONIQUES



Denis Valois
M. Sc. Econ.
Investissement Québec



Annie Rondeau
Avocate, DESS fisc.
Investissement Québec

SANS TEXTE

**LE CINQUIÈME PROTOCOLE MODIFIANT LA CONVENTION
FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS –
UNE MISE À JOUR**



Pierre Bourgeois
CA
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 39:3

1. FOURNISSEURS DE SERVICES ET ÉTABLISSEMENTS STABLES – ARTICLE V..... 39:4

1.1. HISTORIQUE..... 39:4

1.2. LE PROTOCOLE 39:6

 1.2.1. Alinéa 9 a)..... 39:7

 1.2.2. Alinéa 9 b)..... 39:9

1.3. OBSERVATIONS..... 39:14

2.	RÈGLE BILATÉRALE SUR LES RESTRICTIONS APPORTÉES AUX AVANTAGES – ARTICLE XXIX A	39:15
2.1.	COMPOSANTE DE L'ARTICLE SUR LES RESTRICTIONS APPORTÉES AUX AVANTAGES.....	39:16
2.2.	PERSONNE ADMISSIBLE – PARAGRAPHE 2.....	39:17
2.2.1.	Situation n° 1 : société ayant un contrôle à l'extérieur du Canada ou des États-Unis	39:24
2.2.2.	Situation n° 2 : société canadienne avec deux catégories d'actions	39:25
2.2.3.	Situation n° 3 : critère de l'« érosion de l'assiette »	39:27
2.3.	ACTIVITÉS INDUSTRIELLES OU COMMERCIALES EXERCÉES ACTIVEMENT – PARAGRAPHE 3.....	39:28
2.4.	AVANTAGES DÉRIVÉS – PARAGRAPHE 4	39:31
2.5.	DÉTERMINATION PAR L'AUTORITÉ COMPÉTENTE – LE DERNIER RECOURS	39:34
3.	ENTITÉS HYBRIDES ET TRANSPARENTES	39:35
3.1.	ENTITÉS TRANSPARENTES.....	39:35
3.2.	PRÉOCCUPATIONS.....	39:36
3.2.1.	Définition de l'expression « transparente sur le plan financier »	39:36
3.2.2.	Traitement du revenu, du profit ou du gain	39:37
	CONCLUSION	39:38
	ANNEXE 1	39:39

INTRODUCTION*

Dans le cadre du Congrès 2008¹, nous avons présenté une analyse détaillée des mesures du cinquième protocole² qui a reçu les sanctions nécessaires du Canada et des États-Unis à la fin de l'automne 2008. Plusieurs des modifications apportées sont donc en vigueur depuis le 1^{er} janvier de cette année³. Ainsi, des questions d'interprétation ont été identifiées par les contribuables et leurs conseillers au cours de l'année. De plus, certaines dispositions entreront en vigueur en 2010. Notre objectif, dans le cadre du présent texte, est de mettre en relief les problèmes

* L'auteur tient à remercier M^e Luc Blanchette, avocat, M. Fisc., et M^e Philippe Lepage, avocat, M. Fisc., de PricewaterhouseCoopers de leur aide dans la préparation de ce texte. L'auteur demeure toutefois responsable de toute erreur ou imprécision qui se serait glissée dans le présent document. Des changements législatifs, jurisprudentiels ou administratifs postérieurs au congrès peuvent avoir un effet sur la validité des commentaires qui y sont contenus.

¹ Pierre BOURGEOIS, « Le cinquième protocole de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis* – Mise à jour technique », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, pp. 40:1-75, 2009. Certains extraits du texte cité ont été repris dans notre mise à jour afin d'en faciliter la lecture.

² Voir CANADA, ministère des Finances, *Protocole modifiant la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, faite à Washington le 26 septembre 1980 et modifiée par les protocoles faits le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997*, incluant les notes diplomatiques (Annexes A et B de la convention). Voir aussi l'explication technique (ci-après « ET ») déposée le 10 juillet 2008 par le département du Trésor des États-Unis : DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Technical Explanation of the Protocol Done at Chelsea on September 21, 2007, Amending the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and Capital Done at Washington on September 26, 1980 as amended by the Protocols Done on June 14, 1983, March 28, 1994, March 17, 1995 and July 29, 1997*, 10 juillet 2008. Suivant la coutume, le Canada a confirmé que l'ET est conforme à ce qui avait été convenu au cours des négociations en matière de l'interprétation et de l'application des dispositions du protocole. Ainsi, l'ET vient préciser les mesures contenues au protocole et offre des lignes directrices en matière d'interprétation (CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* 2008-052, « Le Canada est d'accord avec l'explication technique américaine du cinquième protocole à la convention fiscale Canada-États-Unis », 10 juillet 2008). Le protocole a été ratifié par les deux gouvernements et est entré en vigueur le 15 décembre 2008.

³ Voir P. BOURGEOIS, *loc. cit.*, note 1, pour une discussion détaillée des diverses dates d'entrée en vigueur. Certaines mesures, notamment la réduction du taux de retenue sur les intérêts et certaines autres dispositions qui avaient été annoncées antérieurement par communiqués de presse, ont des dates d'entrée en vigueur qui précèdent 2010.

d'interprétation et les modifications qui toucheront la prochaine année, notamment :

- les modifications apportées à la notion d'établissement stable (ci-après « ES ») pour les fournisseurs de services;
- les nouvelles dispositions portant sur les restrictions apportées aux avantages de la convention; et
- les entités hybrides.

1. FOURNISSEURS DE SERVICES ET ÉTABLISSEMENTS STABLES – ARTICLE V

Le protocole contient un ajout important à l'article V de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*⁴ qui influera directement sur les entreprises américaines fournissant des services au Canada et les entreprises canadiennes fournissant des services aux États-Unis.

Les nouvelles règles concernant les ES prendront effet dans la troisième année qui se termine après l'année de la ratification du protocole. Par conséquent, puisque le protocole a été ratifié en 2008, les nouvelles dispositions sur les ES s'appliqueront à partir du 1^{er} janvier 2010⁵. L'ET vient également préciser que ces dispositions ne s'appliqueront pas pour inclure les jours de présence, les services fournis ou le revenu brut tiré d'une entreprise exploitée activement antérieurs au 1^{er} janvier 2010⁶.

1.1. HISTORIQUE

Prenons l'exemple d'une société américaine (USCo) qui est clairement un « résident des É.-U. » aux fins de la convention et qui fournit des services au Canada. Selon la convention actuelle, USCo sera assujettie à l'impôt sur le

⁴ *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997 (ci-après « Convention Canada-États-Unis »).

⁵ Dans la mesure où la fin d'année du contribuable est au 31 décembre. Si un contribuable n'a pas établi une fin d'année par le passé dans une juridiction, il pourrait être possible de choisir une fin d'année que ne se termine pas au 31 décembre et ainsi reporter l'application des nouvelles règles.

⁶ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 2, p. 65.

revenu des sociétés du Canada sur ses bénéficiaires attribuables à la prestation de services au Canada uniquement si elle a un ES au Canada par l'intermédiaire duquel elle exploite son entreprise. Pour les fournisseurs de services, l'analyse de l'existence d'un ES en vertu de la convention actuelle mettrait l'accent sur l'existence des éléments suivants :

- une « installation fixe d'affaires » (par. 1);
- l'une des « installations » énumérées au paragraphe 2;
- un chantier de construction ou de montage (par. 3);
- un agent autre qu'un agent jouissant d'un statut indépendant qui exerce habituellement des pouvoirs lui permettant de conclure des contrats au nom d'USco (par. 5); ou
- l'exemption relative à des « activités de caractère préparatoire ou auxiliaire », même si un ES existerait autrement (par. 6).

USco peut généralement gérer ses activités de façon à ne pas avoir un ES au Canada en vertu de ces dispositions. Dans l'affaire *La Reine c. Dudney*⁷, la Cour d'appel fédérale a donné certaines indications sur la mesure selon laquelle un fournisseur de services pourrait exercer des activités au Canada pendant une période de temps importante sans y avoir une présence imposable. À la lumière des faits propres à l'affaire, la Cour a conclu qu'un consultant non résident qui fournissait des services dans les locaux de son client au Canada (pendant plus de 300 jours au cours de l'une des années d'imposition en cause) n'y avait pas une « installation fixe d'affaires » (théoriquement, l'équivalent d'un ES). La principale question était de déterminer si le contribuable avait le « contrôle » des lieux.

Une fois le jugement rendu, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») était aux prises avec la question de savoir si les conclusions de l'arrêt *Dudney* avaient une large portée ou si elles ne devaient s'appliquer qu'à des situations comportant des faits semblables. La réponse a été donnée avec la publication, le 5 décembre 2005, du mémorandum sur les prix de transfert TPM-08⁸. Le mémorandum contient un cadre général,

⁷ 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.) (ci-après « *Dudney* »).

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Mémorandum TPM-08*, « La décision *Dudney* : Effets sur la vérification des bases fixes ou des établissements stables et (à suivre...) »

probablement destiné aux vérificateurs de l'ARC et aux agents des appels, pour déterminer l'existence d'ES en vertu de la définition « générale » d'ES, qui est incluse dans toutes les conventions fiscales du Canada. Dans le TPM-08, l'ARC souligne l'importance de distinguer les faits d'une situation donnée de ceux de l'arrêt *Dudney*. Au moment de la rédaction du présent texte, l'ARC n'a pas publié de mise à jour de sa position pour tenir compte des modifications proposées dans le protocole.

1.2. LE PROTOCOLE

C'est le fait qu'un certain nombre de contribuables non résidents s'étaient fiés à l'arrêt *Dudney*, du moins en partie, pour soutenir qu'ils n'avaient pas d'ES au Canada qui semble être à l'origine de la parution du mémorandum TPM-08. Il semble clair que les modifications contenues dans le protocole empêcheront les résidents américains de s'en remettre à l'arrêt *Dudney* lorsqu'ils fournissent des services au Canada.

En particulier, l'article 3 du protocole ajoute ce qui suit (par. 9) à l'article V de la convention :

« Sous réserve du paragraphe 3, lorsqu'une entreprise d'un État contractant fournit des services dans l'autre État contractant, s'il est déterminé qu'elle n'a pas d'établissement stable dans cet autre État en vertu des paragraphes précédents du présent article, cette entreprise est réputée fournir ces services par l'intermédiaire d'un établissement stable dans cet autre État dans les seuls cas où :

- a) Ces services sont fournis dans cet autre État par une personne physique qui y séjourne pendant une période ou des périodes totalisant 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de douze mois et, pendant cette période ou ces périodes, plus de 50 p. 100 des recettes brutes tirées d'une entreprise exploitée activement de l'entreprise consistent en un revenu tiré des services fournis dans cet autre État par la personne physique; ou
- b) Les services sont fournis dans cet autre État pendant une période totale de 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de douze mois relativement au même projet ou à un projet connexe⁹ pour des clients qui soit

(...suite)

lignes directrices touchant les dérogations de la retenue d'impôt prévue à l'article 105 du Règlement fondées sur une convention fiscale », 5 décembre 2005.

⁹ L'annexe B de la convention (publiée en même temps que le protocole) précise que, dans ce contexte, « les projets sont considérés comme étant connexes s'ils constituent un ensemble commercialement et géographiquement homogène ».

sont des résidents de cet autre État, soit y maintiennent un établissement stable, et les services sont fournis relativement à cet établissement stable. »

D'autres conventions fiscales récemment conclues par le Canada contiennent des dispositions semblables (notamment l'alinéa V(3)(c) de la Convention Canada-Mexique)¹⁰. Est-il possible que les modifications apportées à l'article V de la Convention Canada-États-Unis relativement aux fournisseurs de services deviendront une norme dans les futures conventions négociées par le Canada?

Le préambule du paragraphe 9 se réfère à une « entreprise d'un État contractant », une expression non utilisée dans la présente convention et non définie dans le protocole. Cette expression est cependant utilisée et définie dans certaines conventions fiscales récentes du Canada (par exemple, la *Convention fiscale de 2006 entre le Canada et la République de Corée*¹¹) et s'entend alors d'une « entreprise exploitée par un résident d'un État contractant ».

L'objectif du nouveau paragraphe 9 semble assez clair : traiter de la situation dans laquelle des fournisseurs de services qui ne participent pas à un chantier de construction ou à un projet de montage (toujours régis par le paragraphe 3) sont en mesure d'être physiquement présents au Canada ou aux États-Unis pendant un nombre considérable de jours et d'y fournir des services, mais sans y avoir un ES.

1.2.1. Alinéa 9 a)

Il semble que l'alinéa a) du paragraphe 9 s'applique aux situations dans lesquelles un particulier fournit des services au Canada ou aux États-Unis soit à titre autonome, soit à titre d'employé/actionnaire clé d'une société ou autre entité commerciale. Il importe peu que les services soient fournis à des

¹⁰ *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis du Mexique en vue d'éviter la double imposition et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, signée le 12 septembre 2006. Également semblable à la disposition décrite au paragraphe 42.23 des commentaires à l'article V du Modèle de convention fiscale de l'Organisation de coopération et développement économiques (ci-après « OCDE »). ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, feuilles mobiles.

¹¹ *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Corée en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, signée le 5 septembre 2006, par. 9(1).

clients qui sont des résidents du Canada, mais si la condition relative aux jours de présence est remplie, pour éviter qu'il y ait un ES, le revenu du particulier ou de l'entité qui se rapporte aux services rendus par le particulier au Canada ou aux États-Unis doit être inférieur à 50 % du revenu total de l'entreprise.

À titre d'exemple sur l'application de l'alinéa a) du paragraphe 9, l'ET expose la situation suivante : un particulier résident des États-Unis (ci-après « M. X ») est l'un des deux actionnaires d'une société américaine exerçant ses activités dans le secteur de l'ingénierie (ci-après « USco ») et pour laquelle il est également employé. Durant la période de 12 mois commençant le 20 décembre de l'an 1 pour se terminer le 19 décembre de l'an 2, M. X a été présent au Canada pour une période (travail ou autre) totale de 190 jours. Également, durant cette période, 70 % des recettes brutes d'USco provenaient des services effectués par M. X au Canada. Puisque les deux critères mentionnés à l'alinéa a) du paragraphe 9 sont respectés, USco sera réputée fournir ses services au Canada par l'intermédiaire d'un ES au Canada¹².

Il est à noter que la période de présence temporelle au Canada prévue à l'alinéa a) du paragraphe 9 vise simplement les jours de présence au Canada. Ainsi, il faut considérer toute présence physique au Canada, qu'elle soit effectuée dans le cadre de la prestation de services ou non. Par exemple, si le consultant américain travaille à un projet sis au Canada pour 160 jours et reste au Canada à d'autres fins (repos, vacances, etc.) durant 23 jours additionnels ou plus, il dépassera le seuil de présence requis aux fins de la présomption prévue à l'alinéa a). Toutefois, aux fins d'établir si un ES existe aux fins de l'alinéa b), on tient compte seulement des jours de présence durant lesquels il y a eu une prestation de services.

Pour 2010, rappelons que la présence au cours de l'année 2009 ne doit pas être prise en compte. Un non-résident qui n'a jamais été assujéti à l'impôt au Canada pourrait donc choisir une date de fin d'année permettant d'éliminer son imposition au Canada dans certaines situations. Par exemple, si l'exécution d'un contrat au Canada a commencé en octobre 2009 pour se terminer en septembre 2010, un non-résident qui choisit le 30 mai comme fin d'exercice en 2010 et 2011 pourra éviter la nouvelle présomption d'ES créée par le protocole pour ces deux années d'imposition.

¹² DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 2, pp. 10 et 11.

Enfin, l'ET vient clarifier l'expression « revenu brut tiré d'une entreprise exploitée activement », en mentionnant qu'il s'agit du revenu brut de l'entreprise attribuable à ses activités d'entreprise exploitée activement que l'entreprise perçoit ou percevra pour ses activités d'entreprise exploitée activement, et ce, sans être limitée aux activités liées à la prestation de services (les bénéfices tirés des activités de placement passif sont toutefois exclus)¹³. Selon les commentaires de l'OCDE, on doit établir les recettes brutes comme suit :

« [...] le montant des recettes brutes imputables aux activités d'exploitation active exercées par l'entreprise représente ce que l'entreprise a facturé ou devrait facturer au titre des activités qu'elle exerce quelle que soit la date à laquelle la facturation est effectuée et indépendamment des règles du droit national sur la date à laquelle ces recettes doivent être prises en compte aux fins de l'impôt¹⁴. »

1.2.2. Alinéa 9 b)

L'alinéa b) s'appliquera dans des situations types de prestation de services, mais pourrait aussi amener des résultats inattendus pour les entreprises canadiennes et américaines.

Ainsi, une société résidente des États-Unis (USCo) serait réputée avoir un ES si des services étaient fournis pendant une période de 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de 12 mois relativement au même projet ou à un projet « connexe » pour des clients qui sont des résidents du Canada (ou des clients non résidents du Canada qui y maintiennent un ES pour qui les services ont été fournis). Habituellement, USCo fournirait de tels services grâce aux actions de ses employés et mandataires. On ne sait pas encore si l'ARC ou l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») pourrait tenir compte des services fournis par un sous-traitant pour déterminer si le critère des jours de présence est respecté. Toutefois, il est à noter que cette possibilité est explicitement évoquée dans les commentaires de l'OCDE relativement à une disposition similaire¹⁵ et que l'ARC a indiqué que les commentaires formulés par l'OCDE quant à cette disposition seraient

¹³ *Id.* p. 10.

¹⁴ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 10, commentaires de l'OCDE, par. 42.37.

¹⁵ *Id.*, par. 42.32.

considérés comme un outil d'interprétation utile pour l'application du nouveau paragraphe 9¹⁶.

Le nouveau paragraphe 9 de l'article 3 a été ajouté à la liste des dispositions de l'article V sur lesquelles le paragraphe 6 (relativement aux activités de caractère préparatoire ou auxiliaire) pourrait avoir préséance, mais il est difficile d'imaginer des situations où le personnel fournit des services pendant 183 jours ou plus qui sont limités aux types d'activités énumérées au paragraphe 6.

Ainsi, l'ET précise que des projets seront considérés comme des projets « connexes » s'ils forment un tout cohérent tant sur le plan commercial que sur le plan géographique. Ainsi, ce principe des projets « connexes » a comme objectif d'éviter les situations d'abus potentiel où des projets seraient artificiellement divisés en sous-projets afin d'éviter d'atteindre le seuil de 183 jours. Également, pour déterminer si des projets sont « connexes », l'ET mentionne que l'évaluation doit se faire du point de vue de l'entreprise et non de celui du client¹⁷. Dans le cadre d'une table ronde avec les membres du Tax Executives Institute¹⁸, l'ARC réitère les précisions suivantes contenues dans l'ET quant aux facteurs pertinents afin de déterminer si des projets ont une cohérence commerciale :

- si plusieurs projets avaient fait l'objet d'un contrat-cadre au lieu de plusieurs contrats distincts, en l'absence de considérations fiscales;
- la nature des travaux effectués pour chaque projet;
- le fait d'avoir un ou plusieurs contrats avec un client donné est un facteur, mais n'est pas concluant¹⁹.

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-03009, 9 décembre 2008.

¹⁷ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 2, p. 12.

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0300941C6, 9 décembre 2008.

¹⁹ La référence aux « projets connexes » vise à couvrir les cas où les services sont fournis dans le cadre de projets distincts exécutés par une entreprise, mais où ces projets ont une cohérence commerciale. Les faits et circonstances de chaque cas doivent être examinés afin de déterminer si des projets sont connexes, mais les facteurs généralement pertinents à cette fin incluent :

- la question de savoir si les projets sont couverts par un seul contrat-cadre;

(à suivre...)

Enfin, l'ARC mentionne qu'il va considérer l'ET ainsi que les commentaires de l'OCDE²⁰. Tel qu'il a été mentionné précédemment, une disposition semblable à celle énoncée dans le protocole a été ajoutée aux commentaires de l'OCDE. La disposition n'est toutefois pas identique à celle de la convention; ainsi, il faudra, au besoin, tenir compte des différences afin de déterminer si les commentaires s'appliquent à une situation de fait donnée. Le lecteur est invité à consulter l'annexe 1 du présent texte pour un tableau comparatif du libellé de la disposition de l'OCDE et du libellé de la convention. En particulier, il est intéressant de noter l'absence de référence au paragraphe 9 de la convention relativement à la notion de supervision et contrôle pour l'utilisation de sous-traitants.

L'ET confirme par ailleurs que, pour que les alinéas a) et b) du paragraphe 9 s'appliquent, les particuliers qui fournissent des services doivent être physiquement présents dans l'autre pays, que seulement des services fournis à des tierces personnes sont pris en compte et que le seuil de 183 jours est comptabilisé par jour civil et non par jours de présence des particuliers (par exemple, 20 employés sur 10 jours équivalent à 10 jours et non 200 jours).

La notion de prestation à une tierce personne (*third party*) suscite une controverse. Dans le cadre d'une table ronde de l'Association fiscale internationale (IFA), l'ARC a indiqué qu'une tierce personne pouvait inclure une personne liée ou une personne avec qui on a un lien de dépendance²¹. Il semble que l'ARC s'appuie sur la définition de *third party*²² pour arriver à

(...suite)

- lorsque les projets sont couverts par différents contrats, la question de savoir si ces différents contrats ont été conclus par la même personne ou des personnes différentes et si la conclusion de contrats supplémentaires aurait raisonnablement été envisagée lors de la conclusion du premier contrat;
- la question de savoir si la nature du travail à effectuer dans le cadre des différents projets est la même;
- la question de savoir si les mêmes personnes physiques exécutent les prestations de services requises dans le cadre des différents projets.

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 18.

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA interprétation technique 2009-0319441C6, 5 août 2009.

²² Voir *Black's Law Dictionary*, 6^e éd., St-Paul, Minn., West Publishing Co., 1990, qui définit cette expression ainsi : « One not a party to an agreement, a transaction, or an action out but who may have rights therein ».

cette conclusion. À défaut d'avoir une interprétation contraire des autorités fiscales américaines, il semble donc que l'alinéa 9 b) pourrait s'appliquer à l'égard des services intergroupes. Par exemple, si la société canadienne déploie ses employés pour assister sa filiale américaine dans le cadre d'un projet, un ES pourrait en résulter pour cette activité dans la mesure où le déploiement résulte en 183 jours ou plus de prestation de services par la société mère à la filiale dans une année d'imposition donnée. Toutefois, si les employés canadiens sont détachés à la filiale et que celle-ci exerce le contrôle sur leurs activités, il ne semble pas y avoir création d'un ES pour la société canadienne selon les commentaires de l'OCDE sur cette question :

« Un autre exemple serait celui d'employés d'une entreprise qui fourniraient des services dans un État à une entreprise associée selon les instructions détaillées et sous la supervision immédiate de cette dernière entreprise; dans ce cas, dans l'hypothèse où les prestations de services en question ne sont pas exécutées pour une tierce partie, cette dernière entreprise n'exécute pas elle-même de services auxquels la disposition pourrait s'appliquer²³. »

Enfin, l'ET détaille la méthode à utiliser afin de comptabiliser le nombre de jours relatifs au seuil de 183 jours. La méthode diffère selon l'alinéa en cause :

- pour l'alinéa a), la présence physique au cours de n'importe quelle partie de la journée suffit pour être comptabilisée à titre d'un jour;
- pour l'alinéa b), seuls les jours où les services sont rendus doivent être comptabilisés. Ainsi, les week-ends et les jours de congé ne doivent pas être comptabilisés²⁴.

L'ET donne l'exemple d'une société canadienne (ci-après « Canco ») qui a comme objectif d'acquérir une société américaine (ci-après « USco »). Par le fait même, Canco engage les services d'une firme d'avocats canadienne afin d'effectuer le volet juridique de la vérification diligente. Dans le cadre de ce mandat, un employé de la firme d'avocats est présent aux États-Unis plus de 183 jours. Dans la mesure où les honoraires payés par Canco en faveur de la firme d'avocats canadienne sont inférieurs à 50 % de l'ensemble de ses revenus bruts, la firme d'avocats ne sera pas réputée avoir fourni des services par l'intermédiaire d'un ES aux États-Unis en vertu de

²³ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 10, commentaires de l'OCDE, par. 42.30.

²⁴ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 2, p. 11.

l'alinéa a) du paragraphe 9. Également, l'alinéa b) du paragraphe 9 ne devrait pas trouver application dans la mesure où Cancoco n'est pas résident des États-Unis et n'y a pas d'ES²⁵.

Comme la disposition sur l'ES semble émaner du Canada, il reste à voir avec quelle énergie l'IRS l'appliquera²⁶. Cette disposition fait l'objet de droits acquis et elle ne prendra pas effet avant janvier 2010 (au plus tôt). En outre, tel qu'il a été mentionné plus haut, les périodes de services et les revenus antérieurs au 1^{er} janvier 2010 ne seront pas pris en compte pour déterminer si le nouveau paragraphe 9 s'applique. Par conséquent, les fournisseurs de services auront un dossier vierge à la fin de l'année civile 2009.

En ce qui a trait à l'ajout du paragraphe 9 à l'article V, il y a lieu de noter qu'aucune disposition n'a été ajoutée à la convention pour tenir compte de l'article 105 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*²⁷, qui exige la remise d'une retenue d'impôt par le payeur sur le versement à un non-résident d'un honoraire, d'une commission ou d'un autre montant à l'égard de services rendus au Canada, de quelque nature que ce soit. Les fournisseurs de services établis aux États-Unis espéraient retrouver dans le protocole une disposition qui pourrait avoir préséance (du moins en partie) sur la législation canadienne relativement à cette retenue. Comme ce changement n'a pas été fait, les problèmes de conformité à l'article 105 R.I.R. demeurent. De fait, cette disposition prend une importance accrue compte tenu de la création d'établissement permanent « réputé » en vertu des dispositions du protocole. En fait, l'exception limitée concernant la retenue qui était précédemment incluse dans l'article XVII de la convention a été supprimée.

Il est à noter qu'aucune disposition n'a été ajoutée à la convention pour prévoir certaines exemptions *de minimis* pour les obligations de retenue à la source canadiennes (en vertu de l'article 102 R.I.R.) sur les salaires versés aux employés qui sont des résidents des États-Unis, mais qui effectuent des tâches liées à un emploi au Canada.

²⁵ *Id.*

²⁶ En effet, les États-Unis ainsi que l'Espagne, la France et la Suisse ont indiqué dans les observations sur les commentaires de l'OCDE qu'ils ne supportaient pas l'introduction dans les commentaires d'une formulation alternative pour les services.

²⁷ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »); lorsque les services sont rendus au Québec, une retenue additionnelle de 9 % doit être faite et remise à Revenu Québec en vertu de l'article 1015R8 du *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod.

1.3. OBSERVATIONS

Les modifications pour étendre la définition d'ES à des services seront une source de préoccupation pour les entreprises canadiennes et américaines qui offrent leurs services à des résidents de l'autre juridiction. Si les projets sont d'une durée suffisamment importante, ils pourront entraîner un ES. En raison de l'écart des taux d'imposition entre le Canada et les États-Unis, cela pourrait augmenter le taux d'impôt effectif des sociétés canadiennes.

Afin d'identifier les situations où un ES réputé existe, les sociétés devront revoir leur système de contrôle pour les paiements reçus de sociétés étrangères lorsque la prestation est faite au Canada (pour les sociétés américaines) ou aux États-Unis (pour les sociétés canadiennes). Enfin, dans le cadre de la révision des transactions intergroupes, des procédures devraient être mises en place afin d'identifier les situations problématiques. Il est donc possible que les sociétés canadiennes et américaines soient obligées de produire des déclarations d'impôt sur le revenu relativement à un ES réputé en vertu des nouvelles dispositions. Il faudra alors établir le bénéfice imposable pour ces ES, ce qui impliquera un fardeau additionnel en ce qui a trait à la documentation en matière de prix de transfert.

Nous comprenons la volonté du Canada de vouloir réagir à la décision rendue dans l'arrêt *Dudney* afin de protéger son assiette fiscale. Toutefois, nous nous demandons si une disposition ayant une portée aussi large soit appropriée dans la convention fiscale avec notre partenaire économique le plus important. Cette modification visant à élargir la notion d'ES semble d'ailleurs aller à l'encontre d'un contexte où les pays concernés ont signé une entente portant sur le libre-échange économique et commercial. Qui plus est, selon notre expérience, il est peu probable que les recettes touchées par le fisc soient suffisamment importantes pour justifier l'augmentation du fardeau de conformité pour les entreprises et entrepreneurs. Sur ce, nous partageons l'avis de certains des membres de l'OCDE (notamment la France, la Suisse, l'Espagne et les États-Unis) et nous reproduisons ci-dessous les commentaires d'introduction sur la question de la taxation des services :

« 42.11 [...] De plus, la prestation de services doit, en règle générale et sous réserve d'un petit nombre d'exceptions pour certains types de services (par exemple ceux qui sont couverts par les articles 8 et 17), être traitée de la même manière que les autres activités d'entreprise et, par conséquent, le même seuil d'imposition des établissements stables doit s'appliquer à toutes les activités d'entreprise, y compris la prestation de services indépendants.

42.12 L'une des considérations administratives auxquelles il est fait référence ci-dessus est que le fait d'étendre les cas où l'imposition par le pays

de la source des bénéfices tirés de prestations de services exécutées sur le territoire d'un État contractant serait autorisée alourdirait les contraintes réglementaires et administratives pesant sur les entreprises comme sur les administrations fiscales. Cela serait particulièrement problématique pour les services fournis aux consommateurs (par opposition à ceux fournis aux entreprises), dont la déclaration à l'administration fiscale du pays de la source ne serait pas requise en vue de bénéficier de leur déduction fiscale en tant que frais d'exploitation. Comme, dans la plupart des cas, les règles qui ont été conçues à cet effet reposent sur la durée de séjour dans un État, les administrations fiscales et les entreprises auraient besoin de tenir compte du temps passé par le personnel des entreprises de services dans un pays et ces entreprises risqueraient d'avoir un établissement stable dans des circonstances imprévues dans le cas où elles seraient incapables de déterminer par avance la durée pendant laquelle leur personnel serait présent dans un pays donné (par exemple dans le cas où cette présence serait prolongée du fait de difficultés imprévues ou à la demande d'un client). Ces cas engendrent des contraintes administratives particulièrement problématiques parce qu'ils obligent une entreprise à se conformer rétroactivement à plusieurs exigences administratives associées à un établissement stable. Ces préoccupations ont trait à la nécessité de tenir des registres et documents comptables, à la fiscalité des salariés (par exemple, la nécessité de pratiquer des retenues à la source dans un autre pays) et à d'autres obligations ne concernant pas l'impôt sur le revenu.

42.13 En outre, l'imposition par le pays de la source des bénéfices tirés de prestations de services exécutées sur le territoire d'un État contractant par une entreprise d'un autre État contractant qui n'a pas d'installation fixe d'affaires dans le premier de ces deux États occasionnerait des difficultés pour déterminer les bénéfices imposables et recouvrer les impôts y afférents. Dans la plupart des cas, l'entreprise ne tiendrait pas la comptabilité et ne disposerait pas des actifs généralement associés à un établissement stable et elle n'aurait pas d'agent dépendant pouvant s'acquitter de ses obligations en matière d'information et de recouvrement. Au surplus, s'il est fréquent que le droit interne d'un État soumette à l'impôt les bénéfices tirés de prestations de services exécutées sur son territoire, cette pratique n'est pas nécessairement la meilleure politique en matière de conventions fiscales²⁸. » (Notre soulignement)

2. RÈGLE BILATÉRALE SUR LES RESTRICTIONS APPORTÉES AUX AVANTAGES – ARTICLE XXIX A

L'article de la convention sur les restrictions apportées aux avantages est entièrement remplacé par un nouvel article. L'article actuel avait été négocié en 1995 dans le troisième protocole à la convention. Le Canada avait alors adopté la position selon laquelle il ne voulait pas s'en remettre à des règles techniques pour se protéger contre les pratiques de « recherche de la

²⁸ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 10, commentaires de l'OCDE, par. 42.11 à 42.13.

convention la plus favorable ». Il préférerait plutôt s'en remettre à la règle générale antiévitement²⁹. L'article sur les restrictions apportées aux avantages ne visait donc que l'application des avantages de la convention par les États-Unis. Aucune autre convention américaine ne contenait un tel article unilatéral.

Le Canada a changé sa position en codifiant des règles sur la « recherche de la convention la plus favorable » dans le nouveau protocole. À la suite de sa ratification, la convention est devenue la première convention exhaustive du Canada à contenir un article bilatéral sur les restrictions apportées aux avantages. Les résidents des États-Unis ou du Canada qui cherchent à obtenir des avantages du Canada en vertu de la convention devront dorénavant satisfaire à l'un des critères prévus dans l'article.

2.1. COMPOSANTE DE L'ARTICLE SUR LES RESTRICTIONS APPORTÉES AUX AVANTAGES

Ce type de disposition est inclus dans la quasi-totalité des conventions fiscales négociées par les États-Unis pour faire échec à la pratique de la « recherche de la convention la plus favorable », c'est-à-dire empêcher les contribuables d'États non contractants de se prévaloir des conventions en constituant des entités dans des États qui ont de telles conventions. L'article sur les restrictions apportées aux avantages permet d'y arriver en imposant des conditions qui permettent d'évaluer si un contribuable qui a demandé de se prévaloir des avantages d'une convention a un lien suffisant avec un État contractant pour justifier sa demande.

Le nouvel article sur les restrictions apportées aux avantages contient un certain nombre de critères objectifs. Le premier, prévu au paragraphe 2, est un critère de propriété. Un contribuable qui satisfait aux exigences de ce critère est une « personne admissible » aux fins de la convention et il a droit à tous les avantages de ces dispositions. Le paragraphe 3 contient le critère des « activités industrielles ou commerciales » exercées activement. Essentiellement, ce critère permet d'évaluer la vigueur des liens économiques entre le contribuable et un État. En vertu de ce critère, les avantages de la convention sont limités au revenu provenant et découlant d'une activité particulière. Un dernier critère, celui des « avantages dérivés », prévu au paragraphe 4, est fondé sur la prémisse selon laquelle il

²⁹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), art. 245; voir l'affaire *La Reine c. MIL (Investment) S.A.*, 2007 D.T.C. 5437 (C.A.F.).

n'y a pas de recherche de la convention la plus favorable lorsque les avantages dont peut se prévaloir une entité sont semblables à ceux que les propriétaires de l'entité auraient obtenus. Si cette disposition s'applique, les avantages de la convention peuvent être étendus aux dividendes, aux intérêts et aux redevances.

Ces critères sont presque identiques à ceux de l'article XXIX A de la convention actuelle, si ce n'est qu'ils s'appliqueront aux résidents des États-Unis qui souhaitent obtenir des avantages fiscaux au Canada en vertu de la convention. La section qui suit décrit ces critères de façon plus détaillée, dans la perspective de résidents des États-Unis.

2.2. PERSONNE ADMISSIBLE – PARAGRAPHE 2

Pour avoir droit aux avantages de la convention, un résident des États-Unis doit être une « personne admissible », ce qui comprend :

- a) une personne physique;
- b) le gouvernement des États-Unis, incluant une subdivision politique, une collectivité locale ou toute personne morale de droit public de ce gouvernement, cette subdivision ou collectivité;
- c) une société ou une fiducie dont la principale catégorie d'actions³⁰ ou de parts (et les catégories non proportionnelles d'actions³¹ ou de parts) fait

³⁰ L'expression « principale catégorie d'actions » est définie à l'alinéa 5e) et s'entend des actions ordinaires d'une société, pourvu que cette catégorie d'actions représente la majeure partie des droits de vote et de la valeur de la société. Si aucune catégorie d'actions ordinaires ne possède cette caractéristique, la principale catégorie d'actions correspond à celle qui, dans l'ensemble, possède cette caractéristique.

³¹ L'expression « catégorie non proportionnelle d'actions » est définie à l'alinéa 5b) et s'entend d'une catégorie d'actions d'une société résidant dans l'un des États qui permet à l'actionnaire d'avoir droit à une participation disproportionnellement plus élevée des gains produits dans l'autre État – essentiellement, en gardant trace des actions. L'ET donne à titre d'exemple une société canadienne (Canco), détenant des actions de catégorie ordinaire et privilégiée. Les actions ordinaires étaient inscrites à une Bourse de valeurs reconnue au Canada alors que les actions privilégiées étaient sans droit de vote tout en accordant un droit à un dividende égal aux paiements d'intérêts que Canco recevait d'un emprunteur américain non lié. Les actions privilégiées étaient détenues en totalité par un individu résident d'un pays avec lequel les États-Unis n'avaient aucune convention. Les actions ordinaires représentaient plus de 50 % de la valeur de Canco et représentaient 100 % des droits de vote. Compte tenu du fait que l'actionnaire des actions privilégiées avait un droit de recevoir un (à suivre...)

l'objet de transactions importantes et régulières³² dans au moins une Bourse de valeurs reconnue³³;

(...suite)

paiement correspondant à une source de revenus américaine pour Canco, les actions privilégiées se qualifiaient de « catégorie non proportionnelle d'actions ». Par conséquent, Canco ne peut se qualifier à titre de « personne admissible » en vertu de l'alinéa 2c) puisque les actions privilégiées ne faisaient pas l'objet de transactions importantes et régulières dans au moins une Bourse de valeurs reconnue.

³² La convention ne définit pas l'expression « transactions importantes et régulières » (*primarily and regularly traded*). Cependant, la convention modèle sur l'impôt sur le revenu des États-Unis utilise les termes *regularly* et *primarily*. L'ET de cette convention indique que, dans le cas des États-Unis, le terme *regularly* a la signification qui lui est réservée dans la disposition 1.884-5(d)(4)(i)(B) Treas. Reg., relativement aux dispositions sur l'impôt des succursales contenues dans l'*Internal Revenue Code*. Selon ce règlement, une catégorie d'actions est considérée comme faisant l'objet de transactions régulières (*regularly traded*) si les deux conditions suivantes sont remplies :

- les transactions sur cette catégorie d'actions dépassent les quantités (*de minimis*) pendant au moins 60 jours durant l'année d'imposition; et
- le nombre total d'actions de la catégorie qui font l'objet de transactions pendant l'année est égal ou supérieur à 10 % du nombre moyen d'actions en circulation au cours de l'année.

L'ET de la convention modèle sur l'impôt sur le revenu des États-Unis indique également que, dans le cas des États-Unis, le terme *primarily* a la signification qui lui est réservée dans la disposition 1.884-5(d)(3). Par conséquent, les actions d'une société font l'objet de transactions importantes (*primarily traded*) si le nombre d'actions de la principale catégorie d'actions de la société qui font l'objet de transactions dans l'année d'imposition sur toutes les Bourses de valeurs reconnues dans les États contractants excède le nombre d'actions de la principale catégorie d'actions qui font l'objet de transactions au cours de l'année dans des marchés des valeurs mobilières établis dans tout autre pays étranger. L'ET souligne que, sous réserve d'une éventuelle adoption d'une définition aux fins de la fiscalité canadienne, l'interprétation américaine des expressions *regularly traded* et *primarily traded* s'appliquera aux fins fiscales canadiennes.

³³ L'expression « bourse de valeurs reconnue » est définie à l'alinéa 5f) et s'entend du système NASDAQ, de toute Bourse de valeurs enregistrée auprès de la Commission des valeurs mobilières des États-Unis (Securities and Exchange Commission) et des Bourses canadiennes qui sont des « bourses de valeurs visées par règlement » ou des « bourses de valeurs désignées » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette catégorie comprend les Bourses de Montréal, de Toronto et les « tiers 1 and 2 » de la Canadian Venture Exchange, à l'exclusion des autres Bourses comme l'Alternative Investments Market (AIM) ou la Bourse de Londres. D'autres Bourses pourraient être ajoutées par l'échange de notes ou entente entre autorités compétentes.

- d) une filiale détenue par cinq sociétés ou fiducies ou moins satisfaisant aux exigences de l'alinéa c) ci-dessus, qui possède, directement ou indirectement, 50 % ou plus des droits de vote et de la valeur des actions et de la valeur de chaque catégorie non proportionnelle d'actions, dans les deux cas excluant des « actions correspondant à des emprunts », pourvu que chacune des sociétés ou fiducies de la chaîne de propriétaires soit une personne admissible³⁴;
- e) soit :
- une société qui satisfait au critère de l'« érosion de l'assiette » décrit ci-après et dont 50 % ou plus des droits de vote et de la valeur des actions et de la valeur de chaque catégorie non proportionnelle d'actions (dans les deux cas excluant des « actions correspondant à des emprunts ») ne sont pas possédés, directement ou indirectement, par des personnes autres que des personnes admissibles (critère de propriété)³⁵;
 - une fiducie dont 50 % ou plus de la participation bénéficiaire n'est pas possédée, directement ou indirectement, par des personnes autres que des personnes admissibles et qui satisfait au critère de l'« érosion de l'assiette fiscale »;
- f) une succession³⁶;

³⁴ L'expression « action correspondant à un emprunt » est définie à l'alinéa 5a) et s'entend d'une action décrite à l'alinéa e) de la définition d'« action privilégiée à terme » au paragraphe 248(1) L.I.R., et est essentiellement une action émise par une société en difficulté financière. Les autorités compétentes peuvent étendre l'exonération au titre d'une action correspondant à un emprunt à d'autres types d'actions.

³⁵ Le critère des droits de vote et de la valeur s'applique à l'ensemble des actions plutôt qu'à chaque catégorie. Cette exigence ainsi que la formulation négative du critère, telle qu'elle est soulignée ci-dessus, sont différentes des dispositions contenues dans d'autres conventions américaines. Toutefois, si une catégorie ne satisfait pas au test et celle-ci est nécessaire pour le critère de plus de 50 %, il semblerait que le test ne soit pas rempli.

³⁶ La convention considère une succession comme une personne admissible, peu importe la résidence des bénéficiaires. Par exemple, une succession américaine qui possède des actions d'une société canadienne serait donc une personne admissible, même si son seul bénéficiaire est un résident de Hong Kong. De même, une succession résidant au Canada qui détient des actions d'une société américaine serait une personne admissible, même si son seul bénéficiaire est un résident de Hong Kong.

- g) une entité exonérée de l'impôt à cause de son statut d'organisation à but non lucratif, si plus de la moitié des bénéficiaires, membres ou participants sont des personnes admissibles;
- h) certaines fiducies, sociétés, organisations ou certains mécanismes exonérés d'impôt créés dans le but de fournir des prestations ou autres avantages sociaux principalement à des personnes physiques qui sont des personnes admissibles ou des personnes qui étaient des personnes admissibles au cours des cinq années précédentes, ou des organisations finançant de telles entités;
- i) une fiducie, une société, une organisation ou autre mécanisme, pourvu que les bénéficiaires soient décrits aux alinéas g) ou h) ci-dessus.

Les figures n^{os} 1, 2, 3 et 4 reproduites ci-après résument de façon schématique l'analyse qui doit être faite afin de déterminer si une société donnée peut se qualifier à titre de « personne admissible ».

Figure 1 – Admissibilité aux avantages prévus par la convention

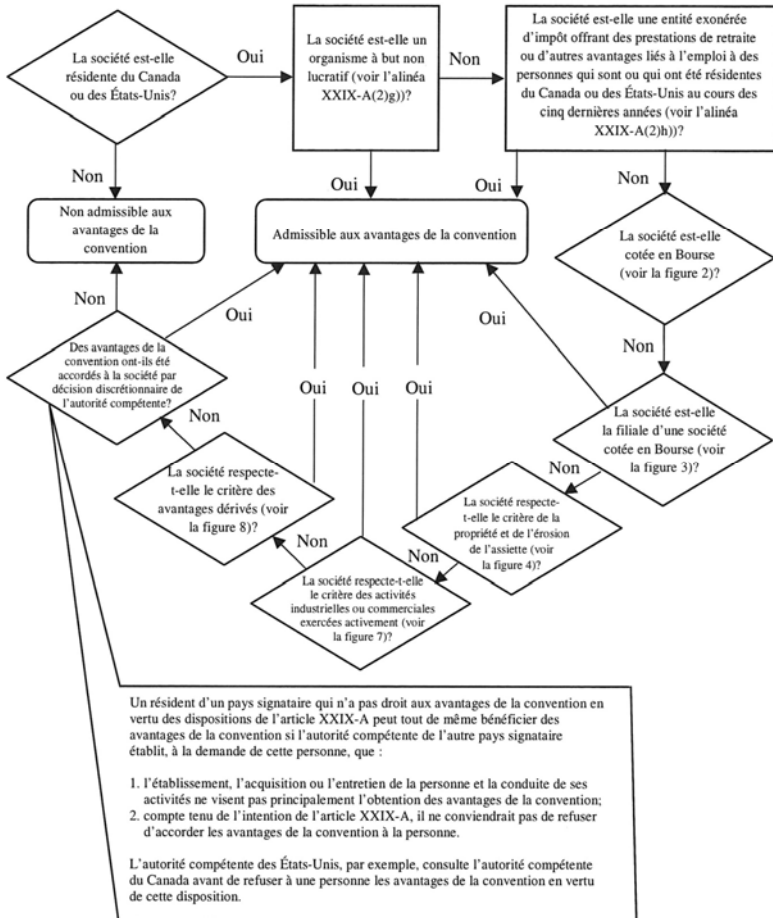
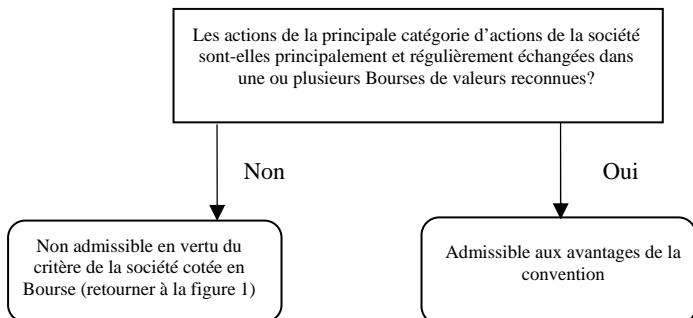


Figure 2 – Critère de la société cotée en Bourse

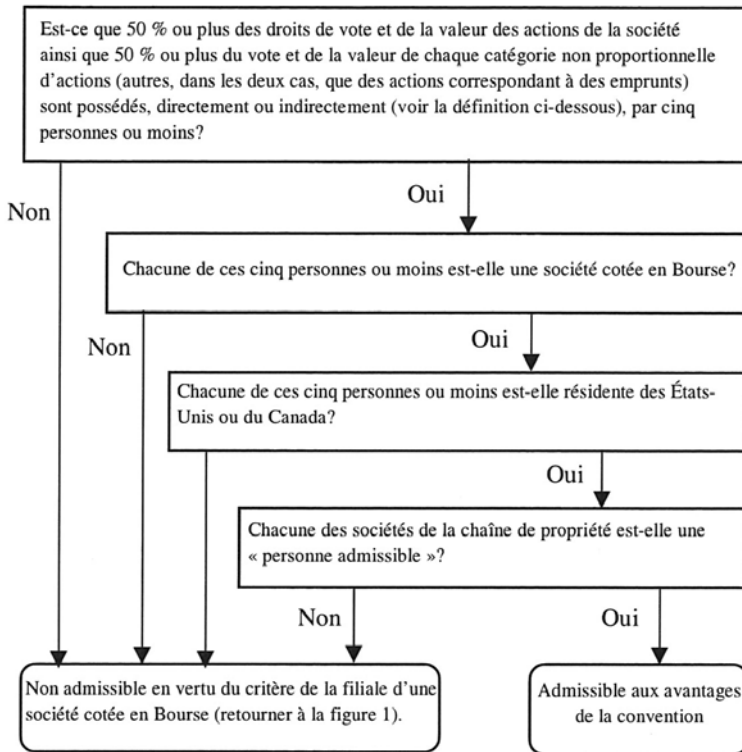
Une « bourse de valeurs reconnue » comprend :

- a) le système NASDAQ possédé par la National Association of Securities Dealers ainsi que toute autre Bourse de valeurs enregistrée auprès de la Securities and Exchange Commission des États-Unis à titre de Bourse de valeurs nationale aux fins de la *Loi sur les bourses de valeurs* de 1934;
- b) les Bourses de valeurs canadiennes « visées par règlement » ou « désignées » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada;
- c) toute autre Bourse de valeurs agréée par les autorités compétentes des États-Unis et du Canada.

L'expression « principale catégorie d'actions » est définie à l'alinéa XXIX-A(5)e).

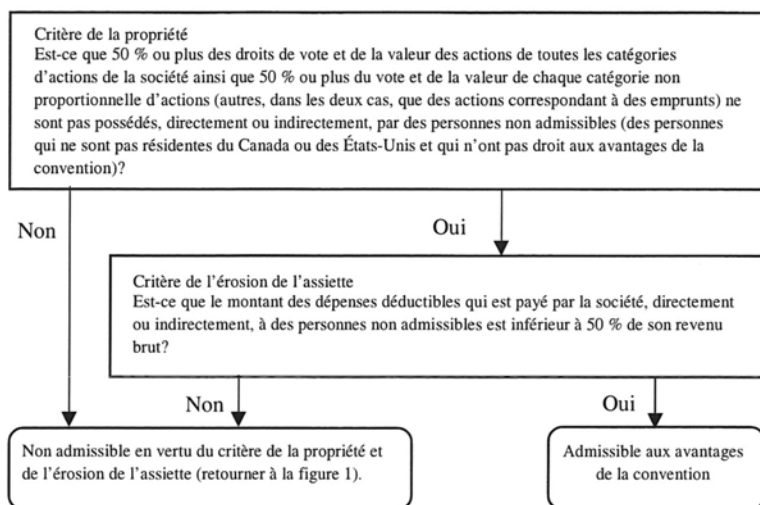
L'expression « principalement et régulièrement échangées » n'est pas définie dans la convention. L'ET américaine ne définit pas non plus cette expression, mais on y indique que le Canada acceptera l'interprétation américaine. Dans le cas des États-Unis, l'ET indique que les expressions « principalement échangées » et « régulièrement échangées » ont le sens que leur donnent respectivement les articles 1.884-5d)(3) et 1.884-5d)(4)(i)(B) Treas. Reg.

Figure 3 – Critère de la filiale d'une société cotée en Bourse



L'expression « directement ou indirectement » signifie que toutes les sociétés de la chaîne de propriété, par ailleurs admissible, sont résidentes du Canada ou des États-Unis (voir l'alinéa XXIX-A(2)e).

Figure 4 – Critère de la propriété et de l'érosion de l'assiette



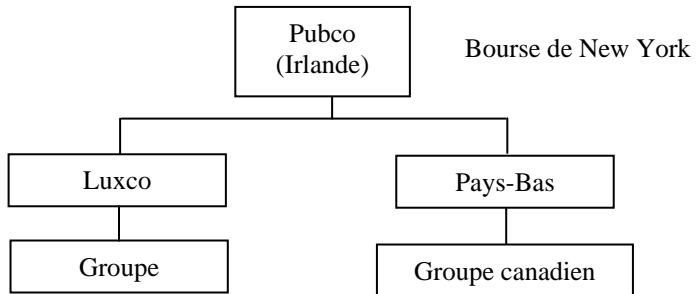
Dans la mesure où la personne que nous tentons de qualifier est une société publique canadienne ou américaine ou encore une société privée avec un nombre restreint d'actionnaires qui la contrôlent, on peut s'attendre à ce que la totalité des avantages de la convention soit disponible. Dans les autres cas, il est fort probable que la personne ne se qualifie pas à titre de personne admissible. Nous allons maintenant présenter des situations où l'on ne peut pas conclure que le résident est une personne admissible.

2.2.1. Situation n° 1 : société ayant un contrôle à l'extérieur du Canada ou des États-Unis

- Pubco est une société résidente de l'Irlande. Ses actions sont cotées à la Bourse de New York. La majorité des actionnaires de Pubco sont des résidents des États-Unis.

Pubco détient des sociétés opérantes au Canada et aux États-Unis.

Figure 5



Dans la situation décrite ci-dessus, aucune des sociétés américaines ou canadiennes du groupe ne sont des personnes admissibles, et ce, malgré le fait que l'actionnaire ultime est une société publique inscrite à la Bourse de New York.

Ainsi, si dans une situation de fait donnée, on se retrouve avec une société qui est ultimement contrôlée à l'extérieur du Canada ou des États-Unis, la société n'est pas une personne admissible et il faut donc considérer si l'avantage de la convention fiscale est disponible selon les autres critères : activités industrielles ou commerciales exercées activement, avantages dérivés ou autorité compétente.

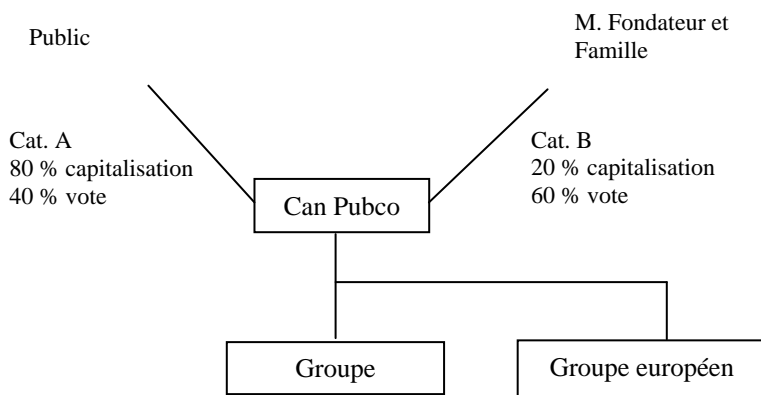
2.2.2. Situation n° 2 : société canadienne avec deux catégories d'actions

CanPubCo est une société publique inscrite à la Bourse de Toronto. Son capital-actions comprend deux catégories :

- catégorie A : un vote par action, représentant 80 % de la capitalisation et 40 % des droits de vote;
- catégorie B : 100 votes par action, représentant 20 % de la capitalisation et 60 % des droits de vote.

Les deux catégories d'actions sont inscrites à la Bourse de Toronto. Le volume de transactions portant sur les actions de catégorie B est toutefois très faible en raison du fait que les actions sont la propriété du fondateur de la société et de sa famille. Le fondateur et sa famille sont des résidents du Canada.

Figure 6



Dans cette situation, ni CanPubCo ni ses filiales américaines ne semblent pouvoir se qualifier à titre de personne admissible (dans la mesure où il faut qualifier les deux catégories d'actions) en raison du faible volume de transactions pour les actions de la catégorie B qui ne satisfont pas aux deux tests mentionnés dans l'ET quant à une catégorie d'actions devant faire l'objet de transactions « importantes et régulières » à l'alinéa c) du paragraphe 2 :

- les transactions sur cette catégorie d'actions dépassent les quantités (*de minimis*) pendant au moins 60 jours durant l'année d'imposition; et
- le nombre total d'actions de la catégorie qui font l'objet de transactions pendant l'année est égal ou supérieur à 10 % du nombre moyen d'actions en circulation au cours de l'année.

Ainsi, comme c'était le cas pour la situation n° 1 ci-dessus, il faut considérer si l'avantage de la convention fiscale est disponible selon les autres critères : activités industrielles ou commerciales exercées activement, avantages dérivés ou autorité compétente. Pour une société canadienne qui prévoit utiliser des structures de financement pour ses activités américaines avec une société dans un pays tiers (Luxembourg, Pays-Bas, etc.), cette conclusion peut avoir des conséquences importantes.

2.2.3. Situation n° 3 : critère de l'« érosion de l'assiette »

Le critère de l'« érosion de l'assiette » doit être respecté avant que les avantages de la convention puissent être étendus aux sociétés privées américaines qui seraient autrement des personnes admissibles, compte tenu des critères de l'alinéa e) du paragraphe 2 (critères de propriété et de l'« érosion de l'assiette fiscale »). Le critère de l'érosion de l'assiette vise à empêcher le dépouillement des bénéficiaires de la société résidente en faveur de personnes non admissibles qui, autrement, permettrait à un résident d'un pays tiers de bénéficier indirectement des dispositions de la convention sans avantage réciproque pour le Canada ou les États-Unis

Le critère de l'érosion de l'assiette exige que les paiements déductibles faits directement ou indirectement à des personnes qui sont des personnes non admissibles soient inférieurs à 50 % du « revenu brut » de la société résidente qui cherche à se prévaloir des avantages de la convention. L'expression « revenu brut » n'est pas définie dans le protocole et ne fait l'objet d'aucune précision dans l'ET; cependant, aux fins de la législation américaine, elle s'entend généralement des rentrées brutes diminuées du coût des produits vendus. Le calcul est généralement fondé sur l'exercice antérieur de l'entité, sauf lorsque l'entité a été récemment constituée, auquel cas le calcul est fondé sur l'exercice en cours.

L'ET vient préciser que le principe d'entités « transparentes sur le plan financier » introduit en vertu du paragraphe 6 de l'article IV devra s'appliquer lors de l'analyse des critères de propriété et de l'érosion de l'assiette fiscale, de sorte que la présence d'une entité transparente dans la chaîne des actionnaires ne pourra empêcher une entité de palier inférieur de se prévaloir des avantages de la convention à titre de personne admissible³⁷.

À titre d'exemple, l'ET fait référence à une société américaine (USCo) détenue par une société à responsabilité limitée (ci-après « SRL »), qui est elle-même détenue par 10 individus résidents des États-Unis. Puisque la SRL est qualifiée d'entité transparente sur le plan financier aux fins américaines, les 10 individus résidents américains seront présumés actionnaires d'USCo aux fins du critère de propriété. Ainsi, USCo respecte le critère de propriété aux fins de l'analyse de l'alinéa e) du paragraphe 2. Toutefois, si la SRL était détenue par quatre individus résidents des États-Unis et par six individus non résidents des États-Unis et du Canada, USCo ne pourrait respecter le critère de propriété aux fins de l'application de l'alinéa e) du paragraphe 2.

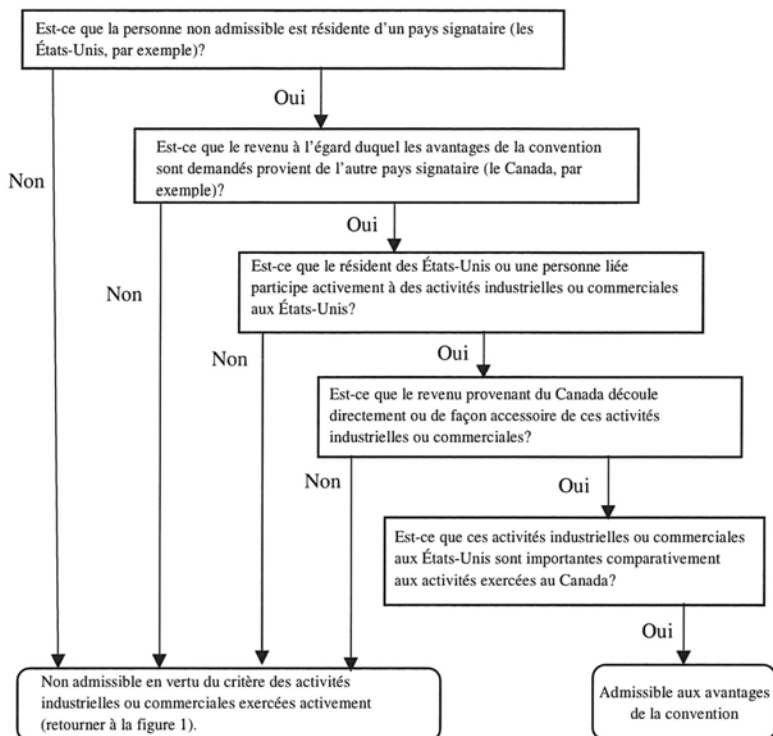
³⁷ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 2, p. 56.

2.3. ACTIVITÉS INDUSTRIELLES OU COMMERCIALES EXERCÉES ACTIVEMENT – PARAGRAPHE 3

Une personne qui n'est pas une personne admissible et qui est un résident des États-Unis pourrait toujours avoir droit aux avantages de la convention à l'égard du revenu provenant du Canada si cette même personne ou une personne qui lui est liée exerce activement des activités commerciales ou industrielles aux États-Unis et que le revenu provenant du Canada découle, directement ou de façon accessoire, de ces activités industrielles ou commerciales, mais seulement si ces activités industrielles ou commerciales sont importantes comparativement aux activités exercées au Canada. Les avantages de la convention sont également disponibles pour un tel revenu gagné, directement ou indirectement, par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs personnes qui sont des résidents du Canada. Une personne ne pourra toutefois satisfaire à ce critère si elle exerce exclusivement des activités de placements ou de gérance de placements, à moins que ces activités ne soient exercées pour des clients dans le cours normal des affaires par une banque, une compagnie d'assurances, un courtier en valeurs mobilières enregistré ou un établissement financier qui recueille des dépôts.

La figure ci-dessous résume les éléments à considérer de façon schématique :

Figure 7 – Critère des activités industrielles ou commerciales exercées activement



Sur la question de savoir si un résident du Canada a satisfait au critère des activités industrielles ou commerciales exercées activement, l'ET précise que le revenu sera considéré comme ayant été obtenu « directement ou de façon accessoire » dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales si l'activité génératrice du revenu s'exerce en amont, en aval ou parallèlement à l'activité exercée dans l'autre État. Qui plus est, l'ARC a mentionné dans une interprétation technique³⁸ que la notion d'« accessoire » sera déterminée

³⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0272371C6, 8 avril 2009. L'ARC se réfère aux arrêts *Nowigijik c. La Reine*, [1983] C.T.C. 20, 83 D.T.C. 5041; *Atlas Industries Ltd. c. MRN*, [1986] 2 C.T.C. 2392, 86 D.T.C. 1756 (C.C.I.) et *McCutcheon Farms Limited c. La Reine*, [1991] 1 C.T.C. 50, 91 D.T.C. (à suivre...)

en fonction des critères déjà adoptés pour les notions de *in connection with* et *incidental* par les tribunaux relativement à des dispositions de la législation fiscale canadienne qui utilisent une terminologie semblable. Quoique de telles interprétations puissent avoir une utilité, nous sommes d'avis que leur poids devrait être tempéré du fait qu'une convention fiscale doit être interprétée d'une façon différente d'un texte fiscal « domestique », et nous sommes également d'avis de considérer si le résultat est un abus de la convention fiscale.

Ainsi, l'ET donne les exemples d'une société de fabrication résidente du Canada (Canco) qui vend sa production aux États-Unis (en amont); qui vend ses intrants aux fins d'un processus de fabrication aux États-Unis (en aval); ou finalement qui vend le même type de produits aux États-Unis qu'au Canada (en parallèle). Pour chacun de ces exemples, le revenu sera qualifié pour Canco de revenu gagné directement dans la mesure où ses activités industrielles ou commerciales au Canada sont importantes par rapport aux activités aux États-Unis³⁹. Toutefois, l'ET ne donne aucune précision quant à la notion d'« importance ». Ainsi, est-ce que les activités industrielles ou commerciales du premier État doivent correspondre à 20 %, 50 % ou 70 % par rapport aux activités industrielles ou commerciales dans l'autre État? Cela est particulièrement pertinent puisque l'économie américaine est beaucoup plus importante que celle du Canada. On mentionne souvent que l'économie canadienne se compare à environ 10 % de celle des États-Unis. Nous sommes d'avis que les proportions des économies en cause devraient être prises en compte pour déterminer si le seuil d'importance est atteint.

L'ET vient également préciser que le revenu pourrait aussi être considéré comme ayant été obtenu directement ou de façon accessoire dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales aux États-Unis ou au Canada, et ce, même si le résident qui réclame l'avantage de la convention reçoit le revenu directement ou indirectement d'une ou plusieurs personnes résidentes de l'autre État. Ainsi, une société résidente du Canada (Canco) pourrait avoir droit aux bénéfices de la convention même si une société de gestion américaine s'interposait entre Canco et la filiale américaine opérante⁴⁰.

(...suite)

5047 (C.F. 1^{re} inst.). Voir aussi l'affaire *Ensite Limited c. La Reine*, 86 D.T.C. 6521 (C.S.C.).

³⁹ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 2, p. 58.

⁴⁰ *Id.*

Tel qu'il a été mentionné précédemment, il existe des situations où des sociétés ne sont pas des personnes admissibles aux fins de la convention. Dans de telles situations, on peut se retrouver avec la détention d'actions d'une société dans l'autre juridiction. Il y a alors lieu de considérer si un gain éventuel sur l'aliénation des actions pourrait profiter de la protection de la convention en s'appuyant sur la disposition portant sur les activités industrielles ou commerciales exercées activement. Pour ce faire, il faut toutefois conclure que le gain en question est accessoire à ces activités.

Reprenons la situation n° 2 exposée plus haut où une société publique canadienne n'est pas considérée comme une personne admissible en raison du faible volume sur la catégorie d'actions à votes multiples. Nous sommes d'avis que le gain découlant d'une disposition des actions de la filiale américaine devrait pouvoir profiter de l'exemption pour gain en capital prévue à l'article XIII, pourvu que les activités de la filiale américaine soient dans la même sphère économique que celle du groupe canadien. Toutefois, si le lien entre les activités canadiennes et américaines est négligeable ou inexistant, il est possible que le gain éventuel soit imposable aux États-Unis.

2.4. AVANTAGES DÉRIVÉS – PARAGRAPHE 4

Un résident des États-Unis qui est une société peut bénéficier d'un allègement restreint sur les dividendes, les intérêts et les redevances reçus du Canada en vertu du critère des avantages dérivés. Contrairement aux deux critères précédents, qui permettent d'évaluer le rattachement d'une personne qui cherche à se prévaloir des avantages de la convention avec un État contractant, le critère des avantages dérivés permet de vérifier s'il y a recherche de la convention la plus favorable. Cette disposition repose sur la prémisse selon laquelle la recherche de la convention la plus favorable n'est pas un motif si les propriétaires d'une société américaine peuvent recevoir du Canada directement des avantages égaux ou plus favorables que ceux conférés par la convention. Par exemple, si le taux de retenue sur les dividendes était de 5 % dans la mesure où les actions étaient détenues directement par le propriétaire ultime, il ne peut vraisemblablement pas y avoir d'arbitrage fiscal du fait qu'aucune réduction de taux n'est obtenue. Toutefois, si le type de revenu en cause est de l'intérêt, un avantage d'arbitrage est nécessairement obtenu par l'actionnaire étranger en interposant une société américaine du fait que la seule convention à offrir un taux de 0 % sur ce type de revenu est la Convention Canada-États-Unis.

Pour atteindre l'objectif recherché, le paragraphe 4 s'intéresse à la propriété des actions de la société américaine et impose une série de conditions qui visent à assurer qu'un maximum de 10 % du revenu protégé

par la convention puisse être versé à des résidents d'États tiers qui ne seraient autrement pas admissibles à des avantages tout aussi favorables de la convention.

Plus précisément, les actions (autres que les actions correspondant à un emprunt) représentant plus de 90 % des droits de vote et de la valeur de l'ensemble de la société américaine, et au moins 50 % des droits de vote et de la valeur des catégories non proportionnelles d'actions doivent être possédées directement ou indirectement par des personnes admissibles ou d'autres personnes qui satisfont aux exigences suivantes :

- a) premièrement, la personne doit être un résident d'un pays tiers avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale globale et qui a droit à **tous** les avantages de cette convention⁴¹ (s.-al. 4a)(i).
- b) deuxièmement, la personne satisfait au critère de la personne admissible ou à celui des activités industrielles ou commerciales dans l'hypothèse où elle est un résident des États-Unis, et, aux fins du critère des activités industrielles ou commerciales, ces activités sont exercées aux États-Unis (s.-al. 4a)(ii).
- c) troisièmement, le taux de la retenue d'impôt canadienne sur l'élément de revenu pour lequel la personne invoque un avantage doit être au moins aussi bas en vertu de la convention entre le Canada et le pays de résidence de la personne qu'en vertu de la convention (s.-al. 4a)(iii).

L'ET apporte quelques précisions quant à l'expression « directement ou indirectement », qui est mentionnée, entre autres, au paragraphe 4 et aux alinéas 2d) et e) ci-dessus, en affirmant qu'un résident d'un État peut obtenir un revenu d'un autre État contractant par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs résidents de l'autre État contractant qu'il contrôle ou non en totalité (100 %). Ainsi, prenons l'exemple de trois sociétés non liées et résidentes du Canada (ci-après « Associés ») détenant une société de gestion américaine (ci-après « Holdco ») par l'intermédiaire d'une société de personnes canadiennes et où Holdco détient la totalité d'une société américaine opérante. Selon l'ET, l'expression « directement ou indirectement » permettra aux Associés de bénéficier des avantages de la convention relatifs

⁴¹ Si la personne obtient les avantages de la convention par les critères industriels ou commerciaux exercés activement, il faudra s'assurer qu'elle bénéficie de tous les avantages de la convention. Une personne qui obtient les avantages de la convention par le test d'avantages dérivés ne peut satisfaire à cette condition.

au revenu provenant de Holdco, et ce, même si les Associés ne sont pas liés à Holdco en vertu de la législation américaine⁴².

L'exigence relative à la propriété en vertu de ces règles ne renvoie pas à la propriété « ultime » par un petit nombre d'actionnaires comme c'est le cas dans certaines conventions signées récemment par les États-Unis. Ainsi, l'article XXIV(4)a) de la Convention Luxembourg-États-Unis⁴³ exige, en vertu de la disposition sur les avantages dérivés, qu'une société du Luxembourg soit détenue par un maximum de sept résidents d'un État qui est soit un membre de l'Union européenne, soit une partie de l'Accord de libre-échange nord-américain, pour être admissible à la disposition sur les avantages dérivés. Les règles sur la propriété ultime ont généralement été interprétées comme exigeant la vérification du niveau le plus élevé de la propriété individuelle.

La disposition sur les avantages dérivés de la convention contient plutôt une obligation de propriété « directement ou indirectement », généralement formulée de façon positive. On peut faire valoir qu'il suffit de regarder la chaîne des propriétaires jusqu'à ce que l'on trouve un groupe d'actionnaires indirects qui satisfait aux exigences de l'alinéa 4a)⁴⁴.

Enfin, en plus des critères ci-dessus, la société américaine doit aussi satisfaire au critère de l'érosion de l'assiette, décrit plus bas (al. 4b)).

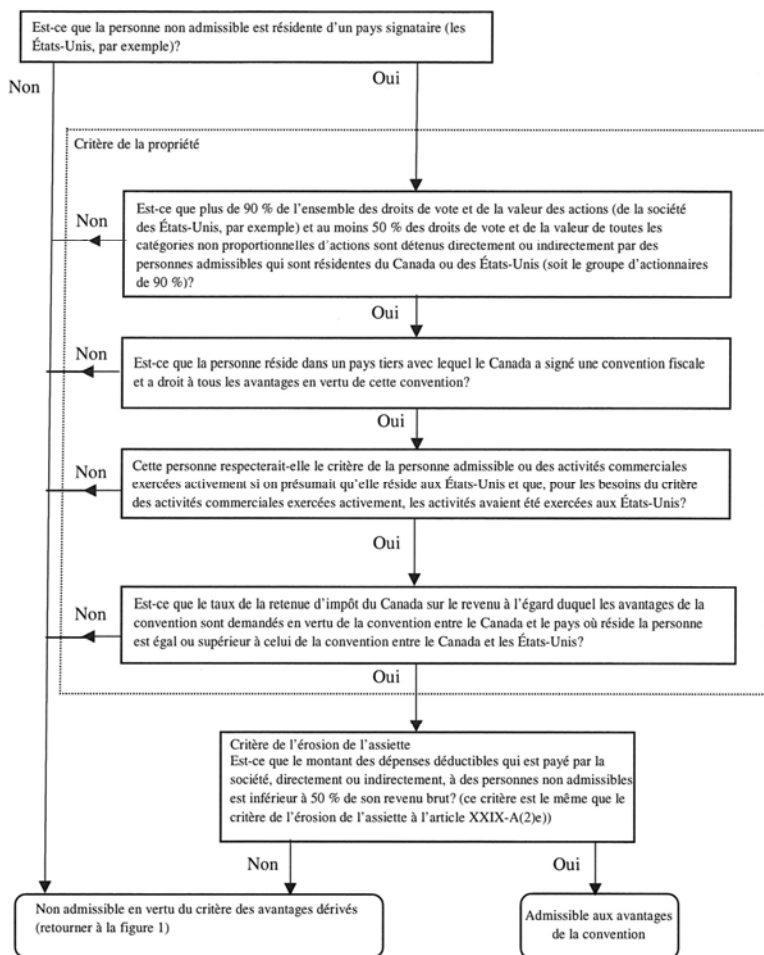
La figure ci-dessous résume de façon schématique l'analyse effectuée précédemment :

⁴² *Id.*

⁴³ *Convention Between the Government of the United States of America and the Government of the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital*, signed April 3, 1996.

⁴⁴ Ce critère contraste avec le critère de la propriété directe ou indirecte à l'alinéa 2e), libellé de façon négative, qui suppose qu'il faut vérifier toute la chaîne des propriétaires jusqu'au niveau le plus élevé pour s'assurer de la présence d'actionnaires non admissibles indirects.

Figure 8 – Critère des avantages dérivés



2.5. DÉTERMINATION PAR L'AUTORITÉ COMPÉTENTE – LE DERNIER RECOURS

Une personne américaine non admissible aux avantages de la convention du fait qu'elle ne répond pas à l'un ou l'autre des critères énoncés ci-dessus peut demander à l'autorité compétente canadienne de déterminer si elle a le droit de se voir accorder ces avantages. Cette

détermination repose sur l'établissement par l'autorité compétente que l'un des objets principaux de la création et de l'existence de la personne américaine n'est pas de tirer avantage des bénéfices prévus dans la convention ou qu'il ne serait pas « approprié », compte tenu de l'objet de l'article sur les restrictions apportées aux avantages, de refuser d'accorder les avantages du protocole à cette personne.

Selon l'ET, la personne qui dépose une demande auprès de l'autorité compétente peut demander un allègement pouvant être accordé à l'égard de l'ensemble des éléments de revenu ou d'un élément en particulier, et ce, sur la base d'une divulgation complète de l'ensemble des informations pertinentes. Également, l'ET précise que l'application des avantages de la convention se fera rétroactivement au plus tôt à la date d'entrée en vigueur du protocole ou à la date à laquelle la structure pourrait être assujettie à pareille disposition⁴⁵.

3. ENTITÉS HYBRIDES ET TRANSPARENTES

Une entité hybride est une société par actions ou une entente contractuelle telle qu'une société de personnes qui, selon les législations fiscales applicables, est considérée comme un type d'entité par une juridiction (entité transparente au même titre qu'une société de personnes où les membres, associés ou actionnaires sont imposables) alors que sa caractérisation dans l'autre juridiction est différente (entité autonome assujettie à l'impôt). Le différend quant à la caractérisation peut, selon le cas, être avantageux si l'on peut exploiter un arbitrage ou désavantageux (par exemple, si un pays contractant ne reconnaît pas l'entité aux fins de l'application de la convention fiscale pertinente). Particulièrement dans le cadre de structures transfrontalières entre le Canada et les États-Unis, l'utilisation d'entités hybrides est incontournable depuis l'introduction du régime *check-the-box* américain.

Le protocole amène des modifications majeures pour les entités hybrides et transparentes.

3.1. ENTITÉS TRANSPARENTES

Le protocole traite des résidents des États-Unis qui utilisent une SRL pour investir au Canada en fonction de la résidence effective. Cependant, plutôt que d'introduire une disposition qui porte directement sur les SRL, le

⁴⁵ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 2, p. 61.

protocole ajoute à l'article IV de la convention le paragraphe 6, qui peut s'appliquer à un plus large éventail d'entités. Généralement, ce paragraphe prévoit que le revenu, le profit ou le gain gagné par une entité sera « obtenu » (*derived by*) par un résident du Canada ou des États-Unis si, en vertu de la législation fiscale du pays dont le propriétaire est un résident :

- le propriétaire a obtenu le revenu, le profit ou le gain par l'intermédiaire d'une entité (autre qu'une entité qui est un résident de l'autre État contractant (l'État source));
- l'entité qui reçoit les fonds est « transparente sur le plan financier » en vertu de la législation fiscale du pays;
- le traitement du revenu, du profit ou du gain est identique au traitement qui aurait été réservé au revenu, au profit ou au gain, s'il avait été obtenu directement par le propriétaire.

Le libellé de cette disposition requiert que le propriétaire de l'entité soit un résident du Canada ou des États-Unis. Quant à l'ET, elle précise que même si les propriétaires américains de l'entité hybride pourront se prévaloir des avantages du protocole sur les montants reçus de cette entité hybride (une fois de plus comme une SRL), cette dernière aura l'obligation de produire une déclaration de revenus canadienne ainsi que les autres documents à l'appui de la demande⁴⁶.

3.2. PRÉOCCUPATIONS

3.2.1. Définition de l'expression « transparente sur le plan financier »

L'expression « transparente sur le plan financier » n'est pas définie dans la convention ni dans le protocole et elle n'est pas utilisée dans la législation fiscale canadienne. Ainsi, en vertu de l'ET, une entité est qualifiée de « transparente sur le plan financier » si le revenu qu'elle gagne est imposé au niveau du bénéficiaire, du membre ou du participant de celle-ci. L'ET vient également préciser les entités qui sont considérées comme « transparentes sur le plan financier ». Ainsi, aux fins américaines, ces entités comprennent les sociétés de personnes, les fiducies de placement en vertu de la disposition

⁴⁶ JOINT COMMITTEE ON TAXATION, *Explanation of Proposed Protocol to the Income Tax Treaty Between the United States and Canada* (JCX-57-08), July 10, 2008, p. 39, note 71.

584 de l'*Internal Revenue Code*⁴⁷, des fiducies au profit du constituant (*grantor trust*) et les SRL considérées comme des sociétés de personnes ou des entités ignorées (*disregarded entities*) aux États-Unis. Quant aux entités canadiennes, elles sont des sociétés de personnes et de simples fiducies, nommément *bare trust*⁴⁸.

Également, l'ET vient préciser que les entités qui sont assujetties à l'impôt, mais qui peuvent faire l'objet d'un allègement dans le cadre d'un système intégré, ne sont pas considérées comme étant des entités « transparentes sur le plan financier ».

Fait intéressant, l'ET vient confirmer qu'une entité « transparente sur le plan financier » peut être une entité d'un pays tiers dans la mesure où il s'agit d'une entité « transparente sur le plan financier » en vertu de la législation fiscale du pays dont le propriétaire est un résident.

L'ET fournit l'exemple d'une société américaine (USco) qui détient les actions d'une société française (Franceco), qui détient à son tour les actions d'une société canadienne (Canco). Par conséquent, l'ET confirme qu'USco est réputée recevoir les dividendes de source canadienne et peut donc se prévaloir du taux de retenue réduit en vertu de la convention si Franceco est : 1) une entité « transparente sur le plan financier » en vertu des lois américaines; et 2) les dividendes sont traités selon la loi américaine de la même façon que s'ils avaient été gagnés directement par USco⁴⁹. Tel qu'il a été mentionné précédemment, plusieurs investisseurs américains ont utilisé comme entité intermédiaire une société luxembourgeoise. Ainsi, une telle structure pourrait être traitée de façon semblable.

3.2.2. Traitement du revenu, du profit ou du gain

L'application de cette disposition pose un autre problème relatif au traitement du revenu, du profit ou du gain réalisé par l'entité. La disposition

⁴⁷ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

⁴⁸ JOINT COMMITTEE ON TAXATION, *op. cit.*, note 46, p. 37.

⁴⁹ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 2, p. 4. En raison des problèmes liés à la détention des actions d'une société privée canadienne par une SRL, certains fonds de placement sont détenus par des sociétés luxembourgeoises, qui, elles, sont détenues par des SRL. Ces sociétés luxembourgeoises pourraient être considérées comme des entités « transparentes sur le plan financier ». Ainsi, il semble que le Canada subordonne l'interprétation par le fait qu'il accepte la position juridique américaine.

prévoit clairement que la législation traite le revenu, le profit ou le gain réalisé par l'entité « comme si » le propriétaire l'avait gagné directement. Ainsi, afin de déterminer si le traitement du revenu, du profit ou du gain est le même que s'il avait été réalisé directement par le propriétaire, l'ET mentionne qu'aux fins américaines, les principes énoncés à la disposition 894 I.R.C. serviront à déterminer si le critère mentionné au protocole sera respecté. Quant à la position du Canada, l'ET mentionne qu'il appliquera un principe comparable aux États-Unis⁵⁰.

CONCLUSION

Tel qu'il a été démontré par la discussion ci-dessus, l'introduction d'une disposition bilatérale sur les restrictions apportées aux avantages a comme résultat qu'un payeur canadien qui verse un montant à une personne qui apparaît être un résident des États-Unis ne peut pas nécessairement tenir pour acquis que le bénéficiaire du paiement puisse invoquer la convention fiscale. De plus, les nouvelles mesures portant sur les entités hybrides peuvent entraîner l'élimination de l'avantage de la convention. Ainsi, les payeurs canadiens se doivent d'être vigilants, et ce, particulièrement si le paiement est effectué en faveur d'une des personnes suivantes :

- une filiale d'un groupe contrôlé à l'extérieur du Canada ou des États-Unis;
- une personne qui est une entité transparente aux fins fiscales (société de personnes ou SRL).

⁵⁰ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 2, p. 38.

ANNEXE 1

ÉTABLISSEMENT STABLE POUR SERVICES – OCDE VS CONVENTION

OCDE Convention	
Nonobstant les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3, si une entreprise d'un État contractant exécute des prestations de services dans l'autre État contractant	Sous réserve du paragraphe 3, lorsqu'une entreprise d'un État contractant fournit des services dans l'autre État contractant, s'il est déterminé qu'elle n'a pas d'ES dans cet autre État en vertu des paragraphes précédents du présent article, cette entreprise est réputée fournir ces services par l'intermédiaire d'un ES dans cet autre État dans les seuls cas où :
a) par l'intermédiaire d'une personne physique qui est présente dans cet autre État pendant une période ou des périodes excédant au total 183 jours durant toute période de 12 mois et si plus de 50 % des recettes brutes imputables aux activités d'exploitation active exercées par l'entreprise au cours de cette ou ces périodes proviennent des prestations de services exécutées dans cet autre État par l'intermédiaire de cette personne, ou	a) ces services sont fournis dans cet autre État par une personne physique qui y séjourne pendant une période ou des périodes totalisant 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de 12 mois et, pendant cette période ou ces périodes, plus de 50 % des recettes brutes tirées d'une entreprise exploitée activement de l'entreprise consistent en un revenu tiré des services fournis dans cet autre État par la personne physique; ou
b) pendant une période ou des périodes excédant au total 183 jours durant toute période de 12 mois, et ces prestations de services sont exécutées pour un même projet ou pour des projets connexes par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes physiques qui sont présentes et exécutent ces prestations de services dans cet autre État	b) les services sont fournis dans cet autre État pendant une période totale de 183 jours ou plus au cours d'une période quelconque de 12 mois relativement au même projet ou à un projet connexe pour des clients qui soit sont des résidents de cet autre État, soit y maintiennent un ES, et les services sont fournis relativement à cet établissement stable.

<p>les activités exercées dans cet autre État dans le cadre de l'exécution de ces prestations de services sont réputées être exercées par l'intermédiaire d'un établissement stable de l'entreprise situé dans cet autre État, sauf si ces prestations de services sont limitées à celles qui sont mentionnées dans le paragraphe 4 et qui, si elles étaient exécutées par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires, ne feraient pas de cette installation un ES au regard des dispositions de ce paragraphe. Aux fins de ce paragraphe, les prestations de services exécutées par une personne physique pour une entreprise ne sont pas considérées comme étant exécutées par une autre entreprise par l'intermédiaire de cette personne physique, à moins que cette autre entreprise ne supervise, ne dirige ou ne contrôle la manière dont ces prestations de services sont exécutées par cette personne physique.</p>	
---	--

NOUVEAUTÉS À SURVEILLER EN FISCALITÉ INTERNATIONALE

Nicolas Legault
CMA, M. Fisc.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1.	L'ARRÊT <i>PRÉVOST</i> : NOTION DE BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF	40:4
2.	ACCORD D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS EN MATIÈRE FISCALE : INCIDENCES À VENIR	40:8
3.	ABROGATION DE L'ARTICLE 18.2 L.I.R.	40:12
4.	MODIFICATION DE L'ARTICLE 400 R.I.R.	40:12
5.	NOTION DE « PLUS DE CINQ EMPLOYÉS À TEMPS PLEIN »	40:14
6.	RÉSIDENCE DES FIDUCIES : L'ARRÊT <i>GARRON</i>	40:16
7.	NOUVELLE <i>CONVENTION FISCALE ENTRE LES ÉTATS-UNIS ET LA HONGRIE</i>	40:17
	ANNEXE A	40:20

Les 12 derniers mois furent fertiles en nouveaux développements touchant la fiscalité internationale. Plusieurs de ces développements sont discutés par d'autres conférenciers (notamment concernant le nouveau protocole à la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*¹, le rapport du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale, les nouvelles règles relatives au Certificat 116, etc.). Dans le cadre de ce texte, nous effectuerons une revue sommaire des développements suivants :

- l'arrêt *La Reine c. Prévost Car Inc.*² : notion de bénéficiaire effectif;
- l'accord d'échange de renseignements en matière fiscale : incidences à venir;
- l'abrogation de l'article 18.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³;
- l'impact des modifications à l'article 400 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁴;
- la notion de « plus de cinq employés à temps plein » : l'arrêt *489599 B.C. Ltd. c. La Reine*⁵ et nouvelle position administrative de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »);
- la résidence des fiducies : l'arrêt *Garron et autres c. La Reine*⁶;

¹ Le cinquième protocole modifiant la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis* a été signé le 21 septembre 2007 : CANADA, ministère des Finances, Protocole modifiant la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, faite à Washington le 26 septembre 1980 et modifiée par les protocoles faits le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997 (ci-après « Protocole »). De façon générale, le Protocole est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009.

² 2009 D.T.C. 5053 (C.A.F.) (ci-après « *Prévost* »).

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁴ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

⁵ 2008 CCI 332 (ci-après « *489599 B.C. Ltd.* »).

⁶ 2009 CCI 450 (ci-après « *Garron* »).

- la nouvelle *Convention fiscale entre la Hongrie et les États-Unis*⁷ : impacts sur les structures de financement actuelles et nouvelles solutions de rechange.

1. L'ARRÊT *PRÉVOST* : NOTION DE BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF

Le 26 février 2009, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté par la Couronne dans l'arrêt *Prévost*. L'ARC avait préalablement été déboutée devant la Cour canadienne de l'impôt dans sa contestation de ce qu'elle considérait comme un arrangement de « chalandage fiscal ». Ce dénouement n'est guère surprenant étant donné la décision bien motivée du juge de la Cour canadienne de l'impôt.

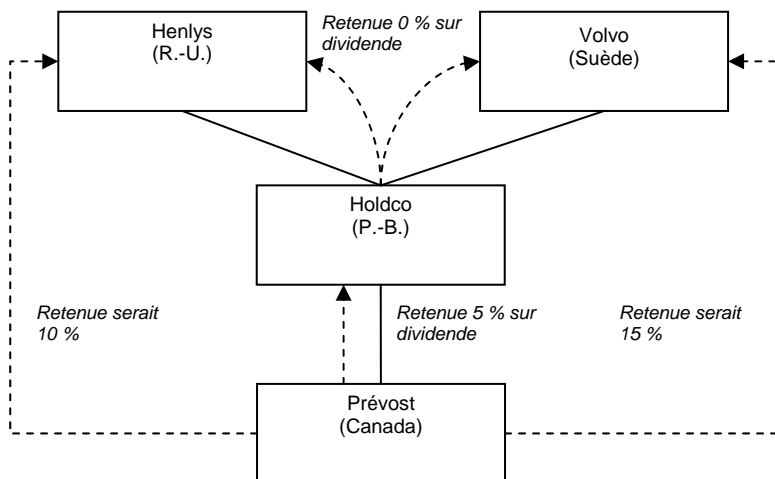
Rappelons les faits : *Prévost Car Inc.* (ci-après « *Prévost* ») est une société résidente du Canada. La totalité de ses actions était détenue par *Prévost Holding B.V.* (ci-après « *Holdco* »), société résidente des Pays-Bas. Les actionnaires de *Holdco* étaient *Volvo Bussar A.B.* (ci-après « *Volvo* »), société résidente de la Suède, et *Henlys Group PLC* (ci-après « *Henlys* »), société résidente du Royaume-Uni. La preuve invoquée par les parties indiquait que *Holdco* avait été constituée en société par *Volvo* et *Henlys* pour procéder à l'acquisition de *Prévost*. Des raisons commerciales et fiscales ont été avancées pour expliquer la décision de constituer *Holdco* aux Pays-Bas.

La convention entre actionnaires de *Volvo* et *Henlys* prévoyait qu'au moins 80 % des profits de *Prévost* et de *Holdco* seraient distribués aux actionnaires dans la mesure où le groupe de sociétés disposait des ressources financières suffisantes pour satisfaire à ses exigences normales et prévisibles de fonds de roulement au moment du paiement. Une entente contraire entre les actionnaires pouvait outrepasser cette condition. La distribution pour un exercice donné devait être déclarée et versée aux actionnaires dès que possible après la fin de l'exercice. Le conseil d'administration de *Holdco* devait prendre des mesures raisonnables pour faire en sorte que des dividendes ou d'autres paiements soient déclarés par *Prévost* ou que d'autres dispositions soient prises pour permettre à *Holdco* d'effectuer des paiements au titre d'un dividende.

⁷ *Convention between the government of United States of America and the government of the Republic of Hungary for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income*, signée le 4 février 2010.

Prévost a versé des dividendes à Holdco en 1996, 1997, 1998, 1999 et 2001 et a retenu l'impôt au taux de 5 %, s'appuyant sur l'article 10 de la *Convention fiscale entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas*⁸. Le ministre a établi la cotisation en indiquant que Holdco n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes, donc ne pouvait s'appuyer sur les modalités de la Convention Canada/Pays-Bas. Selon le ministre, Holdco n'était qu'un relais pour les actionnaires de Holdco, compte tenu des circonstances de la constitution en société de cette dernière et de la politique de dividendes mentionnée ci-dessus. Le ministre a donc appliqué aux dividendes les taux de retenue d'impôt de 15 % et de 10 % prévus respectivement à la *Convention fiscale entre le Canada et la Suède*⁹ et à la *Convention fiscale entre le Canada et le Royaume-Uni*¹⁰, plutôt que le taux de 5 % qui avait été utilisé par Prévost.

Illustration 1 : Structure et faits de l'arrêt *Prévost*



⁸ *Convention fiscale entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas* signée le 27 mai 1986, et telle qu'elle a été modifiée par le Protocole signé le 4 mars 1993 et le Protocole signé le 25 août 1997 (ci-après « Convention Canada/Pays-Bas »).

⁹ *Convention fiscale entre le Canada et la Suède en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, signée le 26 août 1996.

¹⁰ *Convention fiscale entre le Canada et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne*, signée le 8 septembre 1978 et modifiée par les Protocoles signés le 15 avril 1980 et le 16 octobre 1985.

En première instance, le juge s'est d'abord penché sur le sens de « bénéficiaire effectif » au titre de l'article 10 de la Convention Canada/Pays-Bas. Comme l'expression n'est pas définie dans la Convention Canada/Pays-Bas, il a passé en revue diverses autorités, dont la jurisprudence canadienne et étrangère, le droit néerlandais des sociétés, les définitions de dictionnaires et les témoignages d'experts. En dernière analyse, le juge en est venu à la conclusion que le « bénéficiaire effectif » d'un dividende est la personne qui le reçoit pour son propre usage et sa propre jouissance, qui assume les risques liés au dividende et qui dispose en maître du dividende. La personne qui est le bénéficiaire effectif du dividende est celle à qui reviennent tous les attributs du droit de propriété. Bref, le dividende profite à son propriétaire lui-même, et cette personne n'a aucun compte à rendre à qui que ce soit sur ce qu'elle fait du revenu de dividende.

« In my view the “beneficial owner” of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received. The person who is beneficial owner of the dividend is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership. In short the dividend is for the owner’s own benefit and this person is not accountable to anyone for how he or she deals with the dividend income¹¹. »

La Cour canadienne de l'impôt a appliqué les principes ci-dessus et a accueilli l'appel de Prévost au motif que Holdco était le bénéficiaire effectif des actions de Prévost. De l'avis de la Cour canadienne de l'impôt, rien ne prouvait que Holdco n'était qu'un relais pour Volvo et Henlys. Holdco avait payé les actions de Prévost et en était le propriétaire inscrit. Les dividendes versés à Holdco étaient la propriété de Holdco et pouvaient, à ce titre, être saisis par ses créanciers, le cas échéant, jusqu'à ce que le conseil de gestion de Holdco déclare des dividendes. Il n'y avait pas de mouvements de fonds préétablis ou automatiques vers Volvo et Henlys. Le fait que le registre des procès-verbaux de Prévost contenait plusieurs mentions erronées faisant référence à Volvo et à Henlys comme étant ses actionnaires n'a pas été fatal à Prévost.

La Couronne a interjeté appel, mais la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de la Couronne. Les motifs de la décision ont été rédigés par le juge Décary, avec l'assentiment des juges Blais et Sharlow.

Le juge Décary était d'accord avec le juge de la Cour canadienne de l'impôt que le « bénéficiaire effectif » des dividendes est la personne qui les

¹¹ *Prévost*, précité, note 2, par. 100.

reçoit pour son propre usage et sa propre jouissance, qui assume les risques liés aux dividendes et qui dispose en maître des dividendes reçus. De l'avis de la Cour d'appel fédérale, cette formulation est conforme au sens général, technique et juridique du terme. Surtout, la Cour d'appel fédérale a accordé une grande importance au sens du terme tel qu'il figure dans les commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») et dans le rapport de l'OCDE sur les sociétés relais :

« The worldwide recognition of the provisions of the Model Convention and their incorporation into a majority of bilateral conventions have made the Commentaries on the provisions of the OECD Model a widely-accepted guide to the interpretation and application of the provisions of existing bilateral conventions [...] In the case at bar, Article 10(2) of the Tax Treaty is mirrored on Article 10(2) of the Model Convention.

The same may be said with respect to later commentaries, when they represent a fair interpretation of the words of the Model Convention and do not conflict with Commentaries in existence at the time a specific treaty was entered and when, of course, neither treaty partner has registered an objection to the new Commentaries¹². »

Ayant admis que le « bénéficiaire effectif » des dividendes est la personne qui les reçoit pour son propre usage et sa propre jouissance, qui assume les risques liés aux dividendes et qui dispose en maître des dividendes, le juge Décary a ensuite examiné les constatations de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt. Il a jugé que ces constatations étaient corroborées par la preuve et a appuyé la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle Holdco était le bénéficiaire effectif des dividendes. Voici quelques constatations de fait :

- La relation entre Holdco et ses actionnaires n'était pas une relation d'agent ou de mandataire ni une relation dans laquelle le bien était détenu par un mandataire;
- Il n'y avait aucune preuve que Holdco était un relais pour Volvo et Henlys, et il n'y avait pas de mouvements de fonds préétablis ou automatiques vers Volvo et Henlys;
- Holdco était le propriétaire inscrit des actions de Prévost; elle avait payé ces actions et les détenait pour elle-même;

¹² *Id.*, par. 10 et 11.

- Le cas échéant, les dividendes versés à Holdco relativement à ses actions étaient la propriété de Holdco et pouvaient être saisis par ses éventuels créanciers, jusqu'à ce que le conseil de gestion de Holdco déclare des dividendes et que ceux-ci soient approuvés par les actionnaires.

Selon la Cour d'appel fédérale, la Cour canadienne de l'impôt n'ayant commis aucune erreur manifeste ou dominante, l'appel de la Couronne a été rejeté. On se souviendra que la Couronne avait également échoué dans sa tentative d'appliquer la règle générale antiévitement (art. 245 L.I.R.) à un arrangement de chalandage fiscal dans l'arrêt *MIL (Investments) S.A. c. La Reine*¹³.

2. ACCORD D'ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS EN MATIÈRE FISCALE : INCIDENCES À VENIR

Le 31 août 2009, le ministre fédéral des Finances a annoncé que le Canada avait signé, le 29 août 2009, son premier accord d'échange de renseignements en matière fiscale (ci-après « AERF »), soit l'AERF avec les Pays-Bas et concernant les Antilles néerlandaises (ci-après « AERF entre le Canada et les Antilles néerlandaises »).

Un AERF énonce le cadre régissant l'échange de renseignements pertinents pour l'administration et l'application des lois fiscales nationales de chaque partie. L'AERF entre le Canada et les Antilles néerlandaises est fondé sur le modèle de convention sur l'échange de renseignements en matière fiscale élaboré par l'OCDE.

Cet AERF entrera en vigueur le premier jour du troisième mois après que chaque pays aura notifié à l'autre, par écrit, que ses procédures internes pour l'entrée en vigueur de l'accord ont été accomplies.

Le 31 août 2009, le ministère des Finances a aussi annoncé qu'il avait entrepris des négociations d'AERF avec 14 autres juridictions. Nous vous renvoyons à l'Annexe A pour connaître la liste des juridictions ainsi que la date de début des négociations.

¹³ 2006 D.T.C 3307 (C.C.I.); confirmé par 2007 D.T.C. 236 (C.A.F.).

Incidence du statut de pays ayant conclu un AERF

Les mesures relatives aux AERF ont d'abord été annoncées dans le Budget fédéral de 2007¹⁴ en vue d'inciter les gouvernements étrangers à conclure des AERF avec le Canada. Ces mesures adoptées récemment comportent deux volets importants : un incitatif et un punitif.

Incitatif : Traitement à titre de surplus exonéré élargi au revenu tiré d'une entreprise exploitée activement par une société étrangère affiliée dans un pays ayant conclu un AERF

Lorsqu'une société étrangère affiliée (ci-après « SÉA ») réside dans un « pays désigné »¹⁵, le revenu qu'elle tire d'une entreprise exploitée activement dans un « pays désigné » (y compris le revenu réputé constituer un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement) est généralement inclus dans le surplus exonéré de la SÉA (déduction faite des impôts étrangers applicables), et un dividende versé à même ce surplus exonéré à une société canadienne sera exonéré d'impôt au Canada. Historiquement, un « pays désigné » était un pays avec lequel le Canada avait conclu une convention générale visant l'élimination de la double imposition.

Dans le cadre des mesures relatives aux AERF, la définition de « pays désigné » a été élargie afin d'englober un pays avec lequel le Canada a conclu un AERF. Ainsi, le revenu net tiré d'une entreprise exploitée activement par une SÉA dans un tel pays sera inclus dans le surplus exonéré plutôt que dans le surplus imposable. L'élargissement du régime de surplus exonéré, pour inclure les pays ayant conclu un AERF, ouvrira des possibilités nouvelles de planification pour les opérations étrangères de multinationales canadiennes.

Le *Règlement de l'impôt sur le revenu* a également été modifié pour prévoir que lorsqu'un AERF entre en vigueur à une date donnée, l'accord est réputé entrer en vigueur et commencer à s'appliquer le premier jour de l'année d'imposition de la SÉA qui comprend la date d'entrée en vigueur en question.

Ces modifications, adoptées en mars 2009, s'appliquent après 2007. Comme l'AERF entre le Canada et les Antilles néerlandaises est le premier

¹⁴ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

¹⁵ Tel qu'il est défini au paragraphe 5907(11) R.I.R.

AERF signé par le Canada, ces modifications (qui n'avaient eu aucune incidence jusqu'ici) pourraient désormais devenir pertinentes pour l'année d'imposition 2009 et les années d'imposition futures d'une SÉA donnée (selon la date à laquelle l'AERF entre le Canada et les Antilles néerlandaises ou les AERF à venir entrent en vigueur et la date à laquelle prend fin l'année d'imposition de la SÉA en question).

Il est à noter que l'ARC a récemment confirmé¹⁶ que si une SÉA réside dans un pays, mais exploite une entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable dans un autre pays et qu'aucun de ces pays n'a conclu de convention fiscale avec le Canada, le Canada devra signer des AERF avec les deux pays pour que le revenu que tire la SÉA d'une entreprise exploitée activement soit inclus dans le surplus exonéré. Nous nous attendons à ce que l'ARC publie d'autres lignes directrices à cet égard à mesure que le réseau d'AERF prendra de l'ampleur.

Punitif : Inclusion dans le revenu étranger accumulé tiré de biens du revenu tiré d'une entreprise exploitée activement dans un pays ayant refusé de conclure un AERF

Un certain nombre de modifications de la *Loi de l'impôt sur le revenu* viennent restreindre la portée de la définition d'« entreprise exploitée activement », de sorte que le revenu d'une SÉA, qui constituerait par ailleurs un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement, sera redéfini à titre de revenu étranger accumulé tiré de biens¹⁷ (ci-après « RÉATB ») s'il est tiré d'une entreprise (définie au paragraphe 95(1) L.I.R. comme une « entreprise non admissible ») exploitée par l'intermédiaire d'un établissement stable dans un « pays non admissible ».

Un « pays non admissible » est défini comme étant un pays (ou une autre juridiction) avec lequel le Canada n'a pas signé de traité fiscal ni conclu d'AERF qui est en vigueur et avec lequel le Canada a, plus de 60 mois avant ce moment, engagé des négociations en vue de conclure un AERF ou tenté, au moyen d'une invitation, d'engager pareilles négociations (sous réserve d'une prolongation jusqu'en 2014 si des négociations avaient été engagées le 19 mars 2007, date du Budget fédéral de 2007). Avant l'instauration de cette nouvelle notion, le revenu tiré d'une entreprise exploitée activement gagné dans un pays n'ayant pas conclu de traité fiscal

¹⁶ Voir « Table ronde de l'ARC », dans *Congrès de l'Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes*, question 4, 1^{er} mai 2009.

¹⁷ Tel qu'il est défini au paragraphe 95(1) L.I.R.

était considéré comme un surplus imposable, mais pas comme du RÉATB. Or, ce revenu gagné, le cas échéant, dans un « pays non admissible » sera, en vertu des nouvelles règles, généralement considéré comme un RÉATB et imposé au Canada dans l'année en cours.

Dans le cas des négociations d'AERF engagées après le 19 mars 2007, ce traitement s'appliquera si plus de 60 mois se sont écoulés depuis le début des négociations ou depuis l'invitation du Canada à engager des négociations, selon la première des échéances. Étant donné que les négociations engagées après le 19 mars 2007 ont toutes été engagées à partir de 2009, la fin du délai de 60 mois ne devrait pas arriver avant 2014, et aucune conséquence fiscale négative ne devrait survenir d'ici là.

En ce qui a trait à une juridiction qui négociait déjà un AERF avec le Canada avant le 19 mars 2007 (ce qui est le cas des îles Vierges britanniques, de l'île de Man et de Jersey comme le montre l'Annexe A), ce traitement s'appliquera si les négociations ne portent pas fruit avant 2014.

Il convient de souligner que ces règles ne s'appliqueront pas pour la détermination du revenu gagné dans un pays n'ayant pas conclu de traité fiscal et pour lequel aucune négociation d'un AERF n'a été engagée avec ce pays et si celui-ci n'a pas été invité à le faire.

Adoptées en décembre 2007, ces modifications s'appliquent aux années d'imposition des SÉA commençant après 2008, même si, comme nous l'avons indiqué, aucune conséquence fiscale négative ne devrait survenir avant 2014.

En conséquence, de nouvelles possibilités de planification s'offriront aux sociétés canadiennes qui tirent ou qui sont réputées tirer un revenu d'une entreprise exploitée activement aux Antilles néerlandaises et, bientôt, dans certaines des autres juridictions avec lesquelles le Canada a engagé des négociations en vue de conclure un AERF.

De plus, les structures comportant actuellement des SÉA exploitant activement une entreprise dans l'une des juridictions n'ayant pas conclu de traité fiscal avec le Canada, mais qui ont engagé avec ce dernier des négociations en vue de conclure un AERF pourraient devoir être remaniées si l'AERF n'est pas effectivement conclu dans les délais requis.

3. ABROGATION DE L'ARTICLE 18.2 L.I.R.

Le 30 novembre 2007, le ministre des Finances du Canada a mis sur pied le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale (ci-après « Groupe consultatif »). Ce Groupe consultatif avait essentiellement pour mandat de formuler des recommandations visant à améliorer le régime canadien de fiscalité internationale sur les plans de la compétitivité, de l'efficacité et de l'équité. En décembre 2008, le Groupe consultatif a publié son rapport dans lequel il prônait l'abrogation de l'article 18.2 L.I.R. On se souviendra que l'introduction de l'article 18.2 L.I.R. découlait d'une mesure controversée du Budget fédéral du 19 mars 2007 visant à limiter la déductibilité de l'intérêt versé (et autres dépenses engagées) par les sociétés résidant au Canada relativement à leurs investissements dans des sociétés étrangères affiliées. L'article 18.2 L.I.R., plus modéré dans ces effets que la mesure initiale, était force de loi depuis 2007, mais applicable uniquement après 2011.

Dans le Budget fédéral 2009¹⁸, le ministre des Finances a annoncé son intention d'abroger cet article. Le ministre des Finances a justifié ce changement de politique en se basant sur les recommandations du Groupe consultatif, en considérant la conjoncture financière actuelle à l'échelle mondiale et les conséquences négatives sur les investissements effectués à l'étranger par des sociétés canadiennes que pourrait entraîner l'article 18.2 L.I.R. Nous croyons qu'il s'agit d'une mesure mal inspirée et qu'à ce titre son abrogation est appropriée. La communauté fiscale et économique l'a généralement toujours critiquée, même si le ministre des Finances s'est d'abord montré déterminé à la faire adopter. Cette détermination semblait toutefois s'appuyer sur des considérations davantage politiques qu'économiques.

4. MODIFICATION DE L'ARTICLE 400 R.I.R.

Une surprise était incluse dans le projet de loi sur le Budget de 2009¹⁹. En effet, ce projet de loi incluait une modification significative de la définition d'établissement stable aux fins du paragraphe 400(2) R.I.R. Plus précisément, le nouvel alinéa 400(2)e.1) R.I.R. prévoit que la société qui n'a pas d'établissement stable est réputée en avoir un à l'endroit qui est désigné

¹⁸ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2009*, 27 janvier 2009.

¹⁹ *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 janvier 2009 et mettant en œuvre des mesures fiscales connexes*, Projet de loi C-10, Sanction royale le 12 mars 2009.

à titre de siège social dans son acte constitutif. Cette mesure s'applique aux années 2009 et suivantes.

Le paragraphe 400(2) R.I.R. précise en quoi consiste un établissement stable lorsqu'il s'agit de déterminer si le revenu imposable d'une société pour une année d'imposition doit être attribué à une province donnée en vertu de la Partie IV R.I.R. En vertu des anciennes règles, une société n'avait généralement pas d'établissement stable dans une province aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* si elle n'exploitait pas d'entreprise dans cette province, et ce, même si son siège social y était situé.

Une société canadienne qui n'a pas d'établissement stable dans une province en vertu du paragraphe 400(2) R.I.R. ne sera pas considérée comme ayant un revenu imposable gagné dans une province aux fins du paragraphe 124(1) L.I.R. En conséquence, cette société ne serait pas assujettie à l'impôt provincial (à l'exception potentiellement de l'Alberta et du Québec dont le régime fiscal pour les sociétés n'est pas harmonisé avec le fédéral), mais n'aurait pas le droit à l'abattement fédéral de 10 % prévu au paragraphe 124(1) L.I.R.

Une société qui exploite une entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable classique n'est pas touchée par la modification, car elle aurait droit à l'abattement fédéral de 10 % prévu au paragraphe 124(1) L.I.R. En revanche, une société de portefeuille ou une société qui détient uniquement des investissements passifs et qui n'exploite pas d'entreprise pourrait être négativement touchée par cette modification. À titre d'exemple, un investisseur américain qui détient des placements par l'intermédiaire d'une société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse (structure couramment utilisée dans le passé) verra son fardeau fiscal augmenter significativement, car dorénavant la société aura droit à l'abattement fédéral de 10 %, mais sera imposable en Nouvelle-Écosse à un taux de 16 %. Le taux d'imposition de cette société passera donc de 29 % à 35 % soit une augmentation de plus de 20 %.

Cette modification aura potentiellement pour effet de reconsidérer les juridictions utilisées pour abriter une société de portefeuille. Une juridiction populaire comme la Nouvelle-Écosse risque de perdre beaucoup d'attrait au profit de juridictions provinciales ayant un taux d'impôt moins élevé comme l'Alberta (10 %), la Colombie-Britannique (11 %) ou le Nouveau-Brunswick (8 % en 2012).

Dans le cas du Québec, la notion d'établissement stable n'est pas arrimée sur la notion fédérale. Cela pourrait donner un curieux résultat étant

donné que le Québec n'a pas de disposition qui répute un établissement stable où le siège social est situé. Une société de portefeuille ayant un siège social au Québec pourrait, en vertu de la législation actuelle, avoir droit à l'abattement fédéral de 10 % et ne pas être imposable au Québec si elle n'est pas considérée exercer une entreprise.

5. NOTION DE « PLUS DE CINQ EMPLOYÉS À TEMPS PLEIN »

Pour déterminer si une SÉA exploite ou non une « entreprise de placement », l'expression « plus de cinq employés à temps plein » est pertinente. Généralement, une entreprise de placement, telle qu'elle est définie au paragraphe 95(1) L.I.R., est une entreprise dont le principal objet consiste à tirer un revenu de biens, d'assurance de risques, d'affacturage de comptes clients ou tirer des bénéfices de la disposition de biens de placement. Le revenu provenant d'une entreprise de placement d'une SÉA doit généralement être inclus dans son RÉATB. Dans certaines circonstances, une entreprise qui se qualifierait autrement d'entreprise de placement peut ne pas être visée par cette définition et subir les conséquences indésirables s'y rattachant (inclusion dans le RÉATB), si la SÉA emploie plus de cinq personnes à temps plein.

Dans l'arrêt *489599 B.C. Ltd.*, la Cour canadienne de l'impôt a examiné le sens de l'expression « plus de cinq employés à temps plein » qui fait partie de la définition d'« entreprise de prestation de services personnels » incluse dans le paragraphe 125(7) L.I.R.

La question à trancher dans cet arrêt était simple : la contribuable employait-elle tout au long des années en cause plus de cinq employés à temps plein? Dans l'affirmative, elle ne constituait pas une entreprise de prestation de services personnels et elle avait le droit de déduire la totalité de ses dépenses d'entreprise et de demander la déduction accordée aux petites entreprises. Les parties avaient convenu que la contribuable employait cinq employés à temps plein et au moins un employé à temps partiel. Par conséquent, l'interprétation de l'expression « plus de cinq employés à temps plein » était déterminante dans cet arrêt.

Dans son analyse du sens de l'expression « plus de cinq employés à temps plein », la Cour canadienne de l'impôt a examiné les règles d'interprétation des lois et la jurisprudence, notamment l'arrêt *La Reine c. Hughes & Co. Holdings Ltd.*²⁰, qui contenait des observations sur cette

²⁰ 94 D.T.C. 6511 (C.A.F.) (ci-après « *Hughes* »).

expression. La Cour canadienne de l'impôt a aussi cité les observations de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Imperial Oil Ltd. c. La Reine*²¹ sur la méthode moderne s'appliquant à l'interprétation des lois qui concluait essentiellement qu'il faut lire les mots dans leur contexte, en tenant compte de l'ensemble de la loi, c'est-à-dire en conservant toujours à l'esprit les mots employés dans les autres dispositions de la loi.

La Cour d'appel fédérale et la division de première instance de la Cour fédérale ont examiné le sens de l'expression « plus de cinq employés à temps plein » seulement dans le contexte de la définition d'« entreprise de placement déterminée » incluse dans le paragraphe 125(7) L.I.R. et non dans le contexte de la définition d'« entreprise de prestation de services personnels ». Cependant, les mots sont les mêmes et la Cour canadienne de l'impôt a indiqué qu'il s'agissait de dispositions jumelles. De son côté, le ministre s'est appuyé sur la jurisprudence en matière d'entreprises de prestation de services personnels pour prétendre que le critère « plus de cinq employés à temps plein » visait au moins six employés à temps plein.

La Cour canadienne de l'impôt, dans l'arrêt *489599 B.C. Ltd.*, a analysé longuement la décision rendue dans l'arrêt *Hughes* et elle a déclaré que les observations qui y sont formulées constituaient l'*obiter dictum*, ce qui en réduisait automatiquement le poids. Elle en est arrivée à cette conclusion parce que le tribunal dans l'arrêt *Hughes* avait déclaré que dans les faits en l'espèce, la contribuable n'employait que quatre employés à temps plein; par conséquent, il n'était pas nécessaire de déterminer le sens de l'expression « plus de cinq employés à temps plein » pour régler l'arrêt. La Cour canadienne de l'impôt était aussi en désaccord avec la méthode d'interprétation des lois appliquées par le tribunal dans l'arrêt *Hughes*, qui comportait un remaniement des mots employés dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* de façon à ce que la disposition se lise comme suit : « employés à temps plein, soit plus de cinq ». Selon la Cour canadienne de l'impôt, cette méthode allait à l'encontre de la méthode moderne d'interprétation des lois que les tribunaux privilégient actuellement. Finalement, la juge a indiqué que l'expression « plus de cinq » ne voulait pas nécessairement dire « au moins six », et que si telle avait été l'intention du législateur, il aurait utilisé précisément ce libellé. Comme l'arrêt *Hughes* a été mentionné dans un certain nombre de décisions, la Cour canadienne de l'impôt a également examiné celles-ci, mais elle a conclu dans chaque cas soit qu'on pouvait distinguer les faits de ceux de l'arrêt *489599 B.C. Ltd.*, soit que les

²¹ 2006 D.T.C. 6639 (C.S.C.).

observations formulées dans la décision antérieure constituaient l'*obiter dictum*.

Suivant la décision rendue dans l'arrêt *489599 B.C. Ltd.*, le critère « plus de cinq employés à temps plein » exige que le contribuable emploie tout au long de l'année au moins cinq employés à temps plein. Par conséquent, le fait d'employer un employé à temps partiel en plus des cinq employés à temps plein sera suffisant pour remplir ce critère. Dans une interprétation technique émise récemment²², l'ARC a confirmé qu'elle va appliquer les conclusions de l'arrêt *489599 B.C. Ltd.* pour l'interprétation de la notion d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) L.I.R.

6. RÉSIDENCE DES FIDUCIES : L'ARRÊT *GARRON*²³

Dans cette décision de la Cour canadienne de l'impôt, deux fiducies de la Barbade se sont vu refuser l'exonération prévue au paragraphe 4 de l'article XIV de la *Convention fiscale entre le Canada et la Barbade*²⁴, qui empêche le Canada d'imposer les gains en capital provenant de l'aliénation d'actions par des résidents de la Barbade. Le tribunal a établi que les fiducies n'étaient pas des résidentes de la Barbade du fait que la « gestion centrale et le contrôle » de celles-ci étaient exercés au Canada, même si le fiduciaire des deux fiducies résidait à la Barbade.

Les opérations en cause dans cet arrêt étaient antérieures aux modifications proposées à l'article 94 L.I.R., en vertu desquelles les fiducies non résidentes, comme celles visées dans l'arrêt *Garron*, sont réputées résider au Canada. Ces propositions étaient censées s'appliquer après 2006, mais la loi de mise en œuvre n'a pas encore été déposée devant le Parlement.

Il convient de souligner le contraste entre cette conclusion et le précédent de longue date établi dans l'arrêt *Thibodeau Family Trust c. La Reine*²⁵, arrêt dans lequel la Cour fédérale a établi qu'aux fins fiscales, la fiducie en cause résidait dans le territoire de résidence de la majorité des

²² Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-029916117 (E), 14 décembre 2008.

²³ Précité, note 6.

²⁴ *Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signé le 22 janvier 1980.

²⁵ 78 D.T.C. 6376 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *Thibodeau* »).

fiduciaires. En *obiter*, le juge a semblé écarter le critère de la « gestion centrale et du contrôle » au motif que les fiduciaires ne pouvaient se plier aux directives d'un tiers en raison des devoirs fiduciaires leur échéant.

Dans l'arrêt *Garron*, la juge a mentionné que si l'*obiter* dans l'arrêt *Thibodeau* devait s'appliquer dans tous les cas sans égard aux faits, elle ne pouvait y concourir, étant donné que les fiduciaires ne respectent pas toujours leurs devoirs fiduciaires. Voici ce qu'elle a affirmé au paragraphe 157 :

« I have concluded that the Thibodeau decision is insufficient authority for me to reject a central management and control test to determine trust residence. In fact, as I will explain, in my view there are very good reasons why the judicial test for residence that has been developed in a corporate context should also apply to trusts. »

Elle poursuit (au paragraphe 160) :

« [...] adopting a similar test of residence for trusts and corporations promotes the important principles of consistency, predictability and fairness in the application of tax law²⁶. »

Cet élément de la décision soulèvera forcément une certaine controverse et sera potentiellement invoqué comme motif d'appel devant la Cour d'appel fédérale. Certainement à suivre.

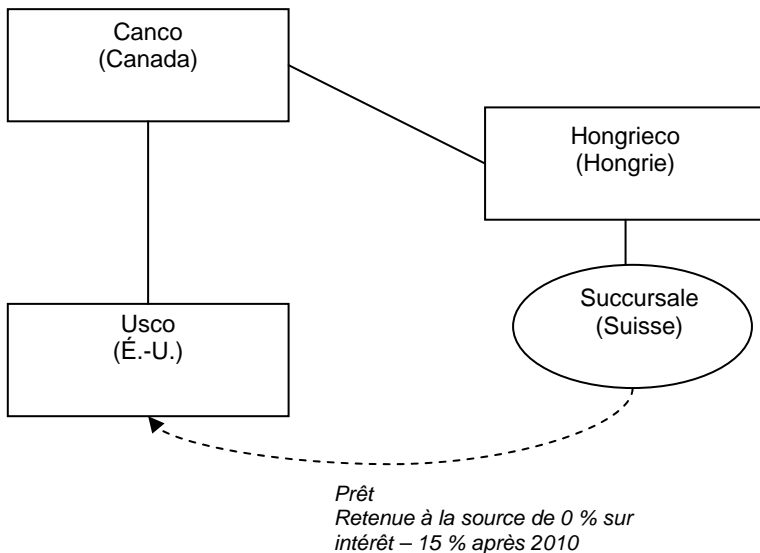
7. NOUVELLE CONVENTION FISCALE ENTRE LES ÉTATS-UNIS ET LA HONGRIE

Le 3 juin 2009, les États-Unis et la Hongrie ont annoncé la conclusion des négociations d'une nouvelle convention fiscale (ci-après « Nouvelle Convention ») qui remplacera la convention fiscale actuelle, entrée en vigueur en 1979 (ci-après « Convention fiscale de 1979 »). Les négociations officielles pour la Nouvelle Convention ont commencé en 2001. Une fois signée, la Nouvelle Convention entrera en vigueur lorsque les deux pays auront échangé leurs instruments de ratification. Toutefois, les personnes ayant droit aux bénéfices de la Convention fiscale de 1979 pourront faire un choix afin de bénéficier de la protection de cette convention jusqu'au 31 décembre 2010.

²⁶ *Garron*, précité, note 6, par. 157 et 160.

L'élément le plus significatif dans la Nouvelle Convention pour les multinationales canadiennes est l'introduction d'une disposition apportant des restrictions aux avantages de cette convention (ci-après « clause de restrictions apportées aux avantages »). Cette clause de restrictions apportées aux avantages est similaire aux autres récemment introduites par les États-Unis dans leurs conventions fiscales avec les pays européens et à ce titre, inclut une disposition dite triangulaire qui limite l'utilisation de succursale dans un pays tiers dans certaines circonstances. Ainsi, les multinationales canadiennes qui utilisent une société hongroise ayant une succursale dans un pays tiers (généralement la Suisse ou le Luxembourg) pour financer leurs filiales américaines seront généralement touchées par la disposition dite triangulaire. Par conséquent, les intérêts payés par leurs filiales américaines pourront être assujettis à une retenue d'impôt à la source de 15 %. Cela sonne donc le glas pour la mise en place de ce type de structure de financement des opérations américaines. Pour éviter la retenue d'impôt à la source de 15 %, les structures existantes devront être liquidées ou remplacées au plus tard le 31 décembre 2010.

Illustration 2 – Structure typique touchée par la disposition dite triangulaire



Toutefois, avec l'avènement en 2010 d'un taux de retenue à la source de 0 % sur les intérêts versés par un payeur américain à un Canadien, plusieurs nouvelles juridictions européennes pourront être utilisées pour y

localiser une société finançant les activités américaines d'un groupe canadien. Ces juridictions ne pouvaient être utilisées à cause des clauses de restrictions apportées aux avantages dans les conventions fiscales entre ces pays et les États-Unis. Puisque le taux de retenue à la source sur les intérêts sera nul à partir de 2010 entre le Canada et les États-Unis, les clauses de restrictions apportées aux avantages dans ces conventions ne s'appliqueront plus systématiquement. Cela permettra d'utiliser certaines de ces juridictions pour financer les opérations d'une filiale américaine de société canadienne. Entre autres, le Luxembourg, les Pays-Bas avec la mise en place potentielle d'un nouveau régime en 2010 (régime du « compte d'intérêt ») ou même la Suisse seront des juridictions fortement considérées dans l'avenir pour la localisation de nouvelles structures de financement européennes.

ANNEXE A**Négociations d'accords d'échange de renseignements en matière fiscale**

Le ministère des Finances du Canada a rapporté qu'en date du 31 août 2009, le Canada avait entrepris des négociations d'AERF avec les juridictions suivantes :

Juridictions	Date du début des négociations
Anguilla	24 août 2009
Aruba	25 mai 2009
Bahamas	18 mai 2009
Bahreïn	29 juin 2009
Bermudes	30 avril 2009
Gibraltar	14 mai 2009
Guernesey	4 mai 2009
Îles Caïmans	9 juin 2009
Île de Man	12 octobre 2005
Îles Turques-et-Caïques	25 juin 2009
Îles Vierges britanniques	6 décembre 2005
Jersey	17 octobre 2005
Saint-Kitts-et-Nevis	30 mars 2009
Sainte-Lucie	2 avril 2009

**L'EFFRITEMENT DU SECRET FISCAL – FONDS DÉTENUS À
L'ÉTRANGER**



Pierre J. Dansereau
Avocat, MBA, TEP
Banque Royale du Canada
Gestion internationale du patrimoine

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 41:3

**1. SECRET BANCAIRE, ÉVASION ET BLANCHIMENT
D'ARGENT** 41:3

2. DÉMARCHES DU G-20 ET DE L'OCDE EN 2009 41:6

3. SECRET BANCAIRE EN SUISSE 41:12

3.1. HISTORIQUE DU SECRET BANCAIRE EN SUISSE 41:12

3.2. LOI DE 1934 41:14

3.3. PÉRIODE DE 1998 À 2008 41:15

3.4. ÉVASION FISCALE ET FRAUDE FISCALE 41:16

3.5. ANNONCE DE MARS 2009 ENTRE LA SUISSE
ET LES ÉTATS-UNIS 41:18

3.6.	CAS PARTICULIER DE LA FRANCE	41:19
4.	DÉBOIRES DE L'UBS	41:20
5.	MONDIALISATION DES ATTAQUES CONTRE LES PARADIS FISCAUX	41:23
	CONCLUSION	41:25
	ANNEXE.....	41:30

INTRODUCTION

Le droit du client à la confidentialité dans ses relations bancaires pour ses comptes à l'étranger vit des jours tumultueux. Ce droit a subi des limitations au cours des dernières années, surtout depuis les attentats de septembre 2001. Lorsqu'il est question du droit à la confidentialité dans ses relations bancaires avec un paradis fiscal, on se réfère généralement au fameux secret bancaire. Ce secret bancaire n'est pas absolu : il a souvent été limité dans sa portée, soit par les conventions fiscales, la législation et la réglementation du pays où le compte est établi, soit par les ententes contractuelles entre le client et sa banque. Au Canada, il existe plusieurs situations où l'intermédiaire financier peut être contraint à divulguer des renseignements confidentiels; on peut penser aux Feuilles fiscaux T3 et NR4 expédiés à l'Agence du revenu du Canada ou encore aux divulgations automatisées comme les transferts électroniques de devises transfrontalières de 10 000 \$ ou plus. L'institution financière canadienne et ses employés bénéficient même de certaines protections légales dans l'hypothèse où elle aurait volontairement choisi de divulguer des informations aux autorités en cas de transactions douteuses en matière de blanchiment d'argent. Nous examinerons maintenant ce qui a donné lieu à tous ces changements.

Ce texte a pour but d'expliquer le contenu du secret bancaire à l'extérieur du Canada en prenant l'exemple le plus connu de la Suisse et comment celui-ci est interprété lorsqu'un pays étranger tente d'obtenir des informations bancaires ou fiscales d'un pays soumis au secret bancaire. Nous ferons une revue de la distinction en Suisse entre l'évasion fiscale et la fraude fiscale, des causes de l'évolution du secret bancaire en Suisse, des pressions exercées par les organisations supranationales et des déboires de l'Union des banques suisses (ci-après « UBS ») au cours des deux dernières années qui auront marqué le plus grand changement à la portée de ce secret et de ses conséquences pour les années à venir.

1. SECRET BANCAIRE, ÉVASION ET BLANCHIMENT D'ARGENT

Historiquement le secret bancaire, et par le fait même le secret fiscal qui est l'une de ses composantes, existe en grande partie au sein de juridictions perçues par les clients fortunés comme étant stables et dont les banques tentaient d'attirer des investissements étrangers. La Suisse codifia son secret bancaire en 1934 à la suite d'une tradition vieille de quelques centaines d'années. D'autres pays ont inscrit le secret bancaire dans leur législation alors que plusieurs pays du common law ont préféré laisser la question aux coutumes et aux décisions des tribunaux même si plusieurs pays préférèrent

parler de droit à la confidentialité que de secret bancaire. Aujourd'hui, en Amérique du Nord, « secret bancaire » est malheureusement devenu synonyme d'« évvasion fiscale » grâce aux efforts des gouvernements *onshore* qui ont démontré un appétit fiscal féroce ainsi qu'au manque de scrupules de certains contribuables et institutions financières étrangères encourageant un tant soit peu leurs clients à se soustraire à leurs obligations fiscales. Par contre, même au XXI^e siècle pour des résidents d'autres pays dont le passé est beaucoup plus turbulent que le nôtre, le secret bancaire sert aussi à se protéger des nationalisations à vil prix, des confiscations et expropriations, de la conversion forcée de devises étrangères, de la fiscalité arbitraire et discriminatoire, de la corruption, des soulèvements populaires, révolutions et dictatures, mais aussi des enlèvements et des assassinats. On peut se rappeler la conversion forcée, en pesos argentins à des taux de change défavorables, de devises étrangères détenues en Argentine par des résidents de ce pays pour parer aux problèmes économiques considérables existant dans ce pays. Évidemment, notre monde et le leur sont bien différents.

Le blanchiment d'argent se produit depuis des temps immémoriaux, mais sa codification en infraction criminelle est relativement récente, ne datant que de quelques décennies. Depuis un peu plus de 10 ans, le recyclage financier de sommes provenant de l'évasion fiscale constitue également du blanchiment d'argent dans certains pays. Le grand public croit généralement que le blanchiment d'argent est seulement relié au recyclage de fonds provenant de certains types d'activités criminelles comme le trafic des stupéfiants, des armes, de la prostitution ou d'autres activités similaires; en fait, le blanchiment d'argent est une infraction qui vise à dissimuler les actifs illicites en les convertissant en actifs légitimes. C'est le processus par lequel de « l'argent sale » provenant d'une activité criminelle est transformé en « argent propre » dont l'origine criminelle est difficile à retrouver. Il consiste à maquiller l'origine des fonds, à en changer la forme ou à transférer les fonds quelque part où il y a moins de risques qu'ils attirent l'attention. Dans certains pays, le blanchiment d'argent comprend aujourd'hui la tentative de convertir le produit de l'évasion fiscale en argent propre, mais cela n'a pas toujours été le cas.

Vers la fin des années 1990, le Parlement britannique adoptait des mesures limitant la marge de manœuvre de certains paradis fiscaux en obligeant leurs institutions financières à une meilleure tenue de dossiers, d'identification du client et de la source de leurs fonds; ces règles ont été étendues à certaines juridictions semi-autonomes comme les îles Anglo-Normandes, les Bermudes et les îles Caïmans. À l'époque, il était déjà plus difficile d'ouvrir un compte de banque à l'étranger qu'au Canada, mais ces

nouvelles obligations ont rendu le processus encore plus laborieux; contrairement à la croyance populaire et à celle de nos politiciens, pour un non-résident l'ouverture du compte *offshore* devenait plus complexe que l'ouverture d'un compte au Canada.

Des organisations supranationales, comme les Nations Unies et l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE »), ont emboîté le pas en adoptant des mesures applicables à toutes les juridictions sous peine qu'elles se retrouvent sur une **liste no ire**. Les conséquences d'apparaître sur cette liste noire n'ont jamais été clairement précisées, mais on sait qu'on peut en théorie interdire l'accès aux marchés financiers des pays *onshore* aux institutions financières *offshore* exerçant leurs activités dans un pays de la liste noire : à peu près toutes les juridictions s'y sont pliées.

Les États-Unis ont mis sur pied le système de *Qualified Intermediary* (ci-après « QI ») qui apportait des solutions efficaces, quoiqu'elles soient encore imparfaites, à la lutte à l'évasion fiscale par des personnes américaines. Les attentats de septembre 2001 ont accéléré et modifié les stratégies de lutte à l'évasion fiscale par les pays industrialisés; dorénavant, on parlait de blanchiment d'argent et de lutte au financement du terrorisme. Bien qu'il n'ait jamais été prouvé que les attentats de 2001 furent financés par des comptes *offshore*, on tentait d'associer les paradis fiscaux au financement du terrorisme, ce qui en faisait une cause encore plus populaire.

La réglementation visant l'identification des clients et de leur source de fonds s'est accrue au fil des ans tant dans les pays *onshore* qu'*offshore* (tout particulièrement depuis mai 2008 au Canada), mais ce n'est qu'avec la crise financière de 2008-2009 qu'on a perçu une volonté plus déterminée d'aborder le problème : après avoir connu un succès mitigé à associer le terrorisme à l'évasion fiscale, la stratégie vise maintenant à associer la crise financière à l'évasion fiscale en considérant ces paradis fiscaux comme les coupables à long terme en lieu et place des *Lehman Brothers*, *AIG*, *Madoff*, etc. Le fait qu'il n'a pas été démontré qu'il y avait un lien entre les deux ne semble pas être pertinent aux impératifs politiques de l'heure. La dernière offensive est menée par le G-20 ainsi que l'OCDE.

2. DÉMARCHES DU G-20 ET DE L'OCDE EN 2009

Le G-20¹, créé en 1999, est un regroupement des 20 plus grands pays industrialisés et comprend les plus importants pays de l'OCDE². Sont présents aux réunions du G-20, les ministres des Finances et les gouverneurs des banques centrales ainsi que les représentants de l'Union européenne, le Fonds monétaire international et la Banque mondiale. Une importante réunion tenue à Londres en avril 2009 avait pour but de considérer la crise financière mondiale. Le communiqué final³ comprenait des mesures visant à :

- rétablir la confiance, la croissance et l'emploi;
- réparer le système financier pour rétablir le crédit;
- renforcer la régulation financière pour maintenir la confiance;
- financer et réformer nos institutions financières pour surmonter cette crise et en empêcher d'autres;
- promouvoir le commerce mondial et l'investissement et rejeter le protectionnisme; et
- bâtir une reprise écologique et soutenable.

¹ Membres du G-20 : Afrique du Sud, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Australie, Brésil, Canada, Chine, Corée du Sud, États-Unis, France, Grande-Bretagne, Inde, Indonésie, Italie, Japon, Mexique, Russie, Union européenne et Turquie.

² Pays membres de l'OCDE : Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Corée, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Turquie.

³ Leaders Statement The Global Plan for Recovery and Reform – 2 April 2009, G-20 (en ligne : <http://www.g20.org/Documents/final-communique.pdf>).

Plus précisément en ce qui concerne les paradis fiscaux, le communiqué final du G-20 mentionne qu'ils vont « agir contre les juridictions non coopératives, dont les paradis fiscaux. L'ère du secret bancaire est terminée⁴ ». (Notre soulignement)

On y note que les juridictions non coopératives posent des risques pour les finances publiques et l'on demande à toutes les juridictions d'adopter les normes internationales élevées pour prévenir le blanchiment d'argent, notamment en adoptant le modèle standard de convention d'échange d'informations fiscales (Treaty Information Exchange Agreements (ci-après « TIEA »))⁵ ou encore le modèle standard de convention fiscale et plus particulièrement son article XXVI, prévoyant l'échange de renseignements⁶. Le G-20 se dit prêt à adopter des sanctions contre les pays ne respectant pas ces normes internationales et à élaborer une « boîte à outils » où leurs membres pourraient adopter des sanctions contre les pays récalcitrants; l'Allemagne a déjà déposé un projet de loi visant à pénaliser tout contribuable faisant affaire avec certains paradis fiscaux : l'évasion fiscale commise avec une banque américaine étant moins grave, semble-t-il, que celle commise avec une banque bahamienne. Ces nouveaux outils devaient être présentés au sommet du G-20 tenu aux États-Unis en septembre 2009, mais la date a été reportée au printemps 2010; ils incluront probablement les éléments suivants :

- divulgations financières additionnelles pour les contribuables et les institutions financières traitant avec des juridictions non coopératives;
- retenues fiscales à la source pour une variété de paiements;
- déni de déductions fiscales associées à des paiements effectués en faveur de résidents de juridictions non coopératives;
- révision des politiques de conventions fiscales avec ces pays;

⁴ Declaration on Strengthening the Financial System – London Summit 2 April 2009, G-20 (en ligne : http://www.g20.org/Documents/Fin_Deps_Fin_Reg_Annex_020409_-_1615_final.pdf).

⁵ Accord modèle (en ligne : <http://www.oecd.org/dataoecd/41/18/33977677.pdf>).

⁶ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE, 2000 (ci-après « Modèle de convention »).

- demande aux institutions internationales et aux banques de développement régional de réviser leurs critères d'investissement; et
- importance accrue aux principes de transparence et d'échange d'informations fiscales dans la conception de programmes d'aide bilatéraux.

L'OCDE a publié et mis à jour les listes de juridictions suivantes :

- les juridictions⁷ ayant largement mis en place les normes de transparence exigées et les échanges effectifs de renseignements en matière fiscale (ci-après « la liste blanche »);
- les juridictions⁸ qui ont pris un engagement à améliorer la transparence et à mettre en place des échanges effectifs de renseignements en matière fiscale (ci-après « la liste grise »); et
- les juridictions⁹ n'ayant pris aucun engagement à améliorer la transparence (ci-après « la liste noire »).

Par chance, plus aucun pays ne se trouve sur la liste noire, mais les pays de la liste grise auront jusqu'au printemps 2010 pour se conformer en figurant plutôt sur la liste blanche, sinon les sanctions trouveront application.

⁷ À jour au 25 septembre 2009 : la plupart sont des pays de l'OCDE : Afrique du Sud, Allemagne, Antilles néerlandaises, Argentine, Aruba, Australie, Autriche, Bahrein, Barbade, Belgique, Bermudes, Canada, Chine, Chypre, Corée, Danemark, Émirats arabes unis, Espagne, Estonie, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Guernesey, Hongrie, île de Man, île Maurice, îles Caïmans, îles Vierges britanniques, îles Vierges américaines, Inde, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Jersey, Luxembourg, Malte, Mexique, Monaco, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Russie, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, San Marino, Seychelles, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie.

⁸ À jour au 25 septembre 2009 : l'OCDE divise cette liste en deux : les juridictions qualifiées de paradis fiscaux (excluant notamment la Suisse... probablement parce qu'il s'agit d'un pays de l'OCDE) et les autres centres financiers. Voici la liste des paradis fiscaux : Andorre, Anguilla, Antigua et Barbuda, Bahamas, Belize, Dominica, Gibraltar, Grenade, îles Cook, îles Marshall, îles Turks et Caicos, Liberia, Liechtenstein, Montserrat, Nauru, Niue, Panama, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Sainte-Lucie, Samoa, St-Kitts-et-Nevis, Vanuatu. Voici la liste des autres centres financiers internationaux : Brunei, Chili, Costa Rica, Guatemala, Malaisie, Philippines, Singapour, Uruguay.

⁹ Aucun pays ne fait partie de la liste noire.

Font maintenant partie de la liste blanche de l'OCDE les paradis fiscaux traditionnels suivants : Antilles néerlandaises, Barbade, Bermudes, Chypre, Émirats arabes unis, Guernesey, île de Man, île Maurice, îles Caïmans, îles Vierges britanniques, Jersey, Luxembourg, Malte, Monaco et Suisse.

Étrangement, certains pays ne font partie d'aucune liste; brillent par leur absence des pays émergents comme le Brésil, mais il y a aussi l'Arabie saoudite qui fait partie du G-20 et des paradis fiscaux comme Hong Kong et Macao que l'OCDE considère comme simplement faisant partie de la Chine, à la suite des pressions politiques chinoises.

L'échange de renseignements fiscaux entre les pays se produisait généralement sur demande seulement. Aujourd'hui, quelques conventions fiscales prévoient un échange automatique de certaines informations comme la convention canado-américaine.

Afin de passer de la liste grise à la liste blanche, un pays doit conclure un minimum de 12 conventions fiscales ou encore des TIEA prévoyant l'échange de renseignements en cas d'évasion fiscale et non seulement de fraude fiscale comme c'est le cas des conventions fiscales signées auparavant par la Suisse. Pourquoi 12 conventions? Le chiffre semble purement arbitraire. Devant le grand succès remporté par l'OCDE, l'application de sanctions possibles a déjà été reportée de la fin de l'année 2009 à mars 2010; les sanctions possibles, au stade de rumeurs, pourraient ne pas respecter les lignes directrices de l'Organisation mondiale du commerce et poser elles-mêmes un plus grand problème pour l'OCDE.

En vertu des conventions fiscales et des TIEA, les autorités fiscales ne peuvent pas s'adresser directement à une institution financière d'un autre pays pour obtenir des informations au sujet des activités économiques de ses ressortissants : toute demande doit se faire par les autorités de leurs pays respectifs conformément aux dispositions des conventions fiscales ou des TIEA. Les récentes conventions fiscales visant à limiter la double imposition ainsi que les TIEA n'autorisent pas plus qu'autrefois les « parties de pêche »; celui qui demande l'information doit :

- s'adresser à l'organisme désigné du gouvernement étranger;
- demander une information spécifique au sujet d'un contribuable dont l'identité est connue;
- prouver que le compte bancaire existe;

- donner le numéro de compte du contribuable et le nom de l'institution financière détenant l'information, si cette information est disponible;
- fournir le nom du détenteur de compte;
- préciser les faits qui provoquent cette demande et entraînent l'application des dispositions d'échange d'informations en vertu des traités; et
- dans certains cas, avoir épuisé tous les recours à leur disposition comme on note dans les conventions signées par la Suisse.

Par ailleurs, en vertu de l'article 6 du TIEA modèle, une partie contractante peut autoriser des représentants de l'autorité compétente de l'autre partie contractante à entrer sur son territoire pour interroger des personnes physiques et examiner des documents, avec le consentement écrit de la personne concernée.

Les îles Caïmans ont mis en œuvre une stratégie additionnelle : un processus **unilatéral**¹⁰ d'échange d'informations fiscales, comme complément aux TIEA. Ce processus est actuellement à l'étude par l'OCDE pour déterminer s'il a la même portée qu'un TIEA négocié entre deux États. Par exemple, même si le Royaume-Uni n'a signé aucune convention avec les îles Caïmans, les autorités britanniques ont tout de même le droit de leur demander des informations au sujet de comptes maintenus aux îles Caïmans par un contribuable britannique, en raison de la mention du Royaume-Uni dans la convention unilatérale adoptée par les îles Caïmans.

Les normes d'identification du client (*Know Your Client* (ci-après « KYC »)) élaborées par l'OCDE et imposées à tous les pays *offshore* n'ont toujours pas encore la même portée au sein des institutions financières résidentes de certains pays de l'OCDE. Encore aujourd'hui, il est plus facile de cacher de l'Internal Revenue Service (l'administration fiscale fédérale américaine, (ci-après « IRS »)) l'identité du bénéficiaire ultime d'une compagnie du Delaware que de cacher l'identité de ceux dont les sociétés ont été incorporées aux Bahamas. Pour certains promoteurs, l'attrait d'une compagnie *onshore* est bien plus grand que celui d'une compagnie *offshore*. Même que des sociétés *onshore* dont les administrateurs résident à l'extérieur de la juridiction locale et qui n'opèrent aucun compte de banque

¹⁰ Pays visés : Afrique du Sud, Allemagne, Autriche, Belgique, Irlande, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Suisse.

local bénéficiaire dans les faits d'un secret bancaire bien plus étendu accompagné d'une perception d'une réputation supérieure ou, si vous préférez, une perception supérieure par ceux avec qui ils font affaire. Certains pays *onshore*, dont les États-Unis, font preuve d'une hypocrisie évidente en insistant sur l'échange d'informations alors qu'ils ne peuvent même pas savoir qui est le bénéficiaire ultime d'une compagnie au Delaware en raison d'une absence d'informations de type KYC détenue par l'avocat du Delaware. En effet, comment le gouvernement américain peut-il, à titre d'exemple en vertu de la convention fiscale entre les États-Unis et le Royaume-Uni, échanger des informations au sujet d'une société à responsabilité limitée (ou encore, en anglais, Limited Liability Company (LLC)) au Delaware qui appartiendrait à un ressortissant britannique si le gouvernement britannique ne peut prouver qu'il en est le propriétaire? Le sénateur américain Carl Levin, auteur du projet de loi proposé *Stop Tax Haven Abuse Act*¹¹ de 2009 (il était coauteur en 2008 d'un projet du même nom avec le sénateur Barack Obama avant son élection à la présidence), est tout de même le parrain d'un autre projet de loi en 2009 intitulé *Incorporation Transparency and Law Enforcement Assistance Act*¹², qui obligerait chacun des 50 États américains à conserver un registre des propriétaires bénéficiaires d'entités. Le Delaware, à lui seul, compte plus de 850 000 entités.

Le président mexicain, Felipe Calderon, mentionnait lors de la dernière réunion de l'OCDE que les États-Unis sont le principal paradis fiscal pour les Mexicains. Depuis quelques décennies, Miami est d'ailleurs reconnue comme l'une des premières destinations pour l'évasion fiscale par des Sud-Américains. Contrairement à la situation au Canada où les institutions financières émettent des Feuilles fiscaux NR4 pour des revenus gagnés au Canada par des non-résidents, les États-Unis n'ont pas de mécanisme similaire pour les comptes maintenus aux États-Unis par des non-résidents, sauf en ce qui a trait aux résidents canadiens. En effet, les étrangers qui ne résident pas au Canada, mais qui investissent aux États-Unis, bénéficient d'un secret bancaire dans les faits : les États-Unis ne peuvent savoir où les fonds sont maintenus à moins que le gouvernement étranger ne leur transmette le nom de l'institution financière; un projet du département du Trésor américain de 2001 tentait de forcer les banques américaines à transmettre à l'IRS des feuilles fiscaux pour leurs clients non résidents : le

¹¹ En ligne : <http://levin.senate.gov/newsroom/supporting/2009/PSI.StopTaxHavenAbuseAct.030209.pdf>.

¹² En ligne : <http://levin.senate.gov/newsroom/supporting/2009/PSI.stateincorporation.031109.pdf>.

collé de protestations et le lobby bancaire de la Floride a laissé sous-entendre que plusieurs dizaines de milliards de dollars quitteraient les banques américaines. En réalité, il s'agit d'un montant beaucoup plus important.

3. SECRET BANCAIRE EN SUISSE

3.1. HISTORIQUE DU SECRET BANCAIRE EN SUISSE

La question du secret bancaire est probablement la plus brûlante question qui se pose en Suisse aujourd'hui. La remise en question de ce secret devient un problème existentiel pour les Suisses, car, jusqu'à un certain point, il remet en cause l'identité même de leur pays. Suivant la vision suisse, les citoyens ne vivent pas pour l'État, ils ne sont pas considérés d'abord comme des contribuables, mais comme des êtres libres. À ce titre, ils disposent d'un droit à la vie, à la propriété et à la sphère privée. Le secret bancaire s'inscrit dans ce contexte : il protège la sphère privée des clients contre toute intrusion injustifiée de particuliers ou de l'État.

Le secret bancaire protège le client et non la banque, l'expression « secret de la clientèle bancaire » serait d'ailleurs plus appropriée. Le secret bancaire suisse existe probablement dans les faits depuis le Moyen Âge; l'évolution du protestantisme a eu un effet déterminant pour le développement de la Suisse et de son secret bancaire : on a alors mis de côté l'interdiction du prêt à intérêts (autrefois appelé l'usure) qui avaient cours dans les régions sous l'influence de la religion catholique. L'Église et son droit canon avait interdit le prêt (mais non l'emprunt) si on facturait des intérêts¹³. La fin du règne de Louis XIV en France vit la révocation de l'édit de Nantes promulgué par Henri IV, qui naquit protestant; la fuite de près de 300 000 huguenots vers les pays calvinistes, dont la Suisse, fut accompagnée de leurs fortunes importantes. Les monarchies européennes ont toujours eu à financer leurs activités et leurs guerres : les protestants suisses étaient des plus disposés à financer la monarchie française. Considérons alors la position du roi de France qui avait effectivement exilé des protestants qui exigeaient des intérêts sur des prêts alors qu'il faisait affaire avec ces excommuniés. Cet arrangement ne pouvait être officiellement dévoilé au peuple français ou au clergé et comme les Suisses désiraient continuer à négocier avec le roi, ils avaient aussi avantage à tenir l'arrangement secret.

¹³ *Pecunia pecuniam non parit* signifiait « l'argent ne fait pas l'argent ».

L'expression « secret bancaire » se trouve pour la première fois dans un texte de loi en 1713 : le Grand Conseil genevois adopte une disposition forçant les banquiers à tenir un registre écrit de leur clientèle et de ses activités et leur interdit de dévoiler ces informations à quiconque autre que le client, sauf avec l'accord du Conseil de la ville de Genève. La Révolution française de la fin du XVIII^e siècle marquée par un second exode de Français consolida la position de la Suisse comme terre d'accueil des personnes fortunées. Dans un passé plus récent, Chateaubriand évoquait ce qui suit : « Neutres dans les grandes révolutions des États qui les environnaient, les Suisses s'enrichirent des malheurs d'autrui et fondèrent une banque sur les calamités humaines. »

L'augmentation importante des charges fiscales en Europe pendant et après la Première Guerre mondiale, la neutralité de la Suisse, l'inflation énorme et le protectionnisme financier qui a conduit à la condamnation à mort par les nazis de trois Allemands en raison de l'interdiction de détenir des capitaux à l'extérieur de l'Allemagne ont amené la Suisse à réorganiser son secteur bancaire en adoptant en 1934 la *Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne* (Loi sur les banques), dont l'article 47 traite du secret bancaire¹⁴.

¹⁴ *Loi sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934* (R.S. 952.0), art. 47 :

« 1 Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement:

a. en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque, ou encore d'organe ou d'employé d'une société d'audit, révèle un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi;

b. incite autrui à violer le secret professionnel.

2 Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus.

3 En cas de récidive dans les cinq ans suivant une condamnation entrée en force, la peine pécuniaire est de 45 jours-amende au moins.

4 La violation du secret professionnel demeure punissable alors même que la charge, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin.

5 Les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice sont réservées.

6 La poursuite et le jugement des infractions réprimées par la présente disposition incombent aux cantons. Les dispositions générales du code pénal sont applicables. »

Le secret bancaire existe notamment pour la protection du client : il est théoriquement possible d'y renoncer. Ce secret vise à protéger le client dans ses relations avec la banque. Tout ce qui entoure son compte est protégé, qu'il s'agisse de la simple confirmation de l'existence du compte, du numéro ou nom du compte, le solde ou les opérations ainsi que les conversations et échanges entre le banquier et son client. Ce qui distingue en pratique la portée du secret suisse est qu'il est illimité dans le temps et qu'il vise particulièrement le banquier (personne physique) lui-même alors qu'ailleurs le fardeau repose principalement sur la banque. La violation de ce secret entraîne de sévères pénalités comprenant des amendes, la condamnation aux dommages-intérêts et même l'emprisonnement du banquier.

Pour ce qui est des comptes anonymes ou à numéros, il s'agit de comptes similaires aux autres mais se distinguant par le fait que le nom du client ne figure pas dans les écritures usuelles de la banque ni évidemment sur les relevés de compte. Pour mieux comprendre, un simple employé de la banque ne pourrait, à l'aide des ordinateurs à l'interne, retrouver qui en est le propriétaire; seuls des employés spécifiques de l'institution (le banquier privé et son équipe immédiate, le fichier central, certains chefs de service et le service de conformité) connaissent le bénéficiaire effectif du compte. Le secret bancaire du compte à numéros n'est pas différent de celui d'un compte régulier; il ne s'agit que d'une mesure additionnelle de confidentialité. Certaines banques privées en Suisse, en particulier celles présentes à Genève, interdisent même à certains employés clés de résider en France, dont ceux travaillant au fichier central ou ceux desservant les clients résidant en France; la ville de Genève est située à quelques minutes de la France où le coût du logement correspond à la moitié de celui de Genève, expliquant le désir pour plusieurs employés de résider tout juste à côté d'une des villes les plus chères d'Europe.

3.2. LOI DE 1934

Avant 1934, enfreindre le secret bancaire entraînait uniquement des sanctions civiles et non pénales. La nouvelle loi garantit aux clients des banques suisses que les informations les concernant seront gardées confidentielles. Il ne serait pas tout à fait exact de dire que le secret bancaire est identique à celui de l'avocat, du médecin ou du clergé, mais il est perçu comme tel par les banquiers de Genève. Le secret bancaire est aussi ancré à

l'article 13 de la constitution suisse quoiqu'il n'y soit pas mentionné expressément¹⁵.

À compter de 1934, un afflux important d'argent étranger, surtout en provenance de la France, de l'Allemagne et de l'Italie a transformé la Suisse en première place financière internationale du monde. Vers la fin de la guerre, les alliés ont tenté d'éliminer le secret bancaire en annonçant que les banques suisses cachaient l'argent des nazis qui aurait pu servir éventuellement au financement de la reprise de leurs activités. Les alliés étaient tout de même dans une position de force, car les Américains avaient bloqué la somme colossale, à l'époque, de six milliards de francs qui avaient été déposés aux États-Unis par les banques suisses avant l'entrée en guerre des États-Unis. Heureusement pour les Suisses, ils ont négocié habilement en réussissant à faire accepter en 1946 l'intervention d'un arbitre tenu au secret bancaire pour déterminer les actifs appartenant aux Allemands dans les livres des banques suisses et en n'imposant à la Suisse qu'une amende plus ou moins symbolique de 250 millions de francs suisses. Contrairement aux prétentions américaines, il ne restait presque plus rien en Suisse des fonds nazis; ceux-ci ayant été retirés auparavant pour le financement de la guerre.

Un dernier mot au sujet de la théorie du secret bancaire : il n'est pas absolu. Par exemple, en droit civil en cas de décès du titulaire du compte, le banquier n'est pas obligé de rechercher qui sont les bénéficiaires et il ne doit transmettre qu'un minimum d'informations au liquidateur ou aux successibles; on penserait que le liquidateur successoral a des droits similaires à ceux du titulaire du compte avant son décès, mais ce n'est pas tout à fait le cas : par exemple, si le banquier payait les factures de cartes de crédit de la maîtresse du titulaire du compte, le banquier ne pourra révéler cette information au liquidateur ou aux successibles. Il y a aussi des exceptions en cas de conflit matrimonial, de poursuite pour dettes et faillite.

3.3. PÉRIODE DE 1998 À 2008

Outre les règles de l'article 47 ainsi que les obligations d'identification du client et de la source de ses fonds prévus par la Convention relative à

¹⁵ Art. 13 : Protection de la sphère privée.

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications.

2. Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent. »

l'obligation de diligence des banques (CDB) de 1977, on a introduit en 1998 des règles visant à prévenir le blanchiment d'argent. À la suite des événements de 2001, on introduisit d'autres règles visant à faire échec au financement du terrorisme, le tout grâce aux obligations de divulgations de transactions douteuses similaires à celles en vigueur aujourd'hui au Canada. Il existe également des règles visant à prévenir le délit d'initié.

Les tribunaux suisses peuvent aussi forcer la banque à dévoiler des informations dans le cadre d'une procédure pénale en Suisse. À l'égard des autorités étrangères, en matière de fraude fiscale, l'ordre donné par un juge étranger à une banque suisse, ou à une filiale ou succursale suisse d'une banque internationale, devra être entériné au préalable par un tribunal suisse.

Volontairement, la forte majorité des banques suisses sont devenues QI du programme de l'IRS américain, ce qui met un frein, de l'accord écrit du client américain, au secret bancaire en leur faveur; ce programme devrait être amélioré ou empiré, en fonction de notre point de vue, au cours des prochains mois.

L'année 2008 a vu la crise financière débiter aux États-Unis, puis s'étendre aux autres pays industrialisés. La réaction du G-20 et de l'OCDE a été de suggérer des mesures visant à réglementer davantage le secteur financier et tenter d'éliminer le secret bancaire, le tout dans un climat de confrontation entre les gouvernements américain et suisse avec la plus importante banque suisse prise en souricière.

3.4. ÉVASION FISCALE ET FRAUDE FISCALE

L'évasion fiscale n'est pas un acte criminel en Suisse, le fait d'omettre de déclarer certains revenus au fisc est une simple infraction administrative. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le secret bancaire vaut non seulement contre les autorités fiscales des pays étrangers, mais aussi contre l'administration fiscale suisse elle-même ainsi que contre toute tierce partie. Au Canada, les institutions financières font parvenir des T3 et autres relevés aux autorités fiscales; en Suisse, les autorités fiscales ne reçoivent pas de feuillets fiscaux de leurs propres banques. Si, en cas de simple évasion fiscale, le contribuable suisse refuse de donner des informations aux autorités fiscales suisses, il s'expose aux sanctions civiles et administratives du droit suisse mais pas à des sanctions pénales comme ce serait le cas au Canada.

En ce qui a trait au secret fiscal, la Suisse a toujours fait la distinction entre l'**évasion** fiscale et la **fraude** fiscale. Éluder l'impôt en omettant de

déclarer certaines sommes au fisc ou augmenter ses déductions fiscales peut constituer une évasion fiscale tant au Canada qu'en Suisse; mais un tel acte ne constituera pas une fraude fiscale en Suisse. La fraude fiscale se distingue de l'évasion fiscale en ce sens qu'il existe un élément additionnel dans le comportement du contribuable : celui de rédiger ou d'utiliser un faux document qui sera produit au fisc. Ce faux document doit être considéré comme un « titre » au sens du droit pénal suisse¹⁶. Cette notion de titre couvre les écrits destinés à prouver un fait ayant une portée juridique; la jurisprudence a clairement fait état que la déclaration fiscale ne constitue pas un écrit juridique. Ainsi, seule la fraude fiscale peut être poursuivie pénalement en droit suisse et obliger la banque à fournir des renseignements au sujet des comptes de ses clients. Elle suppose l'utilisation de documents contrefaits, falsifiés ou faux ou l'usage de tromperies et d'escroqueries.

La *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale*¹⁷ suisse, ainsi que les conventions fiscales signées jusqu'à tout récemment par la Suisse, contient les principes de la **spécialité** et de la **double incrimination**. Le principe de la spécialité prévoit que les renseignements fournis à l'autre État ne pourront être utilisés par l'État requérant que dans le cadre de la poursuite pénale en question et non pour d'autres infractions. Le principe de la double incrimination prévoit que l'assistance fiscale ne sera accordée que si l'infraction reprochée par les autorités étrangères relève de la justice pénale en droit suisse : cette disposition fait en sorte que le secret bancaire n'est pas levé en cas de simple évasion fiscale, car la simple évasion fiscale n'est pas un crime en Suisse. On a tendance à croire qu'à peu près aucune information fiscale n'est sortie de la Suisse, mais ce n'est pas le cas. Chaque année, la Suisse reçoit de 1 600 à 2 000 demandes d'entraide judiciaire provenant de l'étranger. Peu d'entre elles cependant concernent des délits fiscaux. En 2006, il y a eu 102 demandes, en 2007 116 demandes et, en 2008, 89 demandes en matière de délits fiscaux. Les demandes d'échange

¹⁶ Art. 251 :

« 1. Celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, aura créé un titre faux, falsifié un titre, abusé de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui pour fabriquer un titre supposé, ou constaté ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique, ou aura, pour tromper autrui, fait usage d'un tel titre, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2. Dans les cas de très peu de gravité, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. »

¹⁷ RS 351.1 (en ligne : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/3/351.1.fr.pdf>).

d'informations en matière fiscale représentent environ 5 % de toutes les demandes d'informations au sujet des comptes de banques suisses appartenant à des non-résidents. Ainsi, les autorités suisses ne pouvaient fournir assistance à un pays étranger en matière fiscale si la demande de ce pays concernait la simple évasion fiscale. Cette distinction cessera bientôt d'exister.

3.5. ANNONCE DE MARS 2009 ENTRE LA SUISSE ET LES ÉTATS-UNIS

En mars 2009, le président de la Suisse Hans-Rudolph Merz a annoncé que la Suisse entendait retirer sa réserve relative à l'article XXVI du Modèle de convention de l'OCDE en ce qui a trait à l'échange de renseignements; en pratique, la Suisse acceptera d'échanger des informations fiscales, sur demande officielle et preuves à l'appui, en cas d'évasion fiscale ainsi qu'en cas de fraude fiscale. Il faudra toutefois que la Suisse entreprenne des négociations et une ratification avec chaque pays individuellement pour que cette modification prenne effet¹⁸. Un pays ne pourra obtenir des informations sur les activités d'un compte suisse d'un de ses ressortissants pour une période antérieure à l'entrée en vigueur de la nouvelle convention fiscale.

Nous ne verrons pas non plus une horde de représentants de la police *onshore* ou de leurs autorités fiscales établir résidence en Suisse comme on l'a vu, bien que rarement, au cours des 10 dernières années; citons notamment la visite amicale d'une bonne douzaine de représentants des autorités canadiennes, en majorité des enquêteurs de la Gendarmerie royale du Canada, passer plus de deux semaines dans un *resort* tout inclus aux îles Turks et Caicos ainsi qu'à l'intérieur des bureaux de la British West Indies Trust Company dans un dossier de blanchiment d'argent; il semblerait que les quatre policiers britanniques présents sur l'île aient été quelque peu dépassés par les événements, eux qui étaient habitués à traiter des affaires de vol ou de délits mineurs par des individus en état d'ébriété.

¹⁸ Au 31 août, la Suisse a négocié avec 13 pays une Convention de double imposition (ci-après « CDI ») comportant une clause d'assistance administrative élargie conformément à l'article 26 du Modèle de convention de l'OCDE. En plus des conventions signées avec le Danemark, le Luxembourg et la France, des conventions comportant une telle clause ont été paraphées (mais pas encore signées) avec la Norvège, le Mexique, les États-Unis, le Japon, les Pays-Bas, la Pologne, la Grande-Bretagne, l'Autriche, la Finlande et le Qatar. Le Conseil fédéral a donné son feu vert à la signature d'une CDI avec le Danemark, le Luxembourg, la Norvège, la France, le Mexique et la Grande-Bretagne. Les autres CDI paraphées seront soumises prochainement à l'approbation du Conseil fédéral en vue de leur signature.

Quels pays profiteront des retombées de l'assaut au secret bancaire suisse? Comme les autres centres européens connaissent des problèmes similaires, mais moins médiatisés, certains clients privés recherchant le secret bancaire se déplaceront vers des pays plus accueillants comme Singapour et Hong Kong en Asie ou les Bahamas et Panama dans notre hémisphère. D'autres centres importants profiteront un peu des déboires de la Suisse comme les îles Anglo-Normandes, les îles Caïmans ou les Bermudes.

Certains investisseurs comme les Européens continueront de préférer les centres européens ou ils choisiront plutôt d'investir auprès des filiales de banques européennes exerçant leurs activités en Asie ou dans les Caraïbes. On constate toujours une certaine réticence de la part d'Européens à utiliser les Caraïbes. L'argent des pays arabes continuera de s'accumuler en Suisse, dans les îles Anglo-Normandes et en Asie. Hong Kong et Singapour se trouvent à des années-lumière en avance des autres juridictions asiatiques¹⁹ quant à l'infrastructure bancaire, mais Hong Kong continuera d'être délaissé par une certaine clientèle chinoise et son credo *anywhere but Hong Kong* ou *why take the risk?* Les protectorats britanniques à travers le monde, en particulier les îles Anglo-Normandes et certaines juridictions des Caraïbes, risquent d'être quelque peu délaissés par les investisseurs britanniques recherchant avant tout le secret bancaire.

3.6. CAS PARTICULIER DE LA FRANCE

Il y a toutefois au moins une exception aux conditions du processus d'échange d'informations énoncé ci-dessus : la Suisse a commencé à signer des avenants ou protocoles à certaines CDI, notamment avec la France, retirant leur réserve à l'article XXVI et même n'obligeant plus les autorités françaises à préciser le nom de l'institution financière qui détient le compte, créant ainsi un précédent en allant encore plus loin que ce qui était recommandé par l'OCDE. Selon la ministre française de l'économie,

« [...] l'échange d'information prévu dorénavant par la convention [...] permet à chacun des deux pays de demander à l'autre des informations à condition d'inclure le nom, l'adresse, la période considérée, le motif [...] et s'il en a connaissance le nom et l'adresse des établissements susceptibles de détenir cette information²⁰. »

¹⁹ Certains pays des Îles du Pacifique auraient même décidé à l'été 2009 de se retirer du secteur *offshore* : îles Marshall, Nauru et Niue.

²⁰ En ligne : <http://www.lepoint.fr/actualites-economie/2009-08-27/fiscalite-la-france-et-la-suisse-signent-un-accord-de-double-imposition/916/0/372157>.

En raison de la nature même de la Confédération suisse, il est possible que cette modification fondamentale au secret fiscal soit soumise à l'approbation du peuple par voie d'un référendum. Si la réponse est positive, ce sera la fin du secret fiscal en cas d'évasion fiscale par des étrangers du pays concerné. Si la réponse est négative, le gouvernement suisse disposera d'une arme redoutable à l'égard des organisations supranationales : ce ne seront pas les politiciens ou les banques qui mettront les bâtons dans les roues, ce sera le peuple qui aura parlé et on ne peut passer outre aux volontés exprimées démocratiquement. C'est à suivre...

4. DÉBOIRES DE L'UBS

Au cours des deux dernières années, la Suisse et sa plus grande institution financière, l'UBS, ont connu une attaque en règle de la part des autorités américaines. Plusieurs choses ont été écrites à ce sujet, notamment :

- le vol d'informations bancaires confidentielles auprès de son ancien employeur par un employé de la banque LGT du Liechtenstein qui travaillait de concert avec UBS; informations qui ont été vendues aux autorités fiscales de l'Allemagne et de nombreux autres pays dont les États-Unis. L'Allemagne a ainsi commis un acte criminel, se rendant coupable de recel, en payant un voleur. Comment aurait réagi le peuple allemand si l'un des leurs avait vendu des informations bancaires confidentielles à un gouvernement étranger?
- l'utilisation de cette information a permis à l'IRS et au système judiciaire américain d'arrêter un banquier privé et un haut dirigeant d'UBS²¹. Le ministère de la Justice et le banquier privé ont conclu une entente en vertu de laquelle le banquier privé témoignerait contre UBS. Le chef du service juridique d'UBS a aussi témoigné. Ont été dévoilées au cours des procédures des techniques de sollicitation et de marketing, de camouflage

²¹ Le banquier Bradley Birkenfeld a reçu une sentence de 40 mois en août dernier alors que le haut dirigeant Martin Liechti (autrefois responsable mondial du Wealth Management et deuxième plus haut dirigeant chez UBS) est considéré comme un fugitif de la justice américaine, soumis à un mandat d'arrestation. En raison de sa citoyenneté suisse, Liechti ne peut faire l'objet de procédures d'extradition tant qu'il demeure en Suisse. D'autres Suisses font aussi l'objet de mandats d'arrestation par les autorités américaines : Hansruedi Schumacher, directeur à NZB Neue Zuercher Bank de Zurich, ainsi que Matthias Rickenbach, un avocat de Zurich travaillant de concert avec Schumacher.

de l'identité des clients américains où l'on a appris que des cours de contre-espionnage ont été fournis aux banquiers;

- des ordres du tribunal américain pour forcer la divulgation d'informations financières au sujet des comptes suisses maintenus par des personnes fiscales américaines;
- une entente en février 2009 où UBS levait le secret bancaire pour 250 Américains, vraisemblablement impliqués dans la fraude fiscale, et où UBS acceptait de payer une amende de 780 M\$ US;
- et le jour suivant en février de nouvelles démarches du ministère de la Justice pour obtenir des informations sur un plus grand nombre de clients, potentiellement jusqu'à 52 000, donnant lieu au cours des six mois suivants à une véritable partie de bras de fer : d'un côté, le gouvernement suisse indiquant que ses représentants allaient saisir toute l'information nominative détenue par UBS au sujet de leurs clients américains, empêchant par le fait même UBS de fournir une information qu'elle ne détenait plus, et, de l'autre côté, le juge américain demandant au ministère de la Justice si ce dernier entendait aller jusqu'à exiger le retrait des permis d'exploitation de la banque UBS et de Paine Webber aux États-Unis, demander l'expropriation des actifs américains d'UBS et leur interdire d'utiliser les services de banques correspondantes américaines pour la détention de dollars américains et de titres américains, ayant pour conséquence d'empêcher UBS d'investir aux États-Unis pour leurs clients non américains;
- l'entente²² d'août dernier où UBS accepte de dévoiler à l'IRS les noms de 4 450 clients américains qui auraient commis l'évasion fiscale et dont les comptes auraient une valeur de 18 G\$ US. Cette entente serait administrée conformément aux dispositions de la convention fiscale actuelle, sans qu'elle ait besoin d'être modifiée. Afin de ne pas violer le secret bancaire, chaque client sera avisé à l'avance par écrit que des informations au sujet de son compte pourront faire l'objet de divulgation à moins qu'il n'en appelle auprès de la Cour fédérale suisse,

²² Le texte de l'entente se trouve au site Web suivant : (en ligne : http://www.irs.gov/pub/irs-drop/us-swiss_government_agreement.pdf). Alors que les détails sont au site suivant : (en ligne : http://www.irs.gov/pub/irs-drop/bank_agreement.pdf). L'annexe B des détails contient même le texte proposé d'une lettre qui serait envoyée à chacun des 4 450 clients les avisant du processus et leur enjoignant d'effectuer une divulgation volontaire aux autorités américaines

préalablement à cette divulgation, pour empêcher celle-ci d'être effectuée. Si les noms sont transmis d'ici le 24 août 2010, le gouvernement américain n'entend pas aller plus loin; si la Suisse et UBS refusent d'obtempérer en utilisant comme excuse les décisions de leurs propres tribunaux ou encore un référendum populaire, le gouvernement américain renouvellera ses démarches. Qu'en est-il du secret bancaire? Réussira-t-on à prouver la fraude fiscale? L'IRS allèguera notamment la préparation et la transmission de formulaires américains W8BEN et 1099 frauduleusement remplis, soit par UBS même, soit par ses clients. Cette position est contestée par les fiscalistes qui croient qu'UBS aurait simplement profité d'une échappatoire dans la réglementation QI, confirmée d'ailleurs par l'annonce américaine que les règles QI seraient resserrées; et, finalement,

- UBS a confirmé qu'elle continuera d'offrir des services bancaires et d'investissements en Suisse à des clients américains, mais cette fois-ci en respectant la législation américaine, par une filiale spécifique dédiée à ces clients qui se conformera aux édits de l'IRS et de la Securities and Exchange Commission américaine.

Il peut être surprenant d'apprendre qu'un résident suisse qui aurait commis la simple évasion fiscale en Suisse continuera de bénéficier du même secret bancaire historique pour ses comptes de banque suisses, une protection dont ne bénéficieront plus les résidents de plusieurs autres pays, notamment les Américains et peut-être, sait-on jamais, les résidents canadiens. Quant au Canada, le ministre du Revenu a confirmé que des avocats du Ministère allaient rencontrer des représentants d'UBS le 2 septembre 2009 dans le but d'obtenir des informations au sujet d'actifs cachés en Suisse par les clients canadiens d'UBS et à défaut d'obtenir l'information, le ministère entamerait des démarches judiciaires. De plus, le ministère du Revenu aurait suggéré au ministère des Finances des modifications législatives additionnelles, notamment une disposition obligeant le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE) à permettre au ministère du Revenu de consulter tout transfert de fonds entrant ou sortant du Canada et pas seulement ceux des paradis fiscaux. La position de force du Canada n'est pas celle des États-Unis; nous n'avons pas et ne pourrions pas implanter un processus QI similaire qui soit efficace: les démarches du Canada seront limitées à renforcer ses lois et sa réglementation transfrontalière. Cette médiatisation a sans doute conduit 50 contribuables à entreprendre le processus de divulgation volontaire au cours de l'automne.

5. MONDIALISATION DES ATTAQUES CONTRE LES PARADIS FISCAUX

Depuis plus d'une dizaine d'années, on entend de plus en plus parler de la mondialisation. Personne ne devrait s'étonner d'apprendre que la mondialisation a atteint aussi le secret fiscal. Les déboires de l'UBS auront certes contribué à l'assaut envers le secret en Suisse et à un changement fondamental au marketing de l'offre de service de certaines banques *offshore*. Les tribunaux aux États-Unis et au Royaume-Uni ont été jusqu'à forcer les plus grands émetteurs de cartes de crédit à dévoiler en masse les noms des détenteurs de cartes dont l'émetteur était situé *offshore*. La Communauté européenne a mis sur pied en 2005 sa Directive européenne sur l'épargne qui instaure un vaste système d'échange automatique d'informations fiscales sur les revenus d'intérêts gagnés par un résident européen entre tous les pays membres ainsi qu'entre certains pays dépendants ou indépendants qui ont volontairement accepté d'en faire partie (Monaco, Liechtenstein, îles Anglo-Normandes, Saint-Marin, Andorre, îles Caïmans, îles Vierges britanniques, Antilles néerlandaises, etc.). Certains de ces pays ont plutôt opté pour un système alternatif de retenue d'impôt à la source de 15 % sur les revenus d'intérêts (20 % depuis juillet 2008 et 35 % à compter de juillet 2011) comme la Belgique, le Luxembourg et l'Autriche, ou encore pour un système hybride, comme la Suisse, où le client de la banque choisit entre l'échange d'informations avec son pays européen de résidence (relevant la banque de son obligation de confidentialité) et la retenue fiscale à la source. Des négociations ont lieu depuis un certain temps pour modifier la Directive et le but est d'étendre la portée de l'échange d'informations et de retirer l'option de la retenue fiscale. On viserait également les revenus de dividendes et les gains en capitaux qu'ils soient gagnés par une personne physique résidente de l'Europe ou par une société, fiducie, *anstalt* ou *stiftung* (fondation privée) dont il est le créateur ou le bénéficiaire ultime.

Le gouvernement américain essaie maintenant de s'en prendre aux comptes maintenus par UBS ailleurs qu'en Suisse, notamment à Hong Kong, ainsi qu'aux comptes maintenus auprès d'autres banques. D'autres institutions suisses auraient apparemment refusé de continuer à servir des Américains, les noms de Crédit Suisse, Julius Baer Bank, Wegelin & Co, Banque Sarasin, Neue Zürcher Bank et la Banque Cantonale Zurichoise ont été évoqués. Certaines banques suisses ont décidé de limiter les services qui leur sont offerts ou encore refusent de leur rendre des services sitôt que leur client se trouve en sol américain comme Banque Migros. L'annonce à la fin

août de Wegelin²³, la plus vieille banque suisse, confirme non seulement le congédiement de leurs clients américains, mais elle annonce même qu'elle retire tous ses investissements des États-Unis, incluant ceux pour des clients sans connexions avec notre voisin du Sud; Wegelin peut ainsi se retirer du programme QI. Cette annonce paraît plutôt être un coup d'éclat, car on y ajoute que les États-Unis ne sont plus une société de droit, que leurs problèmes fiscaux et économiques, en particulier l'immense dette nationale et la force artificielle du dollar américain considérée comme monnaie de réserve internationale, font en sorte que les États-Unis ne seront pas un pays où il fera bon investir au cours des prochaines années.

Certains citoyens suisses résidant aux États-Unis ont été outrés d'apprendre que la banque en Suisse avec laquelle ils faisaient affaire depuis des dizaines d'années et dans certains cas des générations les avise qu'ils doivent cesser leur relation d'affaires. Pis encore, certains citoyens américains qui résident aux fins fiscales en Suisse se sont vu refuser l'ouverture de comptes bancaires dans leur nouveau pays de résidence simplement en raison de leur citoyenneté américaine et des complications fiscales pour la banque; rappelons que les citoyens américains résidant à l'extérieur des États-Unis, comme ceux en Suisse ou ceux au Canada, continuent d'être des personnes fiscales américaines tenues de produire chaque année une déclaration fiscale sur leurs revenus et gains mondiaux. Décidément, le gouvernement américain fait de leurs citoyens les parias de la planète! En raison de la mondialisation, d'une préférence grandissante de certains de leurs clients à investir à l'extérieur de leur pays de résidence, HSBC en Suisse aurait même demandé à ses clients désireux d'investir dans des titres de sociétés de 28 différents pays dans le monde de renoncer au secret bancaire; ils auraient aussi demandé la permission à leurs clients de dévoiler leur identité s'ils désirent investir dans certains pays, comme le Brésil, la Chine, l'Inde et la Grèce, où la divulgation de l'identité des investisseurs étrangers est requise en vertu des lois locales.

D'autres juridictions, en particulier l'Allemagne et la France, démontrent leur ferme volonté d'en finir avec le secret bancaire, qu'il soit suisse ou autre. À preuve, le TIEA signé en août entre la Suisse et la France va un pas plus loin dans l'échange d'informations. Même si on ne le crie pas sur la place publique, il indique que les autorités suisses considèrent que le secret bancaire en matière d'évasion fiscale par des étrangers n'a plus sa place. La France a annoncé au début septembre 2009 qu'elle possédait une

²³ En allemand (en ligne : <http://www.wegelin.ch/medien/pressemitteilung.asp>).

liste de 3 000 Français détenant des comptes auprès de trois banques en Suisse et qui n'auraient pas déclaré leurs revenus.

Le Royaume-Uni, un pays qui a littéralement fait exploser l'offre de service *offshore* hors Suisse en encourageant activement l'émergence du secteur financier international au sein de ses « dépendances » politiques (et anciennement économiques) afin de se libérer des subventions directes et indirectes qu'elle leur accordait, est maintenant l'un des principaux opposants aux juridictions du secret bancaire. Vers 2005, le gouvernement britannique a levé le secret professionnel des avocats en forçant ceux-ci à divulguer à leur ministère du Revenu (*Her Majesty's Revenue and Customs* (ci-après « HMRC »)) toute création de fiducie ou autre structure dans les paradis fiscaux, une obligation similaire existant pour les banquiers britanniques. Le ministre des Finances britannique, Alistair Darling, a confirmé au début septembre 2009 lors d'une réunion du G-20 que le HMRC fait une demande pour l'obtention d'informations fiscales au sujet de plus de 100 000 comptes *offshore* détenus par des Britanniques dans plus de 300 institutions financières.

CONCLUSION

Les soi-disant experts affirment que le secret fiscal n'est plus. Et comme ce secret est intimement lié à l'offre de service de certaines banques étrangères, ces experts concluent que les services bancaires et d'investissements *offshore* n'ont plus leur place. Mais ceux qui ignorent l'histoire sont voués à la répéter! Lorsque les guerres, les révolutions et les dictatures disparaîtront, la tendance des humains, riches ou pauvres, à cacher leur fortune disparaîtra aussi. Quand tous les gouvernements cesseront d'imprimer de plus en plus de billets de banque pour payer leurs dépenses, générant ainsi de l'inflation, alors le besoin de préserver sa fortune sera moins grand. Lorsque les gouvernements cesseront d'augmenter les impôts directs et indirects pour financer leur gestion déficiente et lorsque les systèmes bancaires à travers le monde seront vraiment considérés comme sécuritaires, les individus sauront que leurs avoirs sont aussi en sécurité. De grands espoirs, bien illusoire.

La crise financière et la récession, après plusieurs années de croissance économique et boursière et de déréglementation financière semblant prouver la victoire du capitalisme sauvage sur d'autres modèles économiques d'états interventionnistes avec ses nombreux filets sociaux, nous prouvent que l'instabilité est un phénomène récurrent. Ceux qui négligent la protection de leurs actifs sont à risque.

Ces banques qui ont toujours basé leur offre de service sur la notion étriquée du secret fiscal devront s'adapter au nouvel environnement réglementaire. Elles devront adapter leur offre de service à cette nouvelle réalité et se conformer aux normes internationales en matière d'échange d'informations fiscales mises en place par les pays industrialisés. À défaut, elles disparaîtront.

Certaines institutions hors Suisse ont commencé à restreindre leur offre de service. HSBC annonçait en septembre 2009 son intention de mettre un terme à ses activités aux îles Caïmans et de transférer toutes les fiducies qu'elle administre vers les Bermudes. BNP Paribas a annoncé à la fin septembre 2009 son intention de cesser ses activités dans « une demi-douzaine » de pays inscrits sur la liste grise : la banque a notamment confirmé son retrait des Bahamas et de Panama.

Les familles fortunées présentent de plus en plus d'aspects internationaux, que ce soit des actifs ou des bénéficiaires qui sont à l'étranger. Les expatriés ont souvent à se déplacer dans plusieurs pays au cours de leur carrière. Ces gens et d'autres continueront de rechercher des possibilités de planification leur permettant de se déplacer aisément ou de déplacer leurs actifs dans le but de réaliser leurs objectifs personnels et financiers. Ils rechercheront des structures, sociétés, fiducies, fondations, leur permettant de détenir leurs actifs et de réaliser leurs objectifs. À ce niveau, la Suisse a reconnu l'existence des fiducies en ratifiant en 2007 la convention de La Haye sur la reconnaissance des fiducies et en modifiant par la suite sa législation interne : quoiqu'on ne puisse encore créer une fiducie de droit suisse, les tribunaux suisses devraient reconnaître la validité d'un *trust* créé en vertu des lois de juridictions étrangères comportant un *trustee* suisse.

Malgré tout, le droit à la confidentialité continue d'être respecté, mais la portée du secret bancaire s'amenuise considérablement. Les attaques répétées de l'OCDE, et des États-Unis en particulier, semblent avoir vidé de sa substance le secret fiscal suisse ainsi que celui d'autres pays. Même si les données des comptes bancaires en Suisse, aux États-Unis et au Canada continuent d'être traitées avec confidentialité et conservent un certain secret bancaire, sa composante de secret fiscal n'a presque plus de portée. Les données confidentielles bancaires ne seront pas échangées automatiquement, seulement sur demande expresse. La signature d'un plus grand nombre de TIEA et de conventions fiscales rendra le jeu de cache-cache fiscal de plus en plus risqué. Si l'OCDE adopte sa « boîte à outils » contraignante, peut-être aussi tôt qu'en mars 2010, ce contribuable pourrait se voir forcé de convertir sa devise locale en devise étrangère ou de transférer ses fonds dans

une juridiction moins réglementée. Cependant, moins réglementée peut signifier moins stable et avec des institutions financières moins honnêtes où les actifs ont la fâcheuse tendance à disparaître. Ce type de contribuable aurait avantage à entreprendre les programmes de divulgation volontaire qui existent dans plusieurs pays.

Au lieu de recourir au très long processus de négociation de conventions fiscales, la mode du jour semble être la conclusion de TIEA. Au cours des 7 années entre 2000 et 2006, 11 TIEA ont été signés à travers le monde, 4 de plus en 2007, 4 autres en 2008 et en moins de 9 mois au cours de l'année 2009 : 93 TIEA avaient été signés. Un grand nombre de paradis fiscaux ont d'ailleurs signé ces TIEA²⁴, la Suisse ayant signé son premier le 27 août 2009. Plusieurs grands pays industrialisés ont été les bénéficiaires de ces ententes; citons la France 5; l'Allemagne 5; le Royaume-Uni 7 et, finalement, les États-Unis 11. De plus, 60 conventions fiscales ont été signées au cours des 6 derniers mois, dont certaines par des pays retirant leur réserve habituelle à l'article XXVI, comme la Suisse.

Le ministère des Finances a confirmé le samedi 29 août la signature d'un premier TIEA avec les Pays-Bas concernant les Antilles néerlandaises²⁵. Lors d'une réunion canadienne de l'Association fiscale internationale en mai dernier à Toronto, le Canada aurait confirmé être en négociations avec les Bermudes, l'île de Man, Guernesey et Jersey pour la conclusion de TIEA. Des négociations seraient aussi en cours avec d'autres pays qui désirent garder cette information confidentielle pour l'instant.

Plusieurs autres pays souvent qualifiés de paradis fiscaux ont annoncé qu'ils retireraient leur réserve concernant l'article XXVI du Modèle de convention de l'OCDE²⁶ afin d'éviter d'être placés sur la liste noire de l'OCDE. Cependant, la façon d'implanter ce changement n'a pas encore été précisée, certains pays comme Singapour indiquant simplement que leurs lois internes seraient modifiées d'ici la fin de 2009.

²⁴ Nombre de TIEA signés par les paradis fiscaux suivants au 25 septembre 2009 : Bahamas (2), Bermudes (12), îles Caïmans (12), Gibraltar (9), Guernesey (7), Jersey (8), Liechtenstein (8), Monaco (4), île de Man (8), îles Turks et Caïcos (5), îles Vierges britanniques (12).

²⁵ En ligne : <http://www.fin.gc.ca/n08/09-080-fra.asp>.

²⁶ Andorre, Autriche, Belgique, Guernesey, Hong Kong, îles Caïmans, Jersey, Liechtenstein, Luxembourg, Monaco, Singapour, etc.

Récemment en 2007, une étude du Boston Consulting Group révélait que la Suisse détenait environ 27 % du marché *offshore* alors que les îles Britanniques affichaient 24 %, et les Caraïbes 12 %. À mon avis, vous constaterez certains des changements suivants dans le monde du *private banking* :

- un déplacement des actifs vers un pays *offshore* n'ayant pas signé une convention fiscale ou un TIEA avec le pays de résidence fiscale du client;
- à court terme en Suisse un déplacement d'actifs des banques publiques vers les banques privées qui n'ont pas d'activités *onshore* en général ou d'activités d'*investment banking*;
- malgré les assauts répétés contre la Suisse et son secret bancaire, il sera très difficile, voire impossible, de déloger la Suisse de son statut de plus important centre financier *offshore* au monde avec plus de 3 000 000 000 000 \$ d'actifs estimés appartenant aux individus fortunés résidant hors de la Suisse, soit le tiers de tous les actifs mondiaux *offshore*. La Suisse conservera ses autres atouts : une grande expertise bancaire et financière, une excellente stabilité politique et économique et une situation géographique exceptionnelle, au centre de l'Europe et à mi-chemin entre l'Amérique du Nord et l'Asie;
- un taux de croissance de nouveaux actifs plus élevé en Asie que dans les Caraïbes;
- une augmentation relative des fonds investis *onshore* dans le pays de résidence du client;
- une dépendance moins grande en Suisse sur la clientèle recherchant l'évasion fiscale; et
- une augmentation relative du nombre de clients désireux de planifier correctement la détention de leurs actifs en fonction d'objectifs légitimes de planification fiscale et successorale.

Lorsqu'une planification fiscale internationale est mise en place et qu'on peut la qualifier de **conservatrice**, le client et ses conseillers fiscaux ne devraient rien avoir à craindre de l'effritement du secret fiscal. Si une prétendue planification est basée sur l'existence du secret fiscal, le contribuable devrait remettre en question ce qui lui est proposé. Plusieurs

opportunités de planification fiscale internationale continuent d'exister, tant pour les sociétés canadiennes avec des activités internationales que pour les sociétés étrangères exerçant leurs activités au Canada; on peut penser aux sociétés de la Barbade générant un revenu d'entreprise active, les sociétés de portefeuille aux Pays-Bas, et bien d'autres. Continueront aussi d'exister des planifications internationales pour le client fortuné : on peut penser aux fiducies de protection d'actifs, aux fiducies d'immigrant pour le congé fiscal canadien de 60 mois ou aux fiducies *inbound*, soit celles établies par un non-résident au bénéfice d'un résident canadien.

Les conseillers qui tiennent vraiment à cœur les intérêts de leurs clients leur diront qu'ils ne peuvent plus se cacher ou cacher leur argent. Ils prôneront plutôt les techniques légitimes d'évitement fiscal et de planification financière et successorale appropriées.

ANNEXE**LE SECRET PROFESSIONNEL DU BANQUIER SUISSE PROTÈGE LA SPHÈRE PRIVÉE DES CLIENTS**

Association suisse des banquiers, Février 2000

www.swissbanking.org

La protection de la sphère privée constitue un élément fondamental de l'ordre juridique suisse. C'est l'une des expressions de la liberté individuelle, chère à la Suisse et qui repose sur une longue tradition. Ce respect de la discrétion dans les affaires se retrouve dans diverses autres activités comme le secret professionnel du médecin ou de l'avocat. Dans sa conception, le devoir de discrétion du banquier se fonde sur les mêmes principes : il a pour but de protéger la sphère privée des clients suisses et étrangers dans les relations financières que ceux-ci entretiennent avec les banques. Sont soumis au secret professionnel du banquier les employés de banques, les réviseurs externes ainsi que les fonctionnaires de l'administration fédérale en charge des affaires bancaires.

Afin d'éviter une utilisation abusive du secret bancaire, le législateur a pris des mesures en renforçant la législation pénale de telle sorte que le secret professionnel du banquier ne puisse pas couvrir les activités criminelles. Les banques ont quant à elles adopté de leur propre initiative des règles de déontologie strictes, à l'exemple de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 98). Le devoir de discrétion du banquier n'est donc pas absolu, mais il assure une discrétion totale aux clients honnêtes.

Le secret professionnel du banquier n'est que l'un des atouts de la place financière suisse

Le secret professionnel du banquier représente un avantage comparatif pour la place financière suisse, mais d'autres places offrent elles aussi des atouts comparables. En outre, à elle seule, la discrétion ne suffit pas à garantir le succès d'une place financière. À l'heure actuelle, les clients exigent des performances élevées et, s'ils confient la gestion de leur patrimoine aux banquiers suisses, c'est également en raison des compétences reconnues de ces derniers ainsi que de leur longue expérience et de leur capacité d'innovation. Enfin, la stabilité politique de la Suisse, le franc suisse, la Bourse suisse (SWX Swiss Exchange) dotée d'une infrastructure à

la pointe du progrès constituent autant d'atouts indéniables de la place financière suisse.

Le secret professionnel du banquier et l'impôt anticipé : un corollaire adéquat

Le système fiscal suisse repose sur la responsabilité du contribuable vis-à-vis du fisc en ce sens qu'il lui appartient de déclarer lui-même son revenu et sa fortune à l'administration des contributions et de s'acquitter de sa dette fiscale. Ce principe est consacré par l'ordre juridique suisse qui se fonde sur l'autonomie de l'individu et sur son aptitude à exercer ses droits comme à se conformer à la législation. L'impôt anticipé suisse (retenue à la source) de 35% sur les rendements de la fortune constitue l'une des caractéristiques du système fiscal suisse. Cet impôt favorise l'honnêteté fiscale dans la mesure où il est remboursé au contribuable s'il déclare ouvertement à l'autorité de taxation les rendements qu'il réalise.

AU PLAN INTERNATIONAL, LES ÉTATS SONT CONFRONTÉS ENTRE EUX À LA CONCURRENCE FISCALE

Tout État a la possibilité de mettre sur pied un système fiscal cohérent, répondant aux exigences d'égalité de traitement, et de déterminer une charge fiscale qui soit raisonnable. Aucun gouvernement ne peut se déclarer surpris de constater qu'une augmentation de la charge fiscale nuit à sa compétitivité internationale dans ce domaine, ce qui engendre des impôts de plus en plus lourds.

RETENUE À LA SOURCE OU ÉCHANGE D'INFORMATIONS?

En matière d'imposition des revenus de capitaux, deux systèmes sont concevables : soit un État opte pour une retenue à la source. Cette méthode est efficace et sûre. C'est le système qu'a choisi la Suisse, assorti d'un devoir d'information des tiers (entre autres des banquiers) lorsque des infractions conduisent à l'ouverture d'une procédure pénale, comme en matière d'escroquerie fiscale, commises en particulier au moyen d'un faux dans les titres. Les contribuables suisses qui ne déclarent pas une partie de leurs revenus ou de leur fortune ou qui se livrent à une soustraction fiscale simple commettent une infraction réprimée par le biais d'une procédure administrative et sanctionnée par un rappel d'impôt largement supérieur aux montants soustraits ainsi que par une amende.

Soit il instaure un système légal basé sur la divulgation et sur le devoir d'information des intermédiaires financiers. Cette conception est contraire au respect de la sphère privée et est incompatible avec l'ordre juridique suisse.

Le secret professionnel du banquier ne protège pas les criminels

UNE LÉGISLATION RIGOUREUSE EMPÊCHE LES CRIMINELS DE RECOURIR ABUSIVEMENT AUX PRESTATIONS DES BANQUES

La législation suisse instaure un système extrêmement dense de lois et de réglementations appelées à empêcher que l'argent provenant des activités criminelles n'infiltré la place financière suisse. C'est la raison pour laquelle ces mêmes lois prévoient que les procédures pénales ouvertes à la suite d'infractions criminelles peuvent contraindre les banquiers à témoigner. Lorsque ces crimes ont été commis à l'étranger, la Suisse accorde l'entraide internationale en matière pénale. C'est le cas en matière de blanchiment d'argent et pour les activités relevant des organisations criminelles.

LES BANQUES SUISSES SONT TENUES DE CONNAÎTRE LEURS CLIENTS

Les banques suisses n'ont aucun intérêt à gérer l'argent de provenance criminelle. C'est la raison pour laquelle elles se sont dotées de règles très strictes en matière d'identification de la clientèle. Ces règles satisfont aux exigences internationales les plus sévères et concrétisent l'adage *know your customer*. Elles précisent que, lors de l'ouverture d'une relation d'affaires, tout employé de banque est tenu de vérifier l'identité du client et, en cas de doute, de procéder à l'identification de l'ayant droit économique.

En signant la Convention relative à l'obligation de diligence, les banques suisses ont fait, il y a plus de 20 ans, œuvre de pionniers; par la suite, la Convention de diligence a servi de modèle à d'autres places financières.

Les comptes numérotés ne sont pas anonymes

Contrairement à l'image véhiculée par certains romans policiers ou films d'espionnage ou encore à certaines déclarations paraissant dans la presse, les comptes anonymes n'existent pas en Suisse. Tous les noms des détenteurs de comptes numérotés sont connus de la banque, mais, pour des raisons de discrétion, uniquement par un cercle restreint d'employés. Du point de vue du devoir de discrétion du banquier, il n'y a aucune différence entre un compte numéroté et un compte bancaire ordinaire.

La sphère privée des clients honnêtes bénéficie d'une protection totale

Le secret professionnel du banquier n'a jamais été absolu. C'est ainsi que les banquiers suisses sont, par exemple, tenus de témoigner à propos de leurs clients lors d'une procédure pénale, que l'infraction commise par le client l'ait été en Suisse ou à l'étranger. En revanche, les clients honnêtes jouissent d'une protection totale de leur sphère privée. Cette approche du devoir de discrétion du banquier est en adéquation avec la conception suisse de l'État de droit.

En résumé

Tout État de droit garantit la protection de la sphère privée de ses citoyens. En Suisse, ce droit à la discrétion repose sur une très longue tradition; il est plus que jamais profondément ancré dans le système juridique suisse et constitue l'une des valeurs fondamentales de la Suisse. Le secret professionnel du banquier suisse est comparable à celui du médecin ou de l'avocat.

Bien que, au cours des ans, la législation suisse ait été adaptée aux exigences en matière de lutte contre la criminalité, il n'a pas été nécessaire de modifier la norme légale du secret bancaire, dans la mesure où celui-ci vise à garantir la discrétion des clients honnêtes. En revanche, il n'offre aucune protection en cas d'abus. La Suisse dispose ainsi d'une place financière parmi les mieux armées pour lutter contre le crime organisé et contre le blanchiment d'argent, comme bon nombre d'exemples récents l'ont démontré.

Pour en savoir davantage, consulter notre site Internet. Vous trouverez d'autres informations sur le secret professionnel du banquier en consultant notre site Internet à l'adresse <http://www.swissbanking.org/>.

ÉVASION FISCALE, DIVULGATIONS VOLONTAIRES ET ACCOMMODATION/COMPLAISANCE



Paul Ryan
Avocat, associé
Ravinsky Ryan Lemoine s.e.n.c.
Avocats

TABLE DES MATIÈRES

1.	COÛTS ET CONSÉQUENCES DE L'ÉVASION FISCALE	42:3
2.	COÛTS ET CONSÉQUENCES EN DIVULGATION VOLONTAIRE.....	42:12
2.1.	PROBLÈME ANNUEL	42:12
2.2.	RAPATRIEMENT DE SOMMES À L'ÉTRANGER	42:15
2.3.	TPS ET TVQ.....	42:22
2.4.	DOSSIERS ACCOMMODATION ET COMPLAISANCE.....	42:27
	CONCLUSION	42:29
	TABLEAU 1.....	42:30
	TABLEAU 2.....	42:31

TABLEAU 3	42:32
TABLEAU 4	42:33
TABLEAU 5	42:33
TABLEAU 6	42:34
TABLEAU 7	42:34
TABLEAU 8	42:35
TABLEAU 9	42:35
TABLEAU 10	42:36
TABLEAU 11	42:37
TABLEAU 12	42:37
TABLEAU 13	42:38
TABLEAU 14	42:39
TABLEAU 15	42:40
TABLEAU 16	42:41
TABLEAU 17	42:42
TABLEAU 18	42:43
TABLEAU 19	42:44
TABLEAU 20	42:45
TABLEAU 21	42:45

Le sujet des divulgations volontaires est particulièrement à la mode depuis quelque temps, en raison notamment de la couverture médiatique reçue par le dossier qui oppose le gouvernement des États-Unis à la banque suisse UBS.

Bien que nous consacrerons beaucoup de temps à la question des rapatriements de fonds en provenance de l'étranger, l'objectif de cette conférence est d'examiner les questions entourant les divulgations volontaires sous un angle plus large.

Un contribuable qui envisage de faire une divulgation volontaire se présente généralement chez le professionnel qu'il a choisi pour le représenter avec les trois questions suivantes :

- 1) Quelles sont les chances de me « faire prendre »?
- 2) Quels seraient les coûts et les conséquences si ma situation était découverte par une vérification des autorités fiscales?
- 3) Quels sont les coûts et conséquences si je décide plutôt de procéder à une divulgation volontaire?

Le conférencier précédent a traité de la première question¹ et la présente conférence portera donc sur les deux autres questions.

1. COÛTS ET CONSÉQUENCES DE L'ÉVASION FISCALE

L'évasion fiscale peut se commettre de diverses manières, mais nous examinerons trois scénarios qui peuvent être considérés comme très typiques des stratagèmes d'évasion fiscale qui existent actuellement au Québec ou au Canada :

- a) l'évasion fiscale annuelle par une société privée et ses actionnaires;
- b) le placement et l'investissement de fonds à l'étranger, à l'insu des autorités fiscales canadiennes;

¹ Pierre J. DANSEREAU, « L'effritement du secret fiscal – Fonds détenus à l'étranger », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 41:1-34.

- c) l'utilisation de factures de complaisance ou d'accommodation, afin de générer des fonds en argent liquide, pour payer des salariés au noir.

En premier lieu, plusieurs coûts et conséquences de l'évasion fiscale sont identiques, peu importe le stratagème choisi, incluant les aspects suivants :

- a) à partir du moment où le contribuable fait une « présentation erronée des faits », que cette présentation résulte de sa simple négligence, de sa faute lourde ou de son omission volontaire, le contribuable perd la protection de la « période normale de cotisation » de trois ans généralement prévue par les lois fiscales, et les autorités fiscales peuvent donc émettre des avis de cotisation, sans limite de temps, bien au-delà de cette période;
- b) de manière générale, lorsque la fraude fiscale est commise par une société et que l'actionnaire s'est possiblement approprié les fonds, puisqu'ils ne se trouvent plus dans la société, les autorités fiscales appliquent ce qu'il est convenu d'appeler la « double imposition », imposant d'abord les sommes entre les mains de la société qui les a gagnées, pour ensuite imposer une appropriation de fonds entre les mains du ou des actionnaires de cette société;
- c) cette « double imposition » peut s'avérer très coûteuse, puisque l'appropriation de fonds ne bénéficie pas des crédits d'impôt relatifs aux dividendes, de telle sorte que l'actionnaire est imposé pleinement sur les sommes en cause, même si elles ont déjà été imposées au niveau de la société;
- d) lorsqu'on ajoute les conséquences en matière de TPS et de TVQ, on peut presque parler de « triple imposition »;
- e) dans la mesure où une faute lourde existe, une pénalité civile de 50 % de l'impôt en cause est prélevée;
- f) enfin, si la preuve est suffisante, les autorités fiscales peuvent tenter des poursuites en évasion fiscale, avec possibilité d'amende substantielle ou d'emprisonnement;
- g) au fédéral, le ministère public a le choix de procéder par déclaration sommaire ou par acte d'accusation;

- h) s'il procède par déclaration sommaire, l'amende sera de 50 % à 200 % de l'impôt élué, en plus d'une peine d'emprisonnement possible d'un maximum de deux ans;
- i) s'il procède par mise en accusation, l'amende sera de 100 % à 200 % de l'impôt élué, en plus d'une peine d'emprisonnement possible d'un maximum de cinq ans;
- j) au provincial, l'amende sera de 125 % à 200 % de l'impôt élué, en plus d'une peine d'emprisonnement possible d'un maximum de deux ans (il a été annoncé récemment que les lois fiscales provinciales seraient amendées pour augmenter à cinq ans l'emprisonnement maximum);
- k) enfin, s'il ne paie pas l'amende imposée, le contribuable peut également écopier de travaux communautaires ou même d'emprisonnement additionnel.

Les tableaux 1 à 5 joints au présent texte montrent les conséquences financières possibles des approches discutées ci-dessus, en tenant compte de la double imposition, de la pénalité civile de 50 % et d'une amende estimée à 100 %, qui est un taux de règlement fréquemment appliqué lorsque les procédures sont entamées par le gouvernement fédéral.

En examinant ces tableaux, on constate que pour chaque dollar de revenu non déclaré, les conséquences fiscales totales peuvent s'élever à 2,31 \$, ce qui devrait être suffisant pour dissuader bien des contribuables qui envisagent de se livrer à des activités d'évasion fiscale!

En ce qui concerne plus particulièrement les sommes investies à l'étranger, le législateur fédéral a décidé, à la fin des années 1990, d'ajouter une difficulté additionnelle, en faisant insérer dans la déclaration fiscale annuelle des contribuables une question leur demandant de préciser si, oui ou non, ils détiennent des biens à l'étranger (autres que des biens exemptés) d'une valeur de plus de 100 000 \$ et en exigeant que, dans l'affirmative, ils remplissent et joignent un Formulaire T1135 à leur déclaration fiscale.

Pour forcer les contribuables à prendre au sérieux ces nouvelles mesures, des pénalités ont évidemment été prévues pour les contribuables en défaut.

Ces pénalités se divisent en deux catégories, selon que le contribuable en cause a ou non commis une « faute lourde » (on peut se demander comment un contribuable pourrait prétendre qu'il n'a pas commis de « faute

lourde » s'il détient des fonds importants à l'étranger, s'il a répondu « non » à la question posée dans sa déclaration fiscale et s'il a sciemment omis de produire un Formulaire T1135).

S'il n'y a pas de faute lourde, les pénalités sont assez légères, soit 25 \$ par jour, jusqu'à concurrence d'un maximum de 2 500 \$ par année, plus les intérêts applicables, puisque le gouvernement fédéral réclame des intérêts sur les pénalités.

S'il y a faute lourde, la pénalité est de 500 \$ par mois pour les deux années les plus récentes (1 000 \$ par mois si le contribuable a reçu une mise en demeure de se conformer aux dispositions applicables), mais elle s'élève à 5 % du montant détenu à l'étranger pour chacune des autres années d'imposition en cause (si le montant a fluctué durant l'année, on utilise le plus haut solde durant l'année aux fins du calcul), ce qui peut entraîner une pénalité très importante, si des sommes considérables sont détenues à l'étranger depuis un grand nombre d'années, d'autant plus que cette pénalité est applicable peu importe que les sommes ou les biens en cause aient généré des revenus.

Enfin, on peut imaginer, dans de telles circonstances, si un planificateur financier ou un courtier a aidé le contribuable à placer des fonds à l'étranger ou encore si son comptable était informé de la situation, que la « pénalité administrative des tiers » pourrait éventuellement être appliquée contre les professionnels impliqués. Rappelons que cette pénalité s'élève généralement à 50 % de l'impôt en cause, jusqu'à un maximum de 100 000 \$ par niveau de gouvernement et par contribuable impliqué.

La situation des factures d'accommodation et de complaisance est quant à elle particulière, en tenant compte des facteurs suivants :

- a) dans les industries comme la construction, les contribuables font face à des problèmes d'industrie qui dépassent largement la fiscalité et qui font malheureusement en sorte que des pratiques déplorables se sont développées;
- b) l'une de ces pratiques est que les heures supplémentaires sont souvent payées en argent liquide;
- c) pour réussir à payer des salaires en argent liquide, tout en bénéficiant d'une déduction fiscale, le stratagème des factures d'accommodation et de complaisance a été imaginé;

- d) en vertu de ce stratagème, de faux sous-traitants, souvent détenus par des contribuables sans actifs, voient le jour, facturent les entrepreneurs en construction pour des services prétendument rendus, font certifier le chèque reçu de l'entrepreneur, l'encaissent à un centre d'encaissement de chèques, se prennent une commission et remettent le reliquat en argent comptant à l'entrepreneur, en lui promettant de remettre la TPS et la TVQ en cause au gouvernement, ce qu'ils ne font pas;
- e) les entrepreneurs impliqués dans ce type de stratagème commettent certainement une infraction en réclamant des déductions fiscales s'appuyant sur de fausses factures, mais on peut dire d'une certaine manière que leur situation est moins grave que celle des contribuables qui empochent carrément des recettes sans les déclarer au fisc, au moins à deux égards;
- f) en premier lieu, ces entrepreneurs font malheureusement face à des problèmes d'industrie, qui sont d'ailleurs décriés de manière constante dans tous les médias québécois;
- g) d'autre part, dans la mesure où les fonds sont utilisés pour verser de la rémunération en argent comptant, l'entrepreneur n'évade pas son propre impôt payable, mais aide plutôt des tiers (les employés) à éluder leur impôt;
- h) enfin, l'entrepreneur ne conserve habituellement pas de registre des salaires qu'il a payés au noir, pour ne pas se retrouver dans une position où il pourrait être obligé d'incriminer ses employés (autrement, si l'employeur a conservé de tels registres, il n'est généralement pas enclin à les partager avec le fisc, de peur de perdre ses employés).

Bien que, du point de vue de l'entrepreneur, la fraude fiscale en cause soit différente de celle d'un entrepreneur qui cache ses recettes au fisc, les autorités fiscales ont tendance à aborder les situations d'accommodation et de complaisance de la même manière, en ce qui concerne les coûts et les conséquences.

En effet, lorsque des factures d'accommodation et de complaisance sont présentes, la tendance des autorités fiscales est de refuser les crédits de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») et les remboursements de taxe sur les intrants (ci-après « RTI ») réclamés par l'entrepreneur (pour cause d'absence de prestation de service de la part du sous-traitant qui a établi la facture), de refuser la dépense de sous-traitance à l'employeur et d'imposer les sommes

en cause entre les mains de l'actionnaire ou des actionnaires de l'entrepreneur.

Comme l'auteur en a déjà discuté dans une conférence antérieure², la politique des autorités fiscales a récemment été modifiée, concernant la manière de justifier l'imposition des sommes en cause entre les mains des actionnaires de l'entrepreneur.

Dans le passé, on imposait simplement une « appropriation de fonds » en appliquant une présomption selon laquelle les fonds se sont certainement retrouvés entre les mains de l'actionnaire, s'ils ne sont plus dans la société. Pour autant que les fonds aient plutôt été utilisés pour payer des employés au noir et dans la mesure où on peut présumer que la vraie situation serait ultimement prouvée devant le tribunal, on peut penser que de telles cotisations étaient vouées à l'échec.

C'est sans doute ce qui a poussé Revenu Québec à essayer d'identifier une nouvelle manière de cotiser l'actionnaire et la nouvelle approche retenue est celle fondée sur l'article 314 de la *Loi sur les impôts* du Québec³, qui est l'équivalent du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada)⁴.

Bien que cette approche soit en application depuis plus de deux ans, Revenu Québec se montre extrêmement réticent à dévoiler les fondements exacts sur lesquels il s'appuie. Jusqu'à maintenant, les demandes d'accès à l'information formulées par les contribuables, pour obtenir copie des lettres d'interprétation émises par Revenu Québec à cet égard, sont rejetées par Revenu Québec.

Cette approche est regrettable, non seulement parce qu'elle prive les contribuables cotisés de leur droit fondamental d'être informés des bases sur lesquelles ils sont cotisés, mais également parce qu'elle empêche une discussion sérieuse sur le bien-fondé ou non de l'approche de Revenu Québec.

² Paul RYAN, « Panel sur l'administration fiscale, Partie A – Mise à jour en matière d'accommodation », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 28:5-42.

³ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

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

À ce stade-ci, en ce qui concerne les critères requis pour l'application de l'article 314 L.I. et du paragraphe 56(2) L.I.R., l'auteur comprend que les prétentions de Revenu Québec seraient les suivantes :

- a) le paiement visé serait celui effectué par l'entrepreneur au sous-traitant, qui n'a pas véritablement fourni de service;
- b) les individus qui pourraient être cotisés selon cette théorie seraient donc ceux qui ont « participé à ou autorisé ce paiement » (par exemple, les administrateurs, les signataires des chèques ou même le personnel comptable sénior), donc pas strictement les actionnaires de la société selon le pourcentage d'actions qu'ils détiennent;
- c) puisqu'il faut qu'un « avantage » ait été conféré pour que ces dispositions s'appliquent, l'« avantage » qui aurait été conféré selon Revenu Québec serait un avantage équivalent au plein montant de la facture du sous-traitant, compte tenu du fait que le sous-traitant n'a fourni aucun service.

Si c'est bien là le fondement de l'approche de Revenu Québec, sa faiblesse apparente est que cette approche ne tient pas compte de l'obligation qu'avait le sous-traitant de remettre à l'entrepreneur la majeure partie de la somme, après avoir perçu sa « commission », de telle sorte qu'il est difficile de prétendre à l'existence d'un « avantage » à l'égard de la portion ainsi remise par le sous-traitant à l'entrepreneur.

En matière d'accommodation et de complaisance, il faut toutefois mentionner que certaines approches de règlement ont été mises de l'avant par les autorités fiscales, si les faits dans le dossier donnent ouverture à ces approches.

Au niveau du Québec, deux approches sont préconisées dans les dossiers où il apparaît clairement que l'argent comptant généré par le stratagème a été utilisé pour payer des employés au noir.

Le premier scénario est celui où l'entrepreneur a conservé des registres montrant de quelle manière les sommes ont été réparties entre ses employés et se manifeste disposé à partager ces registres avec Revenu Québec.

Dans un tel cas, l'approche provinciale retenue serait probablement la suivante :

- a) les CTI et les RTI demeureraient refusés, avec les pénalités applicables, en ce qui concerne la TPS et la TVQ;

- b) toutefois, la dépense de sous-traitance réclamée serait en totalité ou en très grande partie « remplacée » par une dépense de salaire;
- c) aucune cotisation ne serait émise contre les actionnaires de la société ou contre ses administrateurs (à part leur responsabilité potentielle pour les cotisations de TPS et de TVQ);
- d) finalement, des cotisations seraient émises contre les employés, pour imposer les salaires au noir qu'ils n'ont pas déclarés.

L'autre scénario est celui où l'employeur n'a pas conservé de registres montrant comment les sommes ont été réparties entre les employés ou encore refuse de partager ses registres avec les autorités fiscales.

Dans un tel cas, une approche de règlement a été élaborée, par laquelle, au moyen de cotisations inspirées du système des retenues à la source (ci-après « RAS »), des montants sont réclamés à l'employeur pour faire payer par l'employeur l'impôt que les employés bénéficiaires du stratagème n'ont probablement pas payé.

Étant donné que, au Québec, les particuliers sont imposés à des taux qui peuvent s'élever à 16 %, 20 % ou 24 %, l'enjeu devient alors de négocier quel pourcentage sera retenu, en fonction notamment du niveau moyen des salaires qui a cours dans l'entreprise et du taux marginal correspondant.

Dans le cadre d'une telle cotisation, souvent appelée cotisation d'« impôt des tiers », Revenu Québec réclamera aussi généralement les contributions applicables au Fonds des services de santé (ci-après « FSS »), les contributions d'employeur et d'employé au Régime des rentes du Québec (ci-après « RRQ ») (malgré le fait que les employés visés ne peuvent être désignés nommément et qu'il soit donc impossible de vérifier si les maximums des contributions étaient atteints ou non), de même que les contributions requises à la Commission des normes du travail ou encore à l'égard de la formation de la main-d'œuvre.

Le tableau 6 joint au présent texte donne un exemple des sommes qui seraient réclamées à l'employeur, dans le cadre d'une telle entente, en plus, évidemment, du refus des CTI et des RTI à l'égard des factures du ou des sous-traitants concernés.

Par conséquent, dans le cadre d'une telle entente, l'employeur visé se ferait réclamer les sommes suivantes par Revenu Québec, en supposant 1 M\$ de factures d'accommodation ou de complaisance :

- a) environ 250 000 \$ pour la TPS et la TVQ (voir tableau 7);
- b) environ 595 000 \$ pour l'« impôt des tiers » et les diverses contributions d'employeur (voir tableau 6), en présumant que le règlement se ferait sur la base d'un impôt des tiers de 16 % (le montant serait évidemment supérieur si le règlement se faisait sur la base d'un taux de 20 % ou de 24 %).

En tenant compte strictement du niveau provincial, on parle donc d'un règlement pour l'employeur dont les coûts frisent 85 % des sommes en cause, ce qui est très élevé, dans des circonstances où l'employeur et ses actionnaires n'ont pas empêché les montants qui font l'objet du stratagème.

Si l'on veut ajouter une saveur fédérale à cette sauce, les autorités fédérales sont généralement également ouvertes à un règlement établi sur la base de l'« impôt des tiers », qu'elles aiment estimer à environ 22 %, tout au moins dans les règlements dans lesquels l'auteur a été impliqué au cours des derniers mois.

En présumant l'application de la pénalité de 50 %, le tableau 8 indique que le coût probable au fédéral serait d'environ 400 000 \$, ce qui signifie un coût minimum d'environ 1,3 M\$ par million de dollars de factures d'accommodation, pour négocier un règlement.

Évidemment, ce genre de règlement n'est pas à la portée de toutes les bourses et les contribuables qui ne peuvent se permettre un tel règlement doivent donc faire l'objet de la « triple imposition » dont il a été question plus haut, à savoir refus des CTI et RTI en matière de TPS et de TVQ, refus de la dépense au niveau de la société et imposition d'un avantage entre les mains des actionnaires ou des administrateurs.

Il sera donc très intéressant de suivre les débats judiciaires des prochaines années, pour déterminer comment les tribunaux réagiront à la nouvelle approche proposée par Revenu Québec pour imposer les individus et comment les tribunaux sanctionneront l'approche choisie par Revenu Québec de cacher aux contribuables concernés les véritables bases sur lesquelles les cotisations qui les concernent ont été établies.

2. COÛTS ET CONSÉQUENCES EN DIVULGATION VOLONTAIRE

La section sur les divulgations volontaires se divisera comme suit :

- a) résolution d'un problème qui se répète d'une année à l'autre sans accumulation de capital;
- b) rapatriement de fonds détenus à l'étranger;
- c) TPS et TVQ;
- d) dossiers accommodation et complaisance;

2.1. PROBLÈME ANNUEL

Souvent, les contribuables qui ne respectent pas leurs obligations fiscales le font de manière répétitive d'une année à l'autre.

Prenons l'exemple d'une société qui aurait omis de déclarer 100 000 \$ de revenus par année, tout en permettant à son actionnaire unique de s'approprier ces sommes en argent comptant. Présignons enfin que les sommes en question auraient été dépensées par l'actionnaire au jour le jour et que le stratagème ne lui a donc pas permis d'accumuler un capital à l'insu des autorités fiscales, comme cela serait par exemple le cas d'un contribuable qui a déposé des recettes non déclarées à l'étranger.

Comme nous l'avons vu dans la section précédente, un tel contribuable qui ferait l'objet d'une vérification et d'une enquête du fisc pourrait encourir des conséquences totales représentant 2,31 \$ pour chaque dollar de revenu non déclaré (voir tableaux 1 à 5).

Lorsqu'un tel contribuable effectue une divulgation volontaire, les pratiques habituelles des autorités fiscales sont les suivantes :

- a) toutes les pénalités et toutes les amendes sont écartées;
- b) la « double imposition » peut également être évitée, si l'actionnaire accepte, dans le cadre de la divulgation volontaire, de rembourser à la société les sommes qu'il s'est appropriées, auquel cas seule la société est imposée dans le cadre de la divulgation volontaire.

Dans la mesure où l'actionnaire se prévaudrait de la possibilité de rembourser les sommes en cause à la société, les tableaux 9 à 12 reprennent les tableaux 1 à 5, mais dans le contexte d'une divulgation volontaire.

Ces tableaux montrent que le coût de la divulgation volontaire, pour 300 000 \$ de revenu non déclaré, serait de 178 625 \$, soit environ 0,60 \$ par dollar de revenu non déclaré.

Toutefois, avant de conclure sur ce type de divulgation volontaire, il faut souligner un aspect important de la nouvelle approche adoptée par les autorités fiscales fédérales depuis 2002 dans ce genre de dossier, approche qui a par la suite été adoptée par Revenu Québec.

En général, lorsqu'un contribuable fait l'objet d'une vérification ou d'une enquête, la vérification ou l'enquête se limite à une période qui varie généralement de deux à quatre ans, selon la gravité des irrégularités commises par le contribuable.

Bien qu'il soit possible, lorsque de telles irrégularités sont décelées, que le contribuable ait eu les mêmes comportements pour un nombre d'années plus important, les autorités fiscales font le choix administratif de se limiter à un certain nombre d'années en tenant compte de divers facteurs, incluant les suivants :

- a) le temps qu'il faudrait consacrer à une enquête portant sur le même contribuable pour un grand nombre d'années, comparativement au désir des autorités fiscales que leurs vérificateurs vérifient le plus de contribuables possible, assurant ainsi un meilleur « taux de couverture »;
- b) les sommes astronomiques qui pourraient devenir payables par le contribuable, dépassant possiblement même sa capacité de payer, si les vérifications portaient sur un plus grand nombre d'années.

Malgré le fait que ce choix administratif s'effectue apparemment sans douleur sur le plan de la vérification, les unités administratives responsables de gérer le programme des divulgations volontaires semblent avoir plus de difficulté à aborder cette question sous l'angle d'un choix administratif.

En effet, depuis 2002, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») est particulièrement préoccupée par l'aspect « légalité » des divulgations volontaires, de telle sorte qu'elle a notamment été appelée à considérer les facteurs suivants :

- a) théoriquement, comme nous l'avons déjà signalé, un contribuable qui ne respecte pas ses obligations fiscales et qui fait une « présentation erronée des faits », par simple négligence ou pire, perd le bénéfice de la protection de la « période normale de cotisation » de trois ans et peut donc être cotisé pour un plus grand nombre d'années;
- b) les lois fiscales prévoient qu'un contribuable doit conserver ses registres pour une période de six ans, à compter de la fin de l'année d'imposition pour laquelle ils sont pertinents;
- c) les dispositions permettant aux autorités fiscales d'octroyer des réductions ou annulations d'intérêts et de pénalités sont limitées aux 10 années précédentes.

En examinant toutes ces dispositions, l'ARC a fait le choix en 2002 de réclamer d'un contribuable qui effectue une divulgation volontaire qu'il se mette à table pour au moins les six années précédentes, en plus de l'année courante, s'inspirant donc de la période de détention des documents pour servir de fondement légal au programme des divulgations volontaires à cet égard.

Il faut aussi souligner une subtilité extrêmement désagréable, à savoir que les autorités fiscales interprètent l'« année courante » comme signifiant toute année pour laquelle la déclaration fiscale n'est pas encore exigible.

Par exemple, dans le cas d'un particulier, si un dossier de divulgation volontaire est ouvert le 29 avril 2010, l'année courante sera considérée comme étant l'année 2009, puisque la déclaration fiscale 2009 n'était pas encore exigible, au moment où la divulgation volontaire a été ouverte.

Par conséquent, dans cet exemple, les six années antérieures seraient les années 2008, 2007, 2006, 2005, 2004 et 2003.

Par contre, si la divulgation volontaire était ouverte le 15 mai 2010, l'année courante serait l'année 2010 et les six années antérieures seraient les années 2004 à 2009.

Peu importe cette subtilité, l'approche des autorités fiscales de réclamer que le contribuable se mette à table pour une période de six ans dans le cadre d'une divulgation volontaire a fait en sorte de dissuader plusieurs contribuables de procéder à une telle divulgation.

En effet, pour reprendre les données mentionnées aux tableaux 9 à 12, le coût total s'élèverait à plus de 350 000 \$, si le contribuable rapportait six années de revenus non déclarés de l'ordre de 100 000 \$ par année.

Plusieurs contribuables estiment que cette approche est injuste, en se limitant à trois ou quatre années pour le contribuable qui se « fait prendre », mais en réclamant six années du contribuable qui vient lui-même se dénoncer aux autorités fiscales.

2.2. RAPATRIEMENT DE SOMMES À L'ÉTRANGER

Les rapatriements de sommes à l'étranger ont fait l'objet d'approches des autorités fiscales qui ont été modifiées à quelques occasions au cours des dernières années.

En effet, le contribuable qui souhaite effectuer une telle divulgation volontaire et les autorités fiscales qui doivent la traiter font face à certaines difficultés, incluant les suivantes :

- a) les sommes sont souvent détenues à l'étranger depuis un très grand nombre d'années, de telle sorte qu'il est difficile de préciser ou de prouver s'il s'agit à l'origine de sommes qui avaient déjà été déclarées aux autorités fiscales canadiennes ou plutôt de recettes non déclarées par le contribuable en cause;
- b) cette difficulté est encore plus grande lorsqu'il s'agit d'une succession, les héritiers ne connaissant pas nécessairement l'historique complet des transactions de la personne décédée;
- c) même si les revenus qui ont servi à constituer le capital initial du compte étaient des sommes non déclarées aux autorités fiscales, il est parfois impossible de préciser s'il s'agissait de revenus d'entreprise, de dividendes ou de gains en capital qui, comme vous le savez, font l'objet de taux d'imposition différents;
- d) même si le contribuable reconnaît qu'il s'agissait de sommes non déclarées, il n'est généralement pas en mesure de déterminer et de prouver d'une manière claire dans quelles années d'imposition précises les sommes en question ont été gagnées;
- e) les systèmes informatiques des autorités fiscales ne leur permettent possiblement pas d'émettre des cotisations remontant à une vingtaine ou à une trentaine d'années, qui réclameraient de toute manière des intérêts

prohibitifs, d'autant plus que l'ARC ne peut faire de réduction ou d'annulation des intérêts au-delà des 10 années les plus récentes;

- f) finalement, le programme se doit d'être « incitatif », pour encourager les contribuables à venir spontanément divulguer leur situation aux autorités fiscales, plutôt que d'attendre de se « faire prendre ».

Pour bien cerner la nouvelle approche qui a été proposée récemment par les autorités fiscales, il est utile de faire une brève revue des pratiques de ces dernières depuis que le programme des divulgations volontaires a commencé à prendre de l'ampleur, durant les années 1980 et 1990.

Jusqu'en 2002, les autorités fiscales avaient choisi de résoudre les difficultés mentionnées ci-dessus en imposant les revenus intégraux du contribuable en provenance du compte à l'étranger pour les années pour lesquelles la « période normale de cotisation de trois ans » n'était pas expirée, à savoir généralement les trois années les plus récentes.

Pour éviter des débats interminables concernant le « capital de départ » (à savoir le capital qui se trouvait dans le compte au début de la période examinée par la divulgation volontaire, qui était alors de trois ans, incluant des débats sur le fait qu'il s'agissait de sommes déjà imposées ou non au Canada ou encore des débats portant sur la nature des revenus qui n'avaient possiblement pas été imposés au Canada), les autorités fiscales avaient fait le choix de proposer une entente en vertu de laquelle elles concédaient, à défaut d'explication, que 50 % du « capital de départ » serait imposé et que l'autre 50 % du « capital de départ » serait considéré comme « expliqué » ou déjà déclaré aux autorités fiscales canadiennes.

Enfin, pour éviter des charges d'intérêt trop considérables, les autorités fiscales acceptaient de répartir le 50 % du « capital de départ » qui était imposé de manière égale sur les trois années les plus récentes.

L'effet net de cet exercice était une procédure simple et expéditive, ayant pour résultat que le montant total réclamé au contribuable, en tenant compte du capital et des intérêts, s'élevait à environ un tiers de la somme détenue à l'étranger.

En 2002, dans le cadre de la remise en question du programme des divulgations volontaires effectuée par l'ARC, celle-ci s'est notamment penchée sur la question de savoir s'il était légal d'imposer en vertu des lois fiscales des sommes dans une année d'imposition autre que celle durant laquelle les sommes en question ont été gagnées.

La réponse purement légale à cette question étant négative, nous comprenons que l'ARC a recommandé à ses employés en 2002 de renoncer à régler des dossiers sur cette base.

Malgré ces directives, et compte tenu du fait que Revenu Québec continuait pour sa part à prétendre que cela était possible, l'ARC a finalement accepté, tout au moins pour les dossiers concernant les contribuables résidents du Québec, de continuer à traiter les divulgations volontaires, en imposant une partie des sommes en cause dans une autre année que celle durant laquelle les sommes en question avaient été gagnées.

Toutefois, la réflexion générale effectuée par l'ARC en 2002 a été pour les autorités fiscales l'occasion d'augmenter le taux effectif des sommes réclamées aux contribuables d'environ 33 % à 38 %.

Dans la plupart des dossiers, le montant total représentant 38 % de la somme en cause était établi comme suit :

- a) au fédéral, les revenus intégraux des six dernières années étaient dorénavant imposés, pour se conformer à la nouvelle pratique de l'ARC de réclamer au moins six années de divulgation volontaire;
- b) un montant de revenu additionnel pour la septième année était arbitrairement déterminé, pour faire en sorte que le total payable par le contribuable à l'ARC en impôts et intérêt s'élève à 19 % de la somme en cause;
- c) le même exercice était fait au Québec, sauf qu'il était échelonné sur trois ans pour les revenus réalisés dans le compte à l'étranger et sur la quatrième année pour le montant arbitraire déterminé, afin de faire arriver le total à 19 %.

Cette approche a été maintenue en place, en tenant compte de diverses subtilités et modifications mineures qu'il n'est pas opportun ici de discuter, de 2002 à 2009.

Vers la fin de 2008 ou le début de 2009, l'ARC a amorcé un nouveau processus de réflexion, qui l'a amenée à conclure que des divulgations volontaires réglées sur la base d'un pourcentage arbitraire comme celui de 38 % qui existait n'étaient pas acceptables dans le système fiscal canadien.

Par conséquent, l'ARC s'est mise à la recherche d'une nouvelle approche, qui aurait le mérite conjoint d'être incitative pour les contribuables en cause, mais de mieux respecter les paramètres fixés par les lois fiscales.

Au moment de donner la présente conférence, l'auteur comprend que l'ARC n'a pas pris de décision finale et que les discussions requises entre l'ARC et Revenu Québec ne sont pas terminées.

Un autre épineux problème est que, tout en voulant adopter une approche harmonisée avec Revenu Québec pour les contribuables du Québec, l'ARC doit se soucier d'avoir une approche similaire pour tous les contribuables canadiens.

Dans ce contexte, les commentaires qui suivent ne font donc pas référence à une pratique établie, mais à une ébauche de pratique possible qui semble commencer à se dessiner.

La nouvelle approche qui se profile ainsi à l'horizon serait établie en tenant compte des facteurs suivants :

- a) un test de composition du portefeuille à l'étranger serait instauré, pour déterminer si le contribuable est un contribuable qui investit dans des instruments qui procurent du gain en capital (imposable à 50 %) ou s'il investit plutôt dans des instruments qui procurent du revenu imposable à 100 % (intérêts, dividendes, etc.);
- b) une approche différente serait proposée selon le type de contribuable dont il s'agit, puisque les gains en capital sont imposables à un taux nettement inférieur que les autres revenus;
- c) d'autres rajustements administratifs seraient envisagés, pour équilibrer les choses entre les deux catégories de contribuables.

La nouvelle approche signifierait un déboursé plus important que par le passé pour les contribuables dont le compte à l'étranger se compose d'instruments qui procurent du revenu imposable à 100 %.

En effet, dans un tel cas, les autorités fiscales indiquent leur intention d'imposer 100 % des sommes en cause, sur la base suivante :

- a) au fédéral, les revenus intégraux des six dernières années demeureront imposés et le « capital de départ » au début de la sixième année sera imposé dans la septième année;

- b) le même exercice sera fait au Québec, sauf qu'il sera échelonné sur trois ans pour les revenus réalisés dans le compte à l'étranger sur la quatrième année pour le montant du « capital de départ »;
- c) pour les années qui dépassent la « période normale de cotisation », incluant les années dans lesquelles le « capital de départ » sera imposé, des réductions d'intérêt substantielles seront accordées;
- d) finalement, pour tenir compte du fait que plusieurs contribuables qui détiennent des fonds à l'étranger le font en dollars américains ou en euros, deux devises qui se sont fortement dépréciées au cours des six dernières années, il est proposé que le « capital de départ » soit imposé sur la base du taux courant en vigueur au moment de l'ouverture de la divulgation volontaire, plutôt que sur la base du taux qui avait cours à l'époque (septième année au fédéral et quatrième année au provincial).

Examinons les coûts possibles d'une telle divulgation volontaire, en utilisant un exemple qui pose les hypothèses suivantes :

- a) la divulgation volontaire a été ouverte le 1^{er} mai 2010 (pour faire en sorte que l'année courante soit l'année 2010 et non l'année 2009);
- b) les placements étaient du type qui génère des revenus imposables à 100 % et ils étaient en dollars américains;
- c) le « capital de départ » au 31 décembre 2003 s'élevait à 1 M\$ US;
- d) des revenus de placement de 50 000 \$ US par année ont été gagnés pour chacune des années 2004 à 2009;
- e) le solde au 31 décembre 2009 était donc de 1,3 M\$ US, ce qui représentait alors une valeur en dollars canadiens de 1 360 580 \$ CA, vu le taux de change de 1,0466 qui avait cours en date du 31 décembre 2009 (à des fins de comparaison, le taux de change au 31 décembre 2003 s'élevait à 1,2924 (voir le tableau 13 qui montre l'évolution des taux de change entre 2002 et 2009 à l'égard du dollar américain).

En examinant le tableau 14 et en estimant les intérêts en tenant compte d'une réduction d'intérêt importante pour l'année 2003, on arrive à un paiement total d'environ 59,25 % de la somme détenue à l'étranger.

Le tableau 15 présente un scénario différent où les autorités fiscales accepteraient d'utiliser le taux courant de conversion du dollar américain non seulement pour l'année 2003, mais pour toutes les années en cause.

Dans un tel cas, le coût de la divulgation volontaire, en posant les mêmes hypothèses, s'élèverait à 57,86 % des fonds détenus à l'étranger.

Enfin, si l'argent était détenu en dollars canadiens depuis le départ, le tableau 16 montre une estimation d'environ 57,9 % de coût fiscal, par rapport au montant détenu à l'étranger.

Pour les contribuables qui détiennent un portefeuille composé d'instruments qui génèrent du gain en capital, la situation est beaucoup plus intéressante, puisque la nouvelle approche proposée serait la suivante :

- a) imposition établie sur la même base que pour les autres types de portefeuille pour les années en cause;
- b) imposition des gains réalisés tels quels pour les six dernières années au fédéral et les trois dernières années au provincial;
- c) imposition de seulement 50 % du « capital de départ » (la septième année au fédéral et la quatrième au provincial), en présumant donc que l'ensemble du « capital de départ » a été généré à partir de gains en capital imposables à 50 %;
- d) par contre, vu la concession importante effectuée concernant l'imposition de 50 % seulement du « capital de départ », aucun rajustement ne serait consenti à l'égard de la conversion des devises étrangères, comme cela est le cas pour l'autre catégorie de dossiers.

Les tableaux 17 (portefeuille en dollars canadiens) et 18 (portefeuille en dollars américains) montrent que le coût d'une telle divulgation volontaire pourrait varier entre 27,64 % et 34,85 % des fonds détenus à l'étranger, ce qui est extrêmement avantageux.

Enfin, pour éviter que les contribuables modifient la composition de leur portefeuille juste avant de présenter une divulgation volontaire, afin de bénéficier d'une meilleure entente, il est prévu dans l'approche envisagée que la composition du portefeuille serait examinée sur une période de temps (vraisemblablement six années au fédéral et trois années au provincial), pour en arriver à déterminer un pourcentage de répartition du portefeuille entre les

instruments qui génèrent du revenu imposable à 100 % et ceux qui génèrent du gain en capital.

Ainsi, dans le cas fort probable où le contribuable a détenu durant la période examinée les deux types d'instruments, un pourcentage sera déterminé pour chacune des deux catégories d'instruments, afin qu'une partie du portefeuille du contribuable bénéficie de l'entente « gain en capital », alors que l'autre partie du portefeuille du contribuable bénéficierait de l'entente « revenu imposable à 100 % », ce qui permettrait d'en arriver à un pourcentage global de coût, par rapport aux sommes détenues, qui serait compris entre 27 % et 60 %.

D'autres développements sont attendus au cours des prochains mois et cette méthode est donc loin d'être définitive.

En terminant le volet « rapatriement de fonds détenus à l'étranger », il faut évidemment mentionner que tous les exemples qui précèdent supposent que le contribuable ne sera pas en mesure de démontrer, avec preuve à l'appui, qu'une partie des sommes détenues à l'étranger avait déjà fait l'objet d'imposition au Canada ou ne devrait pas être assujettie à l'impôt canadien (par exemple, un héritage en provenance de l'étranger).

Évidemment, si le contribuable est en mesure de faire une telle démonstration, la somme déjà imposée sera tout simplement retirée du calcul, puisqu'elle peut être rapatriée sans conséquence fiscale et les calculs se feront sur la portion inexpliquée de la somme.

Cependant, les mises en garde qui suivent doivent être prises en compte à cet égard :

- a) comme les sommes détenues à l'étranger s'y trouvent souvent depuis un très grand nombre d'années, les preuves précises d'origine des fonds sont la plupart du temps virtuellement impossibles à récupérer intégralement et les seules données qui peuvent devenir disponibles pourraient généralement être qualifiées de « commencement de preuve » ou de « preuve partielle »;
- b) malheureusement, les autorités fiscales se montrent extrêmement strictes dans l'évaluation des preuves disponibles, ce qui est regrettable, particulièrement lorsque les preuves recueillies, toutes partielles qu'elles soient, convergent tout de même dans la même direction et tendent à soutenir la version des faits avancée par le contribuable.

Il faut donc espérer que les autorités fiscales feront preuve dans l'avenir d'un plus grand esprit d'ouverture à cet égard, particulièrement dans la mesure où les sommes réclamées aux contribuables, en proportion des sommes détenues à l'étranger, seront plus élevées que dans le passé, particulièrement dans les cas où un contribuable détient un portefeuille composé d'instruments qui procurent du revenu imposable à 100 %.

Il est également regrettable que les autorités fiscales aient choisi la période actuelle pour procéder à une nouvelle remise en question du programme des divulgations volontaires, qui crée beaucoup d'incertitude parmi les professionnels et les contribuables, quant aux pratiques effectivement suivies par les autorités fiscales.

En effet, la couverture médiatique donnée au litige entre le gouvernement américain et la banque suisse UBS, de même que les efforts considérables déployés par les organismes comme l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour contrer l'évasion fiscale internationale ont créé au cours des derniers mois une vague d'intérêt importante pour les divulgations volontaires qui impliquent des rapatriements de fonds à l'étranger.

Il faut donc souhaiter que les autorités fiscales complèteront rapidement leur processus, de manière que ces nombreux dossiers potentiels puissent progresser avec efficacité.

Il faut enfin souligner que les pénalités auxquelles les autorités fiscales renoncent dans le cas d'une divulgation volontaire incluent les pénalités pour défaut de produire le Formulaire T1135 approprié dont il a été question ci-dessus dans le présent texte.

2.3. TPS ET TVQ

L'objectif du présent texte n'est pas de faire une revue exhaustive des considérations applicables pour les divulgations volontaires en matière de TPS et de TVQ, mais plutôt d'effectuer un bref survol des principales considérations à envisager à cet égard.

En premier lieu, peu importe qu'il s'agisse d'impôts sur le revenu ou de TPS et TVQ, deux types de contribuables sont généralement admissibles aux divulgations volontaires :

- a) les contribuables qui ont produit des déclarations erronées qu'ils souhaitent corriger;

- b) les contribuables qui n'ont pas produit certaines déclarations qui sont exigibles.

Dans un cas comme dans l'autre, il est généralement reconnu que la « porte d'entrée » pour qu'un dossier se qualifie de « divulgation volontaire » est que des pénalités auraient été applicables, si la divulgation volontaire n'était pas faite et si la situation avait été découverte par les autorités fiscales.

En matière de TPS et de TVQ, les pénalités applicables incluent notamment les suivantes :

- a) les pénalités dites de « faute lourde », si des erreurs commises dans les déclarations produites sont d'une nature telle qu'il peut être considéré que le contribuable a commis une « faute lourde »;
- b) les pénalités pour retard de remise des taxes, si le contribuable n'a pas produit de déclaration ou s'il a produit une déclaration incorrecte, qui avait sous-estimé le montant des taxes à remettre.

Avant d'aller plus loin, il est important d'ajouter quelques mots sur la question des pénalités de retard.

Lorsque les contribuables transigent avec la TPS et la TVQ, ils agissent à titre de mandataires des autorités fiscales. En effet, les sommes qu'ils perçoivent ne leur appartiennent pas, mais elles sont plutôt perçues pour le compte des autorités fiscales, auxquelles elles doivent être remises, après avoir réclamé les CTI et les RTI qui peuvent être applicables.

Dans ce contexte, il était très important pour le législateur de bien encadrer le système, afin de s'assurer que les mandataires respectent leurs obligations et produisent à temps les déclarations de TPS et de TVQ requises et qu'ils remettent à temps la TPS et la TVQ exigibles.

C'est dans ce contexte que des pénalités de retard plus importantes qu'en matière d'impôt sur le revenu ont été instaurées en TPS et en TVQ (en TPS, ces pénalités ont maintenant été remplacées par des intérêts additionnels).

Par conséquent, le mandataire qui produit sa déclaration de TPS ou de TVQ en retard ou qui remet la TPS et la TVQ exigibles en retard est assujéti par l'effet de la loi à des pénalités, dont l'objectif est de s'assurer que

l'intégrité du système soit respectée. Il en va de même pour les autres sommes perçues comme mandataire du gouvernement, par exemple les RAS.

Une question simple qui se pose donc dans ce contexte est la suivante : un mandataire qui est simplement en retard dans la production de sa déclaration de TPS et de TVQ peut-il contourner l'application des pénalités, en produisant la déclaration tardive par l'entremise d'une divulgation volontaire, plutôt qu'en la transmettant aux autorités fiscales de la manière habituelle?

Au niveau du gouvernement fédéral, la solution proposée à cette question est que le retard doit durer depuis au moins un an, ce qui signifie généralement que plusieurs déclarations de taxes seraient en retard, puisque la plupart des contribuables produisent leur déclaration de TPS et de TVQ sur une base mensuelle ou trimestrielle. La logique sous-jacente est probablement que les systèmes informatiques en place auront vraisemblablement permis de dépister les contribuables fautifs avant qu'une année se soit écoulée, de telle sorte que la plupart de ces contribuables ne seront pas admissibles au programme des divulgations volontaires, puisqu'ils auront déjà été contactés par les autorités fiscales pour produire les déclarations manquantes.

Comme le Québec aime toujours faire valoir son aspect « distinct », l'auteur comprend toutefois que les responsables du programme des divulgations volontaires au Québec interprètent l'approche fédérale de manière très souple, puisque les divulgations volontaires sont acceptées pour les déclarations de TPS et de TVQ, **pourvu qu'e plus d'une période de déclaration** soit en retard.

Ainsi, si des déclarations sont produites sur une base mensuelle, le contribuable qui a au moins deux déclarations en retard sera admissible au programme des divulgations volontaires et pourra éviter les pénalités de retard, s'il dépose les déclarations manquantes auprès des fonctionnaires chargés d'appliquer le programme des divulgations volontaires, plutôt que de produire ces formulaires par les voies normales.

La deuxième question qui se pose est le nombre d'années qui seront examinées dans le cadre d'une divulgation volontaire de TPS et de TVQ, en tenant compte du fait que la « période normale de cotisation » en matière de taxes s'élève à quatre ans, plutôt que la période de trois ans qui prévaut généralement en matière d'impôt sur le revenu.

La première distinction à faire à cet égard est de déterminer l'objectif poursuivi par la divulgation volontaire, principalement par rapport aux deux axes suivants :

- a) la divulgation volontaire vise-t-elle à corriger des erreurs techniques à la suite desquelles la TPS et la TVQ qui auraient dû être perçues n'ont pas été perçues?
- b) sinon, la divulgation volontaire vise-t-elle des taxes qui ont été perçues par le mandataire, mais qu'il n'a volontairement pas remises aux autorités fiscales?

Évidemment, dans le deuxième cas, on peut difficilement parler de nombre d'années ou de limite de temps.

En effet, agissant comme mandataire du gouvernement, le mandataire admettrait avoir empoché de l'argent du gouvernement, qui ne lui appartenait donc pas, et il est difficile de concevoir comment les autorités fiscales pourraient lui conférer quelque allègement que ce soit, tout au moins en ce qui concerne le nombre d'années visées par la divulgation volontaire.

L'expérience de l'auteur dans de telles situations est que la seule considération qui pourrait faire en sorte qu'un compromis soit envisagé est la capacité de payer du mandataire et de ses administrateurs, s'il s'agit d'une société, puisque les administrateurs sont responsables de la TPS et la TVQ dans de telles circonstances.

En ce qui concerne la catégorie plus excusable des erreurs techniques et des taxes non perçues, le vœu du législateur fédéral serait probablement que la période considérée soit de six ans, comme cela est le cas en matière d'impôt sur le revenu.

Toutefois, l'auteur comprend, au Québec, qu'il est possible, selon évidemment les circonstances et la répartition des sommes entre les années, de proposer une entente qui s'échelonne sur une période d'environ quatre ans, qui correspond aux années d'imposition pour lesquelles la « période normale de cotisation » de quatre ans n'est pas expirée.

Un autre aspect important des divulgations volontaires en matière de TPS et de TVQ concerne les transactions « sans effet fiscal », communément appelées « wash transactions ».

Un bon exemple d'une telle situation serait le suivant :

- a) la transaction s'est faite entre deux inscrits, par exemple entre un manufacturier qui vend son produit à un distributeur;
- b) le manufacturier et le distributeur croyaient de bonne foi que le produit n'était pas taxable, de telle sorte qu'aucune TPS ni TVQ n'ont été prélevées;
- c) toutefois, même si la TPS et la TVQ avaient été prélevées, il n'y aurait pas eu de recette nette pour le gouvernement, puisque le manufacturier aurait remis au gouvernement les taxes perçues du distributeur, alors que le distributeur aurait réclamé, à l'égard des mêmes taxes, les CTI et le RTI applicables.

Si des circonstances surviennent après la transaction, qui font en sorte que le manufacturier et le distributeur sont informés que les biens visés étaient taxables (par exemple, une nouvelle interprétation technique de Revenu Québec ou encore une décision des tribunaux impliquant d'autres contribuables) et que le manufacturier, à titre de mandataire, souhaite corriger sa situation en effectuant une divulgation volontaire, les questions suivantes se posent :

- a) les autorités fiscales exigeront-elles que le manufacturier retrace le distributeur et lui facture les taxes applicables, pour les remettre aux autorités fiscales, alors que, de son côté, le distributeur réclamera les CTI et RTI applicables, ce qui entraînerait à la fois pour le distributeur et pour les autorités fiscales des tracas administratifs inutiles?
- b) au contraire, les autorités fiscales permettront-elles plutôt que le règlement du dossier se fasse sur une base administrative, sans exiger un véritable échange d'argent?
- c) finalement, comme les intérêts et pénalités réclamés par les autorités fiscales lorsque les contribuables se « font prendre » dans le cadre d'une « transaction sans effet fiscal » se limitent à un total global de 4 %, sans qu'il soit précisé quelle portion de ce 4 % représente des pénalités et des intérêts, est-ce que le plein 4 % ou seulement une partie de celui-ci sera annulé si une divulgation volontaire est effectuée, puisque la conséquence normale d'une divulgation volontaire est que les pénalités sont annulées, mais pas les intérêts?

Malheureusement, la réponse à ces questions est différente, selon que l'on traite avec le fédéral ou avec le provincial.

En effet, l'approche provinciale est très souple et Revenu Québec n'exige pas, dans un tel cas, que les taxes soient d'abord perçues et remises par le vendeur, pour ensuite être réclamées sous forme de CTI et RTI par l'acheteur.

De plus, compte tenu du fait que le 4 % réclamé porte à la fois le qualificatif de pénalité et d'intérêt, Revenu Québec accepte de l'annuler en entier dans le cadre d'une divulgation volontaire.

Par conséquent, pour reprendre notre exemple, le manufacturier qui présenterait une divulgation volontaire dans les circonstances évoquées :

- a) n'aurait pas besoin de percevoir la TVQ de son distributeur;
- b) n'aurait pas de somme à déboursier en faveur de Revenu Québec.

Malheureusement, toujours dans le cadre de son approche plus « légaliste », le gouvernement fédéral, qui avait une pratique semblable jusqu'en 2007, a choisi d'y mettre fin le 1^{er} avril 2007.

Par conséquent, la situation au fédéral serait la suivante, toujours dans le cadre de l'exemple proposé :

- a) le manufacturier serait tenu de percevoir la TPS applicable du distributeur et de remettre cette TPS aux autorités fiscales, pour l'ensemble de la période visée par la divulgation volontaire;
- b) le distributeur pourrait ensuite réclamer les CTI applicables de telle sorte que, en vertu de cet exercice, pour ce qui est de la TPS elle-même, le gouvernement fédéral ne récolterait pas un sou;
- c) finalement, moins magnanime que Revenu Québec, le gouvernement fédéral considère que le plein 4 % est attribuable aux intérêts, de telle sorte qu'aucune portion du 4 % n'est annulée dans le cadre de la divulgation volontaire.

2.4. DOSSIERS ACCOMMODATION ET COMPLAISANCE

Il est encore relativement rare que des dossiers impliquant des factures d'accommodation et de complaisance fassent l'objet de divulgations volontaires, de telle sorte qu'il est difficile d'établir un sommaire des pratiques applicables ou des règlements potentiels qui pourraient être considérés dans de telles situations.

En tenant compte de cette réserve, l'élaboration d'une proposition de règlement dans le cadre d'une divulgation volontaire pour ce type de dossier devra nécessairement passer par la résolution des questions préliminaires suivantes :

- a) l'argent comptant généré par le stratagème de factures d'accommodation et de complaisance a-t-il été utilisé pour payer des salaires au noir ou d'autres dépenses d'entreprise?
- b) cet argent a-t-il plutôt fait l'objet d'une appropriation de fonds par l'actionnaire?

En effet, c'est la réponse à ces deux questions qui déterminera l'approche à considérer pour structurer le règlement d'une divulgation volontaire.

S'il s'agit d'un cas où il est manifeste que l'actionnaire s'est approprié les sommes en cause et dans la mesure où l'actionnaire n'a pas accumulé un capital important grâce au stratagème, la situation sera la même que celle dont nous avons déjà discuté dans la section qui touche les divulgations volontaires portant sur les problèmes annuels, de telle sorte que le coût de la divulgation volontaire sera d'environ 0,60 \$ pour chaque dollar en cause, dans la mesure où l'actionnaire aura puisé dans ses ressources personnelles pour rembourser intégralement à sa société les sommes qu'il s'était appropriées.

Par contre, s'il s'agit d'un dossier où il est évident que les sommes en question ont servi à payer au noir des salaires ou d'autres dépenses semblables, il faudra probablement envisager la divulgation volontaire sous l'angle des montants qui sont habituellement réclamés à un contribuable qui se « fait prendre » dans une situation semblable, telle qu'elle est élaborée aux tableaux 6 à 8 que nous avons déjà examinés ensemble.

Les tableaux 19 à 21 montrent à combien s'élèveraient les paiements exigés, si une divulgation volontaire était structurée exactement de la même manière que les règlements qui interviennent dans le cadre d'une vérification, en éliminant tout simplement les pénalités.

En examinant ces tableaux, on constate que les montants totaux payables seraient d'environ 160 000 \$ pour la TPS et la TVQ, 400 000 \$ pour l'impôt et les contributions d'employeur au provincial et 270 000 \$ pour l'impôt fédéral, soit un total de 830 000 \$, dans l'exemple où les

factures d'accommodation en cause s'élèveraient, avant les taxes, à un total de 1 M\$.

On parle donc d'environ 0,83 \$ par dollar en cause.

Même s'il ne faut pas oublier, dans le cadre du premier scénario, que l'actionnaire doit puiser dans ses ressources personnelles pour rembourser la société, il est tout de même difficile de ne pas remarquer que le prix réclamé pour la divulgation volontaire dans la situation plus répréhensible où l'actionnaire aurait mis l'argent dans ses poches serait de 0,60 \$ par dollar en cause, alors que le prix réclamé pour la situation moins répréhensible où les sommes en question ont tout de même servi à payer des dépenses d'entreprise s'élèverait à 0,83 \$ par dollar en cause.

Cela explique un peu pourquoi les divulgations volontaires sont relativement rares dans les dossiers de factures d'accommodation et de complaisance, la facture totale étant tout simplement trop élevée par rapport aux moyens des entreprises en cause.

Enfin, il faut rappeler que l'entrepreneur pourrait réduire considérablement le coût d'une divulgation volontaire éventuelle, en faisant le choix possiblement douloureux de dénoncer ses propres employés (en présumant que des registres adéquats ont été maintenus).

En effet, dans un tel cas, les conséquences pour l'employeur seraient probablement limitées à la TPS et à la TVQ (il n'est pas clair que Revenu Québec réclamerait ou non les contributions aux programmes sociaux), soit une somme de 160 000 \$ selon le tableau 20 pour des factures d'une valeur de 1 M\$.

Évidemment, il ne faut pas oublier que l'impôt sur le revenu personnel (avec ou sans pénalité, selon leur degré de coopération au processus de divulgation volontaire) serait cotisé entre les mains de chacun des employés concernés.

CONCLUSION

Comme vous l'aurez constaté, les pratiques et politiques applicables en matière de divulgation volontaire sont en pleine évolution et plusieurs précisions ou modifications devraient survenir au cours des prochains mois.

Nous nous reverrons donc sans aucun doute au Congrès 2010 pour faire à nouveau le point sur cette situation!

TABLEAU 1

Coûts et conséquences de l'évasion fiscale

Exemple de 300 000 \$ de revenu additionnel sur 3 ans – Société (impôt)

	2006	2007	2008
Revenu additionnel	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$
Impôt fédéral (22 %)	22 000 \$	22 000 \$	22 000 \$
Pénalité (par. 163(2) L.I.R.)	11 000 \$	11 000 \$	11 000 \$
Intérêts estimés	10 000 \$	8 000 \$	6 000 \$
Total fédéral civil	43 000 \$	41 000 \$	39 000 \$
Amende (art. 239 L.I.R.)	22 000 \$	22 000 \$	22 000 \$
Total fédéral	65 000 \$	63 000 \$	61 000 \$
Impôt provincial (10 %)	10 000 \$	10 000 \$	10 000 \$
Pénalité (art. 1049 L.I.)	5 000 \$	5 000 \$	5 000 \$
Intérêts estimés	5 000 \$	4 000 \$	3 000 \$
Total provincial	20 000 \$	19 000 \$	18 000 \$
TOTAL	85 000 \$	82 000 \$	79 000 \$
	246 000 \$		

TABLEAU 2

Coûts et conséquences de l'évasion fiscale

Exemple de 300 000 \$ de revenu additionnel sur 3 ans – Particulier

	2006	2007	2008
Revenu additionnel	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$
Impôt fédéral (22 %)	24 000 \$	24 000 \$	24 000 \$
Pénalité (par. 163(2) L.I.R.)	12 000 \$	12 000 \$	12 000 \$
Intérêts estimés	11 000 \$	9 000 \$	7 000 \$
Total fédéral civil	47 000 \$	45 000 \$	43 000 \$
Amende (art. 239 L.I.R.)	24 000 \$	24 000 \$	24 000 \$
Total fédéral	71 000 \$	69 000 \$	67 000 \$
Impôt provincial (10 %)	24 000 \$	24 000 \$	24 000 \$
Pénalité (art. 1049 L.I.)	12 000 \$	12 000 \$	12 000 \$
Intérêts estimés	11 000 \$	9 000 \$	7 000 \$
Total provincial	47 000 \$	45 000 \$	43 000 \$
TOTAL	118 000 \$	114 000 \$	110 000 \$
		342 000 \$	

TABLEAU 3

Coûts et conséquences de l'évasion fiscale

TPS/TVQ – 3 années à 100 000 \$/Année de ventes non déclarées

<u>CIVIL</u>	TPS (5 %)	TVQ (7,5 %)
Taxe	15 000 \$	23 625 \$
Pénalité retard	1 350 \$ ⁽¹⁾	3 544 \$ ⁽³⁾
Pénalité faute lourde	3 750 \$ ⁽²⁾	11 812 \$ ⁽²⁾
Intérêts estimés	3 000 \$	5 000 \$
Total civil	23 100 \$	43 981 \$
<u>AMENDES</u>		
Taxe éludée		
* 50 % fédéral	7 500 \$	
* 125 % provincial		29 531 \$
* Art. 62 L.I. provincial		1 000 \$
Total amendes	7 500 \$	30 531 \$
Total général	30 600 \$	74 512 \$
105 112 \$		

(1) ½ de 1 % par mois, estimée sur 18 mois; aujourd'hui remplacée par des intérêts additionnels.

(2) 25 % au fédéral et 50 % au provincial.

(3) 15 % dès que plus de 15 jours.

TABLEAU 4**Coûts et conséquences de l'évasion fiscale**

Exemple de 300 000 \$ de revenu additionnel sur 3 ans

	MONTANT Pou	rcentage
CIVIL	517 081 \$	74,6 %
PÉNAL	176 031 \$	25,4 %
TOTAL	693 112 \$	100 %

TABLEAU 5**Coûts et conséquences de l'évasion fiscale**

Exemple de 300 000 \$ de revenu additionnel sur 3 ans

	MONTANT %	
SOCIÉTÉ – IMPÔT	246 000 \$	82 %
SOCIÉTÉ – TPS et TVQ	105 112 \$	35 %
PARTICULIER	342 000 \$	114 %
TOTAL	693 112 \$	213 %

TABLEAU 6

**Coûts et conséquences de l'évasion fiscale –
Accommodation et complaisance**

Exemple de règlement proposé pour 1 000 000 \$ de factures avant taxes	
RÈGLEMENT PROVINCIAL « IMPÔT DES TIERS »	
CATÉGORIE	MONTANT
Impôt des tiers (16 %)	160 000 \$
FSS (3 %)	30 000 \$
RRQ (9,9 %)	100 000 \$
CNT/FMO (est.)	10 000 \$
Total partiel	300 000 \$
Pénalité (15 %)	45 000 \$
Pénalité (50 %)	150 000 \$
Total partiel	495 000 \$
Intérêts estimés	100 000 \$
Total Québec	595 000 \$

TABLEAU 7

**Coûts et conséquences de l'évasion fiscale –
Accommodation et complaisance**

Exemple de règlement proposé pour 1 000 000 \$ de factures avant taxes

RÈGLEMENT TPS ET TVQ	
TPS (5 % DE 1 000 000 \$)	50 000 \$
TVQ (7,5 % DE 1 050 000 \$)	78 750 \$
TOTAL DES CTI ET RTI REFUSÉS	128 750 \$
INTÉRÊTS ET PÉNALITÉS ESTIMÉS	122 250 \$
TOTAL	250 000 \$

TABLEAU 8

**Coûts et conséquences de l'évasion fiscale –
Accommodation et complaisance**

Exemple de règlement proposé pour 1 000 000 \$ de factures avant taxes

RÈGLEMENT FÉDÉRAL « IMPÔT DES TIERS »	
IMPÔT ESTIMÉ À 22 %	220 000 \$
PÉNALITÉ DE 50 %	110 000 \$
INTÉRÊTS ESTIMÉS	70 000 \$
TOTAL FÉDÉRAL	400 000 \$

TABLEAU 9

Coûts et conséquences en divulgation volontaire

Exemple de 300 000 \$ de revenu additionnel sur 3 ans – Société (impôt)

	2006	2007	2008
Revenu additionnel	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$
Impôt fédéral (22 %)	22 000 \$	22 000 \$	22 000 \$
Pénalité (par. 163(2) L.I.R.)			
Intérêts estimés	10 000 \$	8 000 \$	6 000 \$
Total fédéral civil	32 000 \$	30 000 \$	28 000 \$
Amende (art. 239 L.I.R.)			
Total fédéral	32 000 \$	30 000 \$	28 000 \$
Impôt provincial (10 %)	10 000 \$	10 000 \$	10 000 \$
Pénalité (art. 1049 L.I.)			
Intérêts estimés	5 000 \$	4 000 \$	3 000 \$
Total provincial	15 000 \$	14 000 \$	13 000 \$
TOTAL	47 000 \$	44 000 \$	41 000 \$
	132 000 \$		

TABLEAU 10

Coûts et conséquences en divulgation volontaire

Exemple de 300 000 \$ de revenu additionnel sur 3 ans – Particulier

	2006	2007	2008
Revenu additionnel	- \$	- \$	- \$
Impôt fédéral (22 %)	- \$	- \$	- \$
Pénalité (par. 163(2) L.I.R.)	- \$	- \$	- \$
Intérêts estimés	- \$	- \$	- \$
Total fédéral civil	- \$	- \$	- \$
Amende (art. 239 L.I.R.)	- \$	- \$	- \$
Total fédéral	- \$	- \$	- \$
Impôt provincial (10 %)	- \$	- \$	- \$
Pénalité (art. 1049 L.I.)	- \$	- \$	- \$
Intérêts estimés	- \$	- \$	- \$
Total provincial	- \$	- \$	- \$
TOTAL	- \$	- \$	- \$
		- \$	

TABLEAU 11

Coûts et conséquences en divulgation volontaire

TPS/TVQ – 3 années à 100 000 \$/Année de ventes non déclarées

<u>CIVIL</u>	TPS (5 %)	TVQ (7,5 %)
Taxe	15 000 \$	23 625 \$
Pénalité retard		
Pénalité faute lourde		
Intérêts estimés	3 000 \$	5 000 \$
Total civil	18 000 \$	28 625 \$
<u>AMENDES</u>		
« Zapper »	s. o.	
Taxe éludée		
* 50 % fédéral		
* 125 % provincial		
* Art. 62 L.I. provincial		
Total amendes	- \$	- \$
Total général	18 000 \$	28 625 \$
46 625 \$		

TABLEAU 12

Coûts et conséquences en divulgation volontaire

Exemple de 300 000 \$ de revenu additionnel sur 3 ans

	MONTANT
SOCIÉTÉ – IMPÔT	132 000 \$
SOCIÉTÉ – TPS et TVQ	46 625 \$
PARTICULIER	- \$
TOTAL	178 625 \$

TABLEAU 13**Coûts et conséquences en divulgation volontaire**

Évolution des taux de change en dollars américains (selon la Banque du Canada)	
---	--

2002	1,5704
31 décembre 2002	1,5796
2003	1,4015
31 décembre 2003	1,2924
2004	1,3015
31 décembre 2004	1,2036
2005	1,2116
2006	1,1340
2007	1,0748
2008	1,0660
2009	1,1420
31 décembre 2009	1,0466

TABLEAU 14

Coût d'une divulgation volontaire pour rapatriement de fonds

Cas « revenu imposable à 100 % » (divulgation volontaire ouverte le 1 ^{er} mai 2010)					
Entente proposée	Montant \$ US	Pourcentage imposable	Montant imposable	Taux	Montant imposable \$ CA
Capital initial inexpliqué au 31 décembre 2003	1 000 000 ⁽¹⁾	100 %	1 000 000	1,0466 ⁽²⁾	1 046 600
Revenus 2004	50 000	100 %	50 000	1,3015 ⁽³⁾	60 075
2005	50 000	100 %	50 000	1,2116 ⁽³⁾	60 580
2006	50 000	100 %	50 000	1,1340 ⁽³⁾	56 700
2007	50 000	100 %	50 000	1,0748 ⁽³⁾	53 740
2008	50 000	100 %	50 000	1,0660 ⁽³⁾	53 300
2009	50 000	100 %	50 000	1,1420	57 100
				Total imposé \$ CA	1 393 095
				Impôt estimé à 48,22 %	671 750
				Intérêts estimés à 20 %	134 350
				Total à payer	806 100
				1 360 580 \$ CA =	59,25 %

(1) Le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des placements devient 1 046 600 \$ CA au 31 décembre 2003, donc perte sur change étranger au fur et à mesure de l'encaissement des placements?

(2) On présume que le taux utilisé est celui au 31 décembre 2009.

(3) Il n'est pas clair si le taux utilisé est le taux réel annuel ou le taux plus récent.

TABLEAU 15

Coût d'une divulgation volontaire pour rapatriement de fonds

Cas « revenu imposable à 100 % » (divulgation volontaire ouverte le 1 ^{er} mai 2010 – Taux 31 décembre 2009 pour toutes les années)					
Entente proposée	Montant \$ US	Pourcentage imposable	Montant imposable	Taux	Montant imposable \$CAD
Capital initial inexpliqué au 31 décembre 2003	1 000 000 ⁽¹⁾	100 %	1 000 000	1,0466 ⁽²⁾	1 046 600
Revenus 2004	50 000	100 %	50 000	1,0466 ⁽²⁾	52 330
2005	50 000	100 %	50 000	1,0466 ⁽²⁾	52 330
2006	50 000	100 %	50 000	1,0466 ⁽²⁾	52 330
2007	50 000	100 %	50 000	1,0466 ⁽²⁾	52 330
2008	50 000	100 %	50 000	1,0466 ⁽²⁾	52 330
2009	50 000	100 %	50 000	1,0466	52 330
			Total imposé \$ CA		1 360 580
			Impôt estimé à 48,22 %		656 072
			Intérêts estimés à 20 %		131 214
			Total à payer		787 286
			1 360 580 \$ CA =		57,86 %

(1) Le PBR des placements devient 1 046 600 \$ CA au 31 décembre 2003, donc perte sur change étranger au fur et à mesure de l'encaissement des placements?

(2) On présume que le taux utilisé est celui au 31 décembre 2009.

TABLEAU 16

Coût d'une divulgation volontaire pour rapatriement de fonds

Cas « revenu imposable à 100 % » (divulgation volontaire ouverte le 1 ^{er} mai 2010 – Portefeuille en dollars canadiens)			
Entente proposée	Montant \$ US	Pourcentage imposable	Montant imposable
Capital initial 31 décembre 2003	1 000 000	100 %	1 000 000
Revenus 2004	50 000	100 %	50 000
2005	50 000	100 %	50 000
2006	50 000	100 %	50 000
2007	50 000	100 %	50 000
2008	50 000	100 %	50 000
2009	50 000	100 %	50 000
	Total imposé \$ CA		1 300 000
		Impôt estimé à 48,22 %	626 860
		Intérêts estimés à 20 %	125 372
		Total à payer	752 232
		1 300 000 \$ CA =	57,90 %

TABLEAU 17

Coût d'une divulgation volontaire pour rapatriement de fonds

Cas « revenu imposable 100 % » (divulgation volontaire ouverte le 1 ^{er} mai 2010 – Portefeuille en dollars canadiens)			
Entente proposée	Montant \$ US	Pourcentage imposable	Montant imposable
Capital initial inexpliqué au 31 décembre 2003	1 000 000 ⁽¹⁾	50 %	500 000
Revenus 2004	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000
2005	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000
2006	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000
2007	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000
2008	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000
2009	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000
		Total imposé \$ CA	650 000
		Impôt estimé à 48,22 %	313 430
		Intérêts estimés à 20 %	62 686
		Total à payer	376 116
		1 360 580 \$ CA =	27,64 %

(1) Le PBR devient 1 M\$ CA au 31 décembre 2003.

(2) Il n'est pas clair si ce revenu sera diminué par l'augmentation du PBR à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») au 31 décembre 2003.

TABLEAU 18

Coût d'une divulgation volontaire pour rapatriement de fonds

Cas « gain en capital » (divulgation volontaire ouverte le 1 ^{er} mai 2010 – Portefeuille en dollars américains)					
Entente proposée	Montant \$ US	Pourcentage imposable	Montant imposable	Taux	Montant imposable \$ CA
Capital initial inexplicé au 31 décembre 2003	1000000 ⁽¹⁾	50 %	500 000	1,2924	646 200
Revenus 2004	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000	1,3015	32 538
2005	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000	1,2116	30 290
2006	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000	1,1340	28 350
2007	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000	1,0748	26 870
2008	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000	1,0660	26 650
2009	50 000 ⁽²⁾	50 %	25 000	1,1420	28 550
				Total imposé \$ CA	819 448
				Impôt estimé à 48,22 %	395 138
				Intérêts estimés à 20 %	79 028
				Total à payer	474 165
				1 360 580 \$ CA =	34,85 %

(1) Le PBR des actions devient 1 292 400 \$ CA au 31 décembre 2003, donc perte sur change étranger importante à venir sur disposition/conversion.

(2) Il n'est pas clair si ce revenu sera diminué par l'augmentation du PBR à la JVM au 31 décembre 2003.

TABLEAU 19

Accommodation et complaisance

Règlement proposé pour 1 000 000 \$ de factures avant taxes

RÈGLEMENT PROVINCIAL « IMPÔT DES TIERS »	
CATÉGORIE	MONTANT
Impôt des tiers (16 %)	160 000 \$
FSS (3 %)	30 000 \$
RRQ (9,9 %)	100 000 \$
CNT/FMO (est.)	10 000 \$
Total partiel	300 000 \$
Pénalité (15 %)	- \$
Pénalité (50 %)	- \$
Total partiel	300 000 \$
Intérêts estimés	100 000 \$
Total Québec	400 000 \$

TABLEAU 20**Accommodation et complaisance**

Règlement proposé – TPS et TVQ pour 1 000 000 \$ de factures avant taxes

RÈGLEMENT TPS ET TVQ	
TPS (5 % DE 1 000 000 \$)	50 000 \$
TVQ (7,5 % DE 1 050 000 \$)	78 750 \$
TOTAL DES CTI ET RTI REFUSÉS	128 750 \$
INTÉRÊTS ESTIMÉS	32 250 \$
TOTAL	160 000 \$

TABLEAU 21**Accommodation et complaisance**

Règlement proposé – Impôt des tiers au fédéral pour 1 000 000 \$ de factures avant taxes

RÈGLEMENT FÉDÉRAL « IMPÔT DES TIERS »	
IMPÔT ESTIMÉ à 22 %	220 000 \$
PÉNALITÉ de 50 %	- \$
INTÉRÊTS ESTIMÉS	50 000 \$
TOTAL FÉDÉRAL	270 000 \$

**LES MÉTHODES ESTIMATIVES DE VÉRIFICATION ET
DE COTISATION**



Christopher R. Mostovac
Avocat
Starnino Mostovac, s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 43:3

**1. DESCRIPTION DES MÉTHODES ESTIMATIVES
DE COTISATION** 43:3

1.1. COTISATIONS PAR « AVOIR NET » 43:4

1.2. COTISATIONS PAR INDICES DE RICHESSE 43:5

1.3. COTISATIONS PAR LA MÉTHODE DE MOUVEMENT
DE TRÉSORERIE 43:6

1.4. MÉTHODE D'ÉCHANTILLONNAGE 43:6

1.5. MÉTHODE DE COTISATION FONDÉE SUR LES DÉPÔTS
BANCAIRES NON IDENTIFIABLES 43:8

**2. PARAMÈTRES D'APPLICATION DE LA MÉTHODE
DE L'AVOIR NET ET AUTRES** 43:8

2.1.	OUVERTURE À L'APPLICATION DES MÉTHODES ESTIMATIVES	43:8
2.2.	MÉTHODE ESTIMATIVE ET INDICE DE CRIMINALITÉ.....	43:12
2.3.	ABSENCE DE REGISTRES OU REGISTRES INCOMPLETS.....	43:13
2.4.	AVOIR NET COMBINÉ	43:16
2.5.	OBLIGATION D'ÉTABLIR L'EXISTENCE D'UNE SOURCE DE REVENUS	43:20
2.6.	RÉOUVERTURE D'ANNÉES PRESCRITES	43:23
2.7.	IMPOSITION AUTOMATIQUE DE PÉNALITÉS IMPOSÉES SUR ÉCART DÉTERMINÉ PAR AVOIR NET	43:25
3.	COMMENTAIRES ADDITIONNELS SUR LA PRÉSUMPTION DE VALIDITÉ D'UNE COTISATION FONDÉE SUR UNE MÉTHODE ESTIMATIVE	43:31
3.1.	CRÉDIBILITÉ DE L'APPELANT(E)	43:32
3.2.	PREUVE DOCUMENTAIRE	43:34
	CONCLUSION	43:38

INTRODUCTION*

« In reassessment cases, the role of the Court is solely to adjudicate disputes between the Minister and the taxpayer. It is not a protector of government revenue¹. »

Depuis plusieurs années, les autorités fiscales ont eu recours à diverses méthodes ayant pour but de reconstituer des revenus de particuliers et de personnes morales. Ces méthodes, qui demeurent une solution de rechange aux revenus reconstitués par des éléments de preuve directe, constituent parfois le point de départ pour les autorités fiscales en vue de fonder des avis de cotisation. À la lumière de la jurisprudence de ces dernières décennies, ces méthodes estimatives et leur évolution ont été généralement acceptées par les tribunaux. Toutefois, l'évolution de l'usage de ces méthodes a amené les tribunaux à nuancer ou à parfois prendre des directions divergentes quant à leurs conditions d'usage ainsi qu'à l'égard du fardeau de preuve requis pour appuyer ces types de cotisation.

Fortes de l'évolution jurisprudentielle souvent avantageuse provenant de l'application de ces méthodes estimatives de cotisation, les autorités fiscales pourraient y recourir et y recourent de manière systématique. Le défi qui se pose relativement à cette nouvelle réalité est celui d'assurer une protection uniforme des droits des contribuables, et ce, sans empêcher une application appropriée et souhaitable de nos lois fiscales. Pour certains, les récents développements répondent à ce défi, alors que pour d'autres, le principal message envoyé par plusieurs décisions récentes demeure que la fin justifie les moyens. Pour ces derniers, il y a lieu de craindre le fait que toute méthode établissant l'existence d'un écart dans les revenus qu'aurait dû déclarer un contribuable devient, de par ces résultats, une méthode légitime et désirable.

1. DESCRIPTION DES MÉTHODES ESTIMATIVES DE COTISATION

Avant d'aborder les développements récents survenus en matière de méthodes estimatives de cotisation, il y a lieu d'effectuer un bref rappel de la description et de l'application de ces différentes méthodes.

* L'auteur tient à remercier M^e Martin Delisle, avocat, Starnino Mostovac, s.e.n.c., de sa précieuse collaboration à la préparation et à la rédaction du présent texte.

¹ *McLarty c. La Reine*, 2008 CSC 26, par. 75.

1.1. COTISATIONS PAR « AVOIR NET »

La méthode de cotisation fondée sur l'avoir net a connu une évolution constante depuis les 65 dernières années, soit depuis l'arrêt *Chernenkoff c. MRN*². Le développement des technologies modernes et de l'informatisation a amené les autorités fiscales à faire un usage accru des méthodes estimatives comme celle de l'avoir net.

L'avoir net consiste à établir, sur une période comparative de quelques années, l'évolution de l'actif net d'un individu. Dans la situation où l'actif est plus élevé que le passif et moyennant certains rajustements incluant l'ajout des dépenses et du coût de vie annuel de l'individu, les autorités fiscales seront en mesure d'établir ou non l'existence d'un écart entre ces nouvelles sommes et les revenus préalablement déclarés au fisc et d'établir une cotisation dans la mesure où les nouveaux revenus annuels dépasseront ceux ayant préalablement fait l'objet d'une déclaration.

L'ancien juge en chef Bowman de la Cour canadienne de l'impôt, dans l'affaire *Ramey c. La Reine*³, s'exprimait comme suit pour décrire la méthode de cotisation fondée sur l'avoir net :

« [TRADUCTION LIBRE] [...] Estimé le revenu annuel d'un contribuable à partir de la valeur de son actif net est une méthode insatisfaisante et imprécise. C'est un instrument grossier que le ministre doit utiliser en dernier ressort. Une cotisation d'actifs nets repose sur une comparaison de l'actif net du contribuable à savoir la valeur de l'actif moins le passif au début d'une année avec son actif net à la fin de l'année. À la différence ainsi obtenue, on ajoute les dépenses qu'il a engagées pendant l'année. Le montant obtenu est réputé être le revenu du contribuable, sauf preuve contraire. Ces cotisations peuvent être inexacts dans une mesure indéterminée, mais elles sont valables jusqu'à preuve de leur inexactitude. Il est quasi impossible de les contester à la pièce. La seule façon vraiment efficace de les contester est de procéder à une reconstitution complète du revenu du contribuable pour l'année. Un contribuable dont les registres comptables et le mode de déclaration de revenus sont dans un tel fouillis que la cotisation par avoir net s'impose est souvent l'artisan de son propre malheur⁴. »

² 49 D.T.C. 180 (C. de l'É.).

³ 93 D.T.C. 791 (C.C.I.) (ci-après « *Ramey* »).

⁴ *Id.*, par. 6.

Au surplus, dans l'affaire *Bigayan c. MRN*⁵, le juge Bowman a davantage élaboré son propos en ce qui a trait à la méthode de cotisation fondée sur l'avoir net :

« [TRADUCTION LIBRE] La méthode de la valeur nette, telle que décrite dans *Ramey v. R.* (1993), 93 R.T.C. 791 (C.C.I.), est une solution de dernier recours que l'on emploie lorsque tout le reste a échoué. On l'utilise souvent lorsqu'un contribuable a omis de produire des déclarations de revenus ou n'a pas conservé de documents. C'est un document imprécis, exact à l'intérieur d'un registre dont le champ est indéterminé. C'est au mieux une méthode insatisfaisante, qui est arbitraire et inexacte, mais quelquefois, c'est le seul moyen d'arriver à un chiffre qui se rapproche du revenu du contribuable [...]»⁶.

Bien que cette méthode de vérification et de cotisation ait fait l'objet d'une jurisprudence abondante, les limites et la portée de cette méthode de vérification n'ont jamais vraiment été fixées ou circonscrites par la loi ni par les décisions des tribunaux. Plutôt, et comme on le verra plus loin dans le présent texte, l'absence de limites d'application amène invariablement la Cour à se fonder davantage sur la crédibilité et le comportement des parties dans le cadre d'un litige.

1.2. COTISATIONS PAR INDICES DE RICHESSE

Les cotisations fondées sur la méthode de l'indice de richesse sont le pendant de la méthode de l'avoir net et demeurent une méthode privilégiée par les autorités fiscales provinciales. Après avoir déterminé que le profil du contribuable répond aux critères recherchés (par exemple, des revenus déclarés non conformes à la capacité financière apparente), et généralement sur une période plus courte que celle utilisée pour la méthode dite de l'avoir net, Revenu Québec établit d'abord le coût de vie du contribuable en se basant sur l'estimation des dépenses personnelles. Ces dépenses sont établies par l'entremise des registres gouvernementaux (registre foncier, Registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM), Société de l'assurance automobile du Québec, ministère de la Solidarité sociale, Statistique Canada, etc.) ainsi que par ceux provenant des institutions financières du contribuable. Dans la mesure où il existe des motifs de croire que le contribuable semble vivre au-delà de ses moyens déclarés, le ministre sollicitera (voire contraindra) le contribuable afin que ce dernier puisse justifier les écarts apparents. Dans l'éventualité où cet écart demeure

⁵ 2000 D.T.C. 1619 (C.C.I.).

⁶ *Id.*, par. 2.

injustifié selon Revenu Québec, le ministre maintiendra sa position et établira une cotisation en conséquence.

1.3. COTISATIONS PAR LA MÉTHODE DE MOUVEMENT DE TRÉSORERIE

Parfois jumelée à la méthode de cotisation par indices de richesse, la méthode de mouvement de trésorerie se limite à la détermination des émoluments auxquels a accédé un contribuable sur une période déterminée de quelques années. Les achats, dépenses et investissements de toutes natures seront scrutés dans l'objectif de réclamer, de la part du contribuable, une explication plausible de la source de ces montants. Les montants dont la source demeurera inconnue et/ou injustifiée constitueront un revenu non déclaré et imposable pour le contribuable.

1.4. MÉTHODE D'ÉCHANTILLONNAGE

Il s'agit d'une méthode préconisée surtout par Revenu Québec et utilisée davantage en vérification des taxes (TPS/TVQ). Cette méthode est particulièrement utilisée dans le domaine de la restauration, mais elle a également trouvé application dans d'autres domaines tels que celui de la construction.

La méthode d'échantillonnage varie en fonction du domaine d'activités du contribuable et des faits particuliers à toute instance.

À titre d'exemple, la méthode d'échantillonnage sera établie par une comparaison entre la vente d'éléments vendus selon un échantillon pris par le fisc et le nombre d'éléments achetés des fournisseurs du contribuable. Si les ventes reconstituées à partir du nombre d'éléments achetés de fournisseurs sont supérieures aux ventes reconstituées à partir d'échantillons, cet écart constituera une base pour la détermination d'un revenu non déclaré.

Examinons plus particulièrement l'application de cette méthode à un restaurant dont l'élément choisi par Revenu Québec est le pain tranché. Généralement, les étapes d'un échantillonnage dans cette situation sont les suivantes :

- a) En premier lieu, Revenu Québec relève les achats fournis par le contribuable. Les quantités de plusieurs aliments dont les pains tranchés, par exemple, seront notées et un ou plusieurs aliments seront choisis par Revenu Québec dans un sondage. Les quantités de ces éléments proviendront des confirmations de différents fournisseurs relativement à ces aliments. Généralement, Revenu Québec transmettra un questionnaire

afin de s'assurer de la justesse des éléments inclus dans chacun des repas offerts par le restaurant.

- b) Un échantillonnage de notes de repas sera effectué généralement sur une période de plusieurs jours concernant une ou plusieurs années d'imposition. Revenu Québec notera généralement tous les repas où l'on offrait l'élément choisi soit, dans ce cas-ci, les pains.
- c) À l'aide des informations recueillies dans le sondage, Revenu Québec sera en mesure de reconstituer les ventes de l'entreprise. Pour chacune des périodes, Revenu Québec divisera les ventes de l'entreprise selon le sondage (en extrayant les taxes selon les périodes) par le nombre d'unités de tranches de pain vendues. Cette division permettra aux autorités fiscales d'obtenir un ratio de vente par élément.
- d) Par la suite, en fonction des achats d'éléments effectués par le contribuable, Revenu Québec accordera généralement un pourcentage de pertes évaluées entre 2 % et 8 %, qui inclut la consommation personnelle, la consommation des employés, les bris, le vol, l'utilisation en cuisine et toutes les autres pertes possibles. En soustrayant les pertes des achats confirmés, Revenu Québec obtiendra les achats disponibles pour la revente.
- e) Ces achats disponibles pour la revente seront par la suite multipliés par le ratio de vente par élément (voir le paragraphe c) ci-dessus) afin d'obtenir les ventes reconstituées. On compare par la suite le montant des ventes reconstituées au montant des ventes déclarées ou taxées. Si les ventes reconstituées sont plus élevées que les ventes déclarées ou taxées, l'écart est présumé être un écart injustifié aux yeux des autorités fiscales. Ces dernières évalueront si, de leur point de vue, les écarts sont suffisamment importants en matière de dépassement de ventes pour faire l'objet d'une cotisation.

Dans le cadre d'un litige avec les autorités fiscales, il est utile de suivre attentivement chacune des étapes que les autorités fiscales ont prises afin d'établir des ventes reconstituées. Évidemment, toute absence de fiabilité dans une étape de l'échantillonnage donnera ouverture à une contestation potentielle.

1.5. MÉTHODE DE COTISATION FONDÉE SUR LES DÉPÔTS BANCAIRES NON IDENTIFIABLES

Cette méthode consiste à déterminer l'existence et la justification subséquente des dépôts bancaires apparaissant sur les relevés de compte établis par l'institution financière du contribuable.

Il s'agit d'une méthode de cotisation fondée sur la capacité d'un contribuable à déterminer la provenance de chacun des montants ayant été déposés dans son compte bancaire. Le contribuable aura un fardeau particulier puisqu'il sera aux prises avec l'obligation de justifier un ensemble de montants. Le fardeau devient encore plus ardu lorsqu'il s'agit d'années prescrites ou encore d'années pour lesquelles les institutions financières ne sont pas en mesure de fournir et/ou produire des copies des chèques ou documents bancaires reconstituant les dépôts en litige. Cette méthode perd toutefois de sa pertinence lorsque les méthodes directes et autres méthodes indirectes peuvent raisonnablement trouver application.

2. PARAMÈTRES D'APPLICATION DE LA MÉTHODE DE L'AVOIR NET ET AUTRES

2.1. OUVERTURE À L'APPLICATION DES MÉTHODES ESTIMATIVES

Dans l'affaire *Ramey*, le tribunal s'est exprimé comme suit quant à l'applicabilité des méthodes estimatives dans l'évaluation du revenu d'une contribuable :

« I am not unappreciative of the enormous, indeed virtually insuperable, difficulties facing the appellant and his counsel in seeking to challenge net worth assessments of a deceased taxpayer. The net worth method of estimating income is an unsatisfactory and imprecise way of determining a taxpayer's income for the year. It is a blunt instrument of which the Minister must avail himself as a last resort. [...]»⁷ »

Dans le jugement *Mensah c. La Reine*⁸ rendu le 9 juillet 2008, la Cour canadienne de l'impôt, sous la plume du juge en chef Bowman, a réitéré le principe voulant que la méthode de l'avoir net ne doive être utilisée par le Ministère qu'en dernier recours et non pas dans un contexte où le contribuable aurait commis une erreur de bonne foi dans le calcul de ses

⁷ *Ramey*, précité, note 3, par. 6.

⁸ 2008 D.T.C. 4358 (C.C.I.) (ci-après « *Mensah* »).

revenus. Ainsi, dans cette affaire, l'appelante avait une entreprise personnelle. Elle utilisait une fin d'année fiscale pour son entreprise au 1^{er} janvier, et ce, pour les années d'imposition 1993, 1994, 1995 et 1996. Ne sachant pas qu'elle devait rajuster le calcul de ses revenus/pertes de son entreprise au 31 décembre, l'appelante avait incorporé ses pertes dans l'année subséquente, et ce, bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹ requière que le calcul du revenu d'une entreprise personnelle demeure fondé sur une fin d'année au 31 décembre. La mécanique utilisée par la contribuable était demeurée constante pour les années 1993 à 1996.

Voyant cette situation, la vérificatrice avait choisi d'utiliser la méthode de l'avoir net pour reconstituer les revenus de l'appelante pour les années en litige. Après avoir déterminé que la contribuable était crédible et que toute erreur, si erreur il y avait, avait été commise de bonne foi, le juge s'exprimait comme suit quant à l'application de la méthode de l'avoir net :

« If mistakes were made they appear to have been minor ones and they were made in good faith. They did not warrant the heavy handed use of the net worth method which has been described as a "blunt instrument". Moreover, it is a method of last resort where other methods of determining income are impossible. [...]»¹⁰.

Alors, suivant cette position particulièrement évocatrice, il y a lieu de rappeler que la vérification par avoir net est une méthode de dernier recours qui ne pourra être utilisée que lorsque d'autres méthodes, permettant plus clairement et précisément d'établir le revenu, demeureront impossibles. Le pendant de cette affirmation reste à l'effet que le représentant de l'autorité fiscale, ayant choisi d'utiliser cette méthode, doit être en mesure d'établir et de justifier les raisons pour lesquelles toutes les autres méthodes de calcul, potentiellement plus appropriées, présentaient des obstacles insurmontables. En somme, la loi de la facilité demeure une excuse inappropriée dans l'exercice du choix d'une méthode de vérification.

Bien que la jurisprudence majoritaire ait déterminé que l'avoir net et les autres méthodes indirectes devaient être utilisés seulement en dernier recours, il n'en reste pas moins que certaines décisions militent en faveur du respect du choix et de la discrétion exercés par les autorités fiscales quant à l'applicabilité d'une méthode de vérification. Dans l'affaire *Milkowski c.*

⁹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

¹⁰ *Mensah*, précité, note 8, par. 5.

*La Reine*¹¹, la contestation de la cotisation était fondée, d'une part, sur le fait que le choix de la méthode n'était pas justifié et, d'autre part, sur le fait que le quantum était erroné. Le juge Miller s'exprimait en ces termes pour appuyer la discrétion qu'exercent les autorités fiscales sur le choix de la méthode de vérification :

« La Cour peut-elle conclure que la cotisation fondée sur le paragraphe 152(7) est invalide à cause des circonstances entourant son établissement et annuler la cotisation sur cette base? Non.

Le paragraphe 152(7) n'énonce aucune restriction qui sert de condition préalable aux fins de l'examen effectué par la Cour. Il ne s'agit pas d'un processus à deux étapes, dans lequel il faut d'abord décider si l'ARC peut établir une cotisation et ensuite établir la validité de la cotisation. Si le contribuable croit que l'ARC agit d'une façon abusive en invoquant le paragraphe 152(7), le recours à exercer peut prendre la forme d'une action fondée sur l'abus de procédure. Cependant, une fois que la cotisation est établie, le paragraphe 152(8) prévoit que la cotisation est réputée valide; or, c'est la question de la validité de la cotisation dont la Cour est ici saisie¹². »

Suivant cette décision et considérant qu'aucune condition préalable n'est énoncée au paragraphe 152(7) L.I.R.¹³, le Ministère aurait en apparence toute la latitude voulue pour vérifier tout contribuable par une méthode estimative de vérification. Ceci étant dit, la seule et véritable conséquence pour le ministre lorsqu'il opte, en partant, pour une méthode estimative au lieu d'en faire un choix de dernier recours, serait l'ouverture possible qui revient au contribuable de lui-même procéder à une reconstitution de ses revenus en utilisant une méthode que la Cour pourrait juger comme étant plus appropriée dans les circonstances.

Toutefois, l'acceptation de la prémisse voulant que le ministre n'ait aucune contrainte dans le choix de sa méthode de vérification aurait pour conséquence première que les tribunaux se seraient tous contredits en prétendant que l'avoir net est une méthode arbitraire de dernier recours seulement. Sur le plan pratique, plus la méthode est simple vis-à-vis la vérification, plus elle sera préconisée par le fisc. Si, devant la Cour, le contribuable réussit à faire la reconstitution de son revenu avec des moyens et des pièces convaincantes, l'admission de l'appel du contribuable serait

¹¹ [2008] 3 C.T.C. 2130 (C.C.I.) (ci-après « *Milkowski* »).

¹² *Id.*, par. 13-14.

¹³ *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »), art. 95.1 (pendant provincial).

tout de même amoindrie aux yeux du fisc compte tenu du fait que l'approche était moins coûteuse au départ. D'un autre côté et en raison du fardeau important qui continue de reposer sur le contribuable concernant ses capacités de contester des cotisations présumées valides, le risque de renversement de ce fardeau demeure invariablement à l'avantage du fisc.

Il n'en demeure pas moins que le danger ultime, provenant d'un usage systématique et non restreint des méthodes estimatives de cotisation restant sans conséquence lorsqu'elles sont utilisées sans égard à des méthodes plus appropriées, est que le contribuable, qui est désavantagé par son éducation et/ou par ses moyens financiers, demeure à la merci de l'arbitraire. Par surcroît, et même si le contribuable avait des capacités financières et/ou professionnelles accrues, il ne serait pas non plus davantage approprié de recourir à la voie de la facilité concernant le choix des méthodes de vérification.

Malgré l'absence de conditions préalables formelles dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et dans la *Loi sur le ministère du Revenu* permettant de recourir à une méthode estimative, il n'en reste pas moins que dans l'affaire *Wang c. La Reine*¹⁴, la Cour a déterminé que le fondement sur lequel reposait le recours à la méthode de vérification par avoir net n'était pas justifié en l'espèce. Ainsi, la juge a effectué une distinction entre une cotisation fondée sur l'avoir net et une cotisation fondée sur le mode de vie en l'absence de documents justificatifs détenus par les autorités fiscales. La Cour s'exprimait en ces termes :

« Des livres comptables existaient en l'espèce, et ces documents étaient fiables. Rien dans la preuve ne permet de croire qu'il manquait des documents relatifs aux ventes ou que ceux-ci n'étaient pas véridiques. Le ministre s'est fondé sur le faible revenu déclaré et sur le fait que l'entreprise de l'appelant faisait des affaires au comptant pour prendre sa décision.

La cotisation n'est pas raisonnable. Elle reposait sur des chiffres peu fiables de Statistiques Canada. Il s'agissait véritablement d'une "cotisation fondée sur le mode de vie" et non réellement d'une "cotisation fondée sur l'avoir net". Les contribuables ayant un faible revenu subissent un très grave préjudice lorsqu'une cotisation fondée sur l'avoir net devient une "cotisation fondée sur le mode de vie". Cette méthode a pour effet de déplacer le fardeau de la preuve¹⁵. »

¹⁴ 2008 D.T.C. 4303 (C.C.I.) (ci-après « *Wang* »).

¹⁵ *Id.*, par. 71-72.

La jurisprudence majoritaire de ces dernières années a soutenu que dans l'éventualité où le contribuable n'a pas effectué la bonne tenue des registres comptables relatifs à son entreprise, le ministre a droit de recourir à une méthode estimative de cotisation pour tenter de reconstituer le revenu imposable du contribuable. À ce propos, dans le jugement *Beaudoin c. La Reine*¹⁶, le juge Angers s'exprime en ces termes :

« On ne saurait nier que le calcul du revenu d'un contribuable selon la méthode de l'avoir net ne reflète pas nécessairement la réalité; et une des façons pour éviter ce résultat, il revient au contribuable de tenir les registres comptables adéquats pour son entreprise et de conserver les pièces justificatives¹⁷. »

Finalement, et même si le choix d'utilisation de la méthode est exclusivement celui du ministre, les conséquences concernant les failles dans la méthode utilisée seront assumées par le ministre. Dans l'affaire *Mensah*, le juge Bowman a souligné ce qui suit :

« I do not read the comments of the Supreme Court as meaning the Appellant may not challenge as inappropriate the Minister's method. To put it colloquially, if the Minister chooses to put all his eggs in the net worth basket he may be stuck with that method but it does not mean that the taxpayer is. At all events the respondent has not chosen to support the assessment on any other basis¹⁸. »

2.2. MÉTHODE ESTIMATIVE ET INDICE DE CRIMINALITÉ

Le fait qu'un contribuable ait exercé des activités dans un milieu criminalisé peut influencer le fisc et éventuellement la Cour dans le cadre de l'application d'une méthode estimative de cotisation.

Dans l'affaire *Boivin c. SMRQ*¹⁹, et alors que la méthode de l'avoir net a été appliquée dans le cadre d'une vérification, le juge Grenier a considéré qu'il était approprié d'utiliser ladite méthode compte tenu du milieu fortement criminalisé dans lequel œuvrait le conjoint du contribuable, soit auprès des Hell's Angels de Trois-Rivières²⁰.

¹⁶ 2008 D.T.C. 2770 (C.C.I.) (ci-après « *Beaudoin* »).

¹⁷ *Id.*, par. 15.

¹⁸ *Mensah*, précité, note 8, par. 6.

¹⁹ 2007 QCCQ 9813 (ci-après « *Boivin* »).

²⁰ *Id.*, par. 79.

L'humain étant ce qu'il est, il est difficile d'exiger de la part de nos tribunaux qu'ils appliquent la loi de façon totalement uniforme entre l'ensemble des contribuables, sans égard à l'existence du passé criminel d'un contribuable.

Même lorsqu'il existe une preuve défaillante dans le dossier du Ministère, et que des présomptions de fait trouvent leur assise non pas dans la réalité mais plutôt dans l'imaginaire du vérificateur, les relations passées du contribuable continueront de le hanter et auront un impact vraisemblablement direct sur l'issue de sa contestation. Peu importe le raisonnement, les motifs et les présomptions du fisc ayant été invoqués pour justifier le mode de vérification choisi, une absence de preuve de la part du contribuable, même pour des années prescrites où ce fardeau devrait normalement reposer sur le fisc, jouera plus souvent qu'autrement en faveur du fisc.

Même si le contribuable qui jadis ou même encore est impliqué dans un milieu criminalisé demeure l'auteur de sa propre mésaventure, ce type de contribuable constitue l'une des proies les plus faciles pour une vérification par méthode indirecte, et ce, indépendamment du cas où une méthode directe serait nettement plus appropriée.

2.3. ABSENCE DE REGISTRES OU REGISTRES INCOMPLETS

Parmi les motifs les plus souvent invoqués pour justifier l'utilisation d'une méthode indirecte de vérification est l'absence d'une tenue de registres comptables adéquats.

L'appréciation de ce que peuvent constituer des « registres incomplets » est laissée à celle des tribunaux. Les jugements publiés n'offrent pas une description détaillée des registres sur lesquels les tribunaux se sont appuyés pour décider si les registres étaient adéquats ou non. Toutefois, les tribunaux ont décrit une certaine perspective d'appréciation du terme « registre complet ».

Ainsi, dans le jugement *Mensah*, le juge Bowman s'exprime en ces termes :

« In the cross-examination of the CRA assessor, it was admitted by her that there was no falsification of any of the records. From the evidence that I saw

Ms. Mensah had adequate records and she based her computation of income or loss from the delicatessen business on those records²¹. »

Dans cette affaire, le tribunal avait jugé que puisque 1) la contribuable avait enregistré l'ensemble de ses dépenses et que 2) ses calculs avaient été basés sur les résultats de sa caisse enregistreuse et sur ses dépôts bancaires, elle était considérée comme avoir tenu des registres appropriés²². De plus, le juge Bowman ajoute ce qui suit :

« [...] There has been merely a bald assertion by the assessor that the records were inadequate and on this unsubstantiated basis this individual was hit with the juggernaut of a net worth. I cannot accept this in the face of the multitude of records produced by the appellant and put in evidence. There is no suggestion of any falsification of records or dissimulation by the appellant. She was open, cooperative and articulate in her dealings with the CRA. [...]

I have carefully reviewed the appellant's testimony and I am satisfied that the system that she had in place constituted an accurate means of recording and accounting for cash and credit card receipts as well as expenditures. It is worth observing that this money losing operation was kept afloat by large infusions of cash from the appellant's own personal bank account as well as loans or gift from family and friends. Some of these infusions were in the form of cash. [...]

[...] Most net worth assessments that I have seen involve cases where there are no books or records available or the record-keeping is haphazard or there are no returns filed as in Ramey. [...]»²³.

Ce qui est suggéré par l'ancien juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt est que des registres appropriés ne requièrent pas, dans tous les cas, la tenue de livres comptables traditionnels ou d'un cahier central de comptabilité. Bref, un système permettant l'identification et l'enregistrement précis des entrées et sorties de fonds, corroboré par les dépôts et sorties bancaires, peut être suffisant. D'ailleurs, et malgré la règle voulant que dans un système d'autocotisation l'ensemble des contribuables doit être en mesure de justifier et de corroborer leurs déclarations fiscales, le contribuable qui n'est pas en affaires et dont les revenus proviennent par exemple d'un emploi demeure tout de même dans une situation à part lorsque vient le temps d'exiger de ce contribuable ses registres comptables.

²¹ *Mensah*, précité, note 8, par. 7.

²² *Id.*, par. 23.

²³ *Id.*, par. 25-26.

À part la conservation des Feuilles T4 établis par son employeur, des registres comptables, du type requis par une personne en affaires, ne trouvent évidemment pas leur place dans le cas d'un contribuable employé. Néanmoins, rien n'empêche que lorsqu'un vérificateur soupçonne un contribuable d'exploiter subrepticement une entreprise, l'établissement d'un écart dans les revenus déclarés par l'application de la méthode de l'avoir net permettra également au vérificateur de conclure (alors que ce fait deviendra un fait tenu pour acquis dans l'établissement de la cotisation) à l'existence de registres inadéquats rattachés aux opérations du contribuable. Par contre, l'absence de registres ne pourra certes être invoquée comme motif à l'appui du choix initial de la méthode de vérification.

En somme, il est clair qu'au regard des dispositions appropriées de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur le ministère du Revenu*, toute entreprise a l'obligation expresse de tenir des registres appropriés. Bien que cette exigence semble de façon générale ne faire aucune distinction concernant le contribuable qui n'est pas en entreprise, l'obligation du particulier qui n'est pas en affaires doit être mise en contexte suivant les besoins de justifier les revenus qui apparaissent ou qui auraient dû apparaître dans sa déclaration fiscale. Pour le contribuable n'étant pas dans les affaires et pouvant donc justifier la non-application d'une exigence de tenue de registres comptables traditionnels, il n'en demeure pas moins que l'obligation de justifier son revenu demeure universelle et que l'incapacité de le faire de façon exacte et appropriée constitue une ouverture légitime à l'utilisation d'une méthode indirecte de vérification.

Ainsi, dans la cause *Godon c. La Reine*²⁴, le juge Tardif a jugé que tout contribuable devait conserver toutes les pièces justificatives pour justifier ses revenus :

« Lors d'une vérification fiscale, événement prévisible pour tout contribuable, toute personne doit être en mesure de justifier et d'expliquer l'exactitude de ses revenus déclarés et faire la preuve de la cohérence entre ses actifs et les revenus déclarés.

Pour faire une telle démonstration ou satisfaire à un tel fardeau de preuve, les "peut-être", les "je ne me souviens pas" et les "à peu près" ne sont pas très indiqués. Chose certaine, ce n'est pas là la façon de satisfaire à un fardeau de la preuve.

²⁴ 2007 D.T.C. 1400 (C.C.I.) (ci-après « *Godon* »).

Tout contribuable a l'obligation de conserver toutes les pièces justificatives pour ses revenus. S'il manque à cette obligation, il risque de faire face à de réelles difficultés s'il veut contredire une cotisation, aussi arbitraire soit-elle, d'ailleurs souvent établie par une méthode alternative en raison de l'impossibilité de procéder par l'approche traditionnelle.

En effet, lors d'une vérification, lorsque les chiffres disponibles soulèvent à leur simple lecture de sérieux doutes quant à leur véracité ou lorsque le contribuable n'est pas en mesure de fournir des explications cohérentes, vraisemblables et étayées par des documents appropriés, le vérificateur pourra, à ce moment, recourir à une méthode alternative, notamment la méthode de l'avoir net²⁵. »

D'autres jugements ont réitéré le même principe²⁶. La tendance jurisprudentielle récente veut donc que tout contribuable (en entreprise ou non) ait l'obligation de tenir tout registre approprié afin que le Ministère ne puisse recourir à l'application d'une vérification effectuée selon une méthode estimative de cotisation. Il serait loisible de croire que plus les activités génératrices de revenus du contribuable s'apparentent à une activité commerciale, plus la forme des registres devra s'apparenter à une tenue de livres traditionnelle.

2.4. AVOIR NET COMBINÉ

Dans le cas où un couple ou les membres d'une même famille font un partage des actifs et des ressources et engagent des dépenses qui demeurent communes dans leur nature, le fisc pourrait choisir d'effectuer une vérification combinée par avoir net (ou un avoir net combiné) et dès lors imposer tout écart réalisé à la suite de cette vérification.

L'affaire *Chenel c. SMRQ*²⁷ est considérée comme étant l'autorité justifiant le bien-fondé de l'avoir net combiné. Malgré une réticence antérieure concernant un usage généralisé de cette méthode²⁸, la Cour d'appel du Québec a justifié le caractère légal de son utilisation dans les termes suivants :

« Il est clair que la méthode de l'avoir net a traditionnellement été appliquée aux particuliers et qu'elle constitue une méthode nécessaire dans les cas où le

²⁵ *Id.*, par. 50-53.

²⁶ *Baker c. La Reine*, [2008] G.S.T.C. 32 (C.C.I.).

²⁷ [2005] CarswellQue 7487 (C.A.) (ci-après « *Chenel* »).

²⁸ *Marlene Francisco c. La Reine*, [2002] CarswellNat 2887 (C.C.I.) (ci-après « *Francisco* »).

contribuable refuse de produire une déclaration ou que sa déclaration est fort inexacte ou qu'il refuse de fournir des documents qui permettent de vérifier un rendement ou que les renseignements sont tellement embrouillés, incomplets ou vagues qu'il est impossible d'y voir clair.

Le ministère peut aussi, à mon avis, utiliser la méthode dite de l'avoir net combiné lorsqu'il y a des indices qu'un contribuable a utilisé l'unité familiale pour camoufler l'ampleur de ses revenus. Il est évident que le ministère devra faire montre de grande prudence et qu'il ne pourra consolider, aux fins de calcul, les revenus de deux époux ou conjoints de fait que lorsqu'il y a confusion manifeste des patrimoines et des passifs et dépenses²⁹. »

Toujours dans l'affaire *Chenel*, et inspiré par les propos de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Hsu c. La Reine*³⁰, la Cour d'appel du Québec rappelle les dangers de créer et de sanctionner un système d'imposition parallèle et souligne la nécessité d'encadrer les méthodes estimatives de cotisation afin d'en assurer un usage légitime :

« Les évaluations de la valeur nette sont une solution de dernier recours communément employée dans les cas où le contribuable refuse de produire une déclaration de revenus, qu'il a produit une déclaration fort inexacte ou qu'il refuse de fournir des documents qui permettraient à Revenu Canada de vérifier le rendement. [...]»³¹.

Par surcroît, la Cour d'appel du Québec cite également la Cour d'appel fédérale pour suggérer que le fardeau du contribuable en matière d'avoir net ne devienne pas pour autant déraisonnable :

« Par sa nature, une évaluation de la valeur nette est une estimation arbitraire et imprécise du revenu du contribuable. Toute iniquité perçue se rapportant à ce genre d'évaluation est réglée en reconnaissant que le contribuable est celui qui est le mieux placé pour contrôler son revenu imposable. Lorsque le fondement factuel de l'estimation du ministre est inexact, il devrait être simple pour le contribuable de corriger à la satisfaction de la Cour l'erreur que le ministre a commise³². »

Parmi la multitude d'expressions qui pourraient se qualifier à titre de mantra en droit fiscal, et en particulier dans un contexte d'avoir net, le dicton

²⁹ *Chenel*, précité, note 27, par. 37-38.

³⁰ [2001] 4 C.T.C. 1 (C.A.F.).

³¹ *Chenel*, précité, note 27, par. 29.

³² *Id.*, par. 30.

voulant que le contribuable soit dans la meilleure position pour connaître son propre revenu est parmi les plus populaires.

Toutefois, et isolément, cette expression demeure en soi un argument de taille à l'encontre des avoirs nets combinés pour lesquels le contribuable doit non seulement expliquer ses propres revenus, mais aussi ceux de son conjoint et/ou de ses parents et/ou enfants. Ajoutée à ce fardeau déjà imposant, la nécessité de récupérer une preuve documentaire concernant les années longuement prescrites et pour lesquelles la loi ne prévoit plus une obligation de conservation, et la situation pourrait s'apparenter à un « lynchage ».

À cet égard, et afin qu'il n'y ait aucune ambiguïté sur le type de fardeau que devra subir un contribuable dans de telles circonstances, la Cour d'appel du Québec a pris soin de rappeler que la méthode ne pourra être utilisée que dans des conditions de confusion manifeste.

Nous nous permettons de suggérer que la différence entre confusion et confusion manifeste serait à peu près l'équivalent de la différence entre négligence et négligence grossière. Donc, il y aurait un parallèle à faire avec l'ensemble de la jurisprudence ayant défini les conditions d'application des pénalités en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. et de l'article 104.9 de la *Loi sur les impôts*³³.

Il convient de noter que la Cour d'appel du Québec a tout de même pris soin de distinguer les assises de sa position de celles de l'affaire *Francisco*, décision qui rappelle les dangers présents et potentiels de l'usage de cette méthode et propose des paramètres précis concernant la façon dont la méthode devrait être utilisée. C'est dans ces termes que le juge Bowie exprimait sa position concernant la validité de la méthode de l'avoir net combiné :

« In my view, there is no validity to the methodology whereby a combined net worth assessment of the unreported income of two people is generated, and then some part attributed to each of them, thus requiring that they then individually disprove the amount that has been assessed against them. This is quickly demonstrated by looking at the asset section of the computation of the income by the net worth method that is Schedule "A" to the Reply to the Notice of Appeal. As an aside, I might note that that Schedule is a three-page document which, it is quite apparent, has been created by cutting and pasting parts of other documents, shrinking them on a photocopier at the same time, and making a

³³ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

photocopy which borders upon illegibility. And I might parenthetically note that it seems to me grossly unfair to produce that sort of document as the fundamental assumption underlying an allegation of undeclared income. The Deputy Attorney General of Canada has perhaps reached a new low in the quality of his pleading in this case³⁴. »

Concernant les implications de l'application de cette méthode sur deux contribuables distincts, la Cour ajoute ce qui suit :

« Clearly if the net worth calculation had been done separately for these two people, using the same numbers and allocating one-half of the living expenses to each of them, Mr. Kittar would have been found to have slightly more than \$7,414 in unreported income, and Ms. Francisco would have been found to have overreported by a small amount, because her decline in net worth exceeds the unaccounted for amount by some \$500, while Mr. Kittar had a slight increase in his net worth. To put it another way, by combining the net worth assessment process the Minister has given one-half of the benefit of Ms. Francisco's decreased net worth to Mr. Kittar. It is obvious that, quite apart from any allocation problem that might arise at the end of the process, it can never be valid to combine the assets and the liabilities of two different taxpayers for the purpose of computing an estimate of their combined incomes because the effect is to assume, quite incorrectly, that any changes in the assets and any changes in the liabilities of either one of them during the period being assessed are shared between them. Without the need for the Appellant to lead any evidence at all, it is evident that the assessment done by this method is simply not valid. In fact, Schedule "A" to the Reply to the Notice of Appeal, the net worth computation, is a self-demolishing assumption (*sic*)³⁵. »

Malgré les commentaires limpides et décisifs du juge Bowie de la Cour canadienne de l'impôt, ainsi que l'apparence d'une contradiction réelle entre le ratio de l'affaire *Francisco* et celui de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Chenel*, les décisions plus récentes de la Cour canadienne de l'impôt semblent appuyer la thèse selon laquelle l'avoir net combiné demeure approprié dans la mesure où l'écart déterminé, à la suite des combinaisons effectuées, demeure un écart cotisé dans les mains du contribuable (et/ou de son entreprise) qui demeure la ou les cibles de la vérification. Néanmoins, la Cour d'appel du Québec semble également avoir accepté le principe où les écarts déterminés par la méthode de l'avoir net peuvent être séparés entre les deux époux visés par la méthode combinée de vérification³⁶.

³⁴ *Francisco*, précité, note 28, par. 15.

³⁵ *Id.*, par. 17.

³⁶ *Antonio Capobianco c. La Reine*, 2007 QCCA 1235.

De plus, le fait qu'il existe une interchangeabilité entre différents comptes bancaires³⁷, ou que le patrimoine des conjoints s'y confonde, amènera le fisc à recourir à une méthode estimative de cotisation. Dans l'affaire *Dowling c. La Reine*³⁸, le tribunal avait conclu que le fait que le contribuable avait combiné ses finances personnelles et les finances de son entreprise dans un seul compte bancaire contribuait à conclure à la négligence de l'appelant et ce dernier était considéré ne pas avoir tenu des registres appropriés pour son entreprise.

2.5. OBLIGATION D'ÉTABLIR L'EXISTENCE D'UNE SOURCE DE REVENUS

Une certaine interprétation de la jurisprudence antérieure militait en faveur du principe voulant que dans un contexte d'une vérification par avoir net, les autorités fiscales avaient l'obligation d'établir l'existence de la source de revenus justifiant l'écart à être cotisé.

Bien que la jurisprudence invoquée pour appuyer ce principe n'ait jamais clairement évoqué qu'il s'agissait là d'une obligation universelle des autorités fiscales, il y avait certes des indications selon lesquelles cette obligation pouvait naître lorsque le Ministère avait soit le fardeau de justifier la réouverture d'années prescrites, soit de justifier l'application de pénalités pour faute lourde.

Dans l'affaire *Dowling*, la Cour canadienne de l'impôt s'exprimait ainsi sur ce point :

« The Minister has the initial onus of proving that a taxpayer made a misrepresentation in filing the tax return. It is insufficient for the Minister to refer to a net worth statement showing discrepancies between available income and reported income. The Minister must prove that this additional income was from a source that should have been included in the taxpayer's return. The onus on the Minister will be greater if the taxpayer presents plausible explanations showing a non-taxable source of this additional income³⁹. »

Plus récemment, la Cour d'appel fédérale a décidé de mettre fin à cette ligne de pensée dans l'affaire *Lacroix c. La Reine*⁴⁰; en référence aux principes de preuve en matière fiscale et en particulier quant au fardeau d'un

³⁷ *Boivin*, précité, note 19, par. 79; *Tremblay c. La Reine*, 2009 CCI 313, par. 8.

³⁸ [1996] 2 C.T.C. 2340 (C.C.I.) (ci-après « *Dowling* »), par. 12.

³⁹ *Id.*, par. 10.

⁴⁰ 2008 CAF 241; [2008] CarswellNat 2485 (C.A.F.) (ci-après « *Lacroix* »).

appelant de démolir l'exactitude des présomptions de fait sur lesquelles un avis de cotisation repose, la Cour s'exprimait dans ces termes :

« À mon avis, cette jurisprudence n'établit pas le principe selon lequel le ministre ne peut ajouter au revenu d'un contribuable le revenu non déclaré qu'il constate à la suite de l'application de la méthode de l'avoir net que s'il est en mesure d'établir la source de ce revenu. Notre système de perception d'impôt sur le revenu est fondé sur la déclaration du contribuable quant au revenu qu'il a touché au cours d'une année d'imposition. S'il arrive que le ministre doute, pour quelque raison que ce soit, de l'exactitude de la déclaration de revenus produite par le contribuable, il peut entreprendre l'enquête qui lui semble nécessaire. Il peut par la suite établir une nouvelle cotisation. Si le contribuable s'oppose à la nouvelle cotisation par voie d'avis d'appel, le ministre n'a pas à faire la preuve des faits à l'origine de la nouvelle cotisation. Il n'a qu'à étayer dans sa réponse à l'avis d'appel les faits qu'il a tenus pour acquis en établissant la nouvelle cotisation. Le contribuable, qui sait tout ce qu'il y a à savoir au sujet de ses affaires, a le fardeau de "démolir" les présomptions du ministre sinon ces présomptions sont présumées être vraies⁴¹. » (Notre soulignement)

Plus loin, et sur la question ponctuelle du fardeau, la Cour affirme ce qui suit :

« L'application de la méthode de l'avoir net ne change rien à cette méthode de preuve. Dans la mesure où le ministre présume que le revenu constaté par l'application de la méthode de l'avoir net est un revenu imposable, il revient au contribuable de démolir cette présomption. Si celui-ci présente une preuve crédible que le montant en question n'a pas le caractère de revenu, le ministre doit alors aller au-delà de ses présomptions de fait et déposer la preuve de l'existence de ce revenu⁴². »

Encore une fois, il y a lieu de rappeler l'importance de la crédibilité d'un contribuable lorsque les explications ont pour but de remplacer une preuve documentaire. Dans l'affaire *Lacroix*, la Cour d'appel fédérale défend le point de vue suivant lequel l'autorité de la Cour englobe nécessairement celle de ne pas croire ou de retenir les témoignages qui sont devant elle, et ce, en dépit du fait que ces témoignages auraient ou non été contredits par une preuve du ministre. La conséquence de ne pas retenir les explications fournies par le contribuable renferme celle de présumer que les écarts déterminés par le Ministère dans l'avoir net et tenus pour avérés suffisent pour confirmer les avis de cotisation. À ce sujet et afin qu'il n'y ait aucune ambiguïté quant à la position véhiculée à cet égard, la Cour ajoute ce qui suit :

⁴¹ *Id.*, par. 18.

⁴² *Id.*, par. 20.

« Il n'y a rien dans ce raisonnement qui impose au contribuable un fardeau inéquitable. Le contribuable a la connaissance des faits et il est en mesure d'en faire la preuve. Il serait tout à fait irréaliste d'imposer au ministre le fardeau de mettre au jour la source d'un revenu dont l'existence même ne peut être constatée qu'indirectement, c'est-à-dire par l'application de la méthode de l'avoir net⁴³. »

Pour d'autres méthodes de vérification indirecte, par exemple la méthode par dépôts bancaires, un raisonnement similaire a été appliqué⁴⁴.

Également dans un contexte de vérification par dépôts bancaires, et ce, du côté de la Cour d'appel du Québec, le tribunal avait confirmé l'importance de la crédibilité du témoignage d'un appelant concernant des explications visant à contrer les présomptions du ministre. Malgré une preuve documentaire circonstancielle et indirecte, les explications raisonnables et crédibles provenant d'un contribuable peuvent, à elles seules, renverser le fardeau de preuve qui incombe normalement au contribuable. Dans l'affaire *SMRQ c. Valentini*⁴⁵, la Cour d'appel du Québec a statué de la manière suivante concernant le fardeau de preuve requis dans un contexte de vérification par méthode estimative (l'appelant étant Revenu Québec) :

« On ne peut faire abstraction ici de la nature de la preuve contraire offerte par l'appelant. Puisque celui-ci utilise une méthode estimative – celle de l'analyse des dépôts –, le degré de preuve requis du contribuable qui conteste un avis de cotisation doit être apprécié en conséquence. Il ne peut être le même que si la cotisation était fondée sur une étude exhaustive des livres comptables, démontrant chiffres à l'appui que les déclarations du contribuable sont mensongères, ou sur l'omission de déclarer ce qui de façon patente constitue un revenu. La méthode postule en somme que tout dépôt inexplicité est un revenu imposable. Il n'est pas déraisonnable de concevoir qu'un contribuable dans la situation de l'intimé, qui paraît avoir déclaré des revenus substantiels au fisc, se trouve dans l'impossibilité de produire des pièces justificatives détaillées pour ce qui est des sommes accumulées à l'étranger dans l'exercice d'une activité commerciale interrompue depuis plusieurs années. Bien que la méthode estimative de l'appelant ne soit pas inadéquate en soi, on en voit vite les limites dans un cas comme celui-ci⁴⁶. »

⁴³ *Id.*, par. 24.

⁴⁴ *Levy c. La Reine*, 2008 CCI 273.

⁴⁵ 2007 QCCA 886.

⁴⁶ *Id.*, par. 24.

2.6. RÉOUVERTURE D'ANNÉES PRESCRITES

Dans l'affaire *Altamimi c. La Reine*⁴⁷, la Cour a considéré que le choix d'avoir eu recours à la méthode estimative ne permettait pas la réouverture d'une année prescrite. Ici, le contribuable avait de bonne foi retenu les services d'un préparateur de déclarations fiscales et ce dernier avait indiqué une mauvaise méthode de comptabilisation des revenus du contribuable. Dans sa conclusion à l'égard de la bonne foi du contribuable, le juge a pris en considération le fait que le contribuable venait d'arriver au pays à titre d'immigrant.

« Je suis convaincu que le contribuable a fait une présentation erronée du revenu qu'il a tiré de son salon de coiffure pendant les années en cause. Cependant, dans la mesure où il a agi ainsi en 2000, je ne suis pas convaincu que sa présentation erronée a été faite par négligence, inattention ou omission volontaire⁴⁸. »

Dans l'arrêt *Lacroix*, la Cour d'appel fédérale s'est posé la question de savoir si, dans le cadre de l'établissement d'une nouvelle cotisation hors de la période statutaire aux termes du sous-alinéa 152(4)a(i) L.I.R., le ministre s'était acquitté de son fardeau. La Cour a clairement établi que le ministre ne jouissait pas de la présomption de validité de sa position alors que la nouvelle cotisation a été établie en dehors de la période statutaire. Par ailleurs, en ce qui concerne les paramètres du fardeau du ministre, la Cour n'a pas effectué de distinction entre le fardeau imposé au ministre selon le sous-alinéa 152(4)a(i) et celui selon le paragraphe 163(2) L.I.R. En somme et tel qu'il a été mentionné, le fait qu'un contribuable soit non crédible dans ses explications au sujet de l'écart entre ses revenus déclarés et les revenus additionnels établis selon la méthode de l'avoir net est suffisant pour conclure que la fausse déclaration de revenus a été produite sciemment ou dans des circonstances équivalant à faute lourde entraînant ainsi l'imposition de pénalités⁴⁹. Quant à cette imposition quasi automatique de la pénalité, nous y reviendrons.

⁴⁷ [2007] CarswellNat 3904 (C.C.I.).

⁴⁸ *Id.*, par. 34.

⁴⁹ *Lacroix*, précité, note 40, par. 30.

Au Québec, dans l'affaire *Chiasson c. SMRQ*⁵⁰, également rendue dans un contexte d'avoir net, la Cour s'est exprimée comme suit relativement à la réouverture d'années prescrites selon le sous-paragraphe 1010 2)b) L.I. :

« Il faut cependant considérer avec une certaine réserve le résultat de cette démarche de détermination des revenus d'un contribuable lorsqu'il sert de base à une prétention de fausses représentations des faits par incurie ou par omission volontaire ou de fraude.

La preuve doit nécessairement démontrer une conduite répréhensible de la part du contribuable, assimilable en quelque sorte, à de la malversation. L'oubli pur et simple, un calcul erroné ou une omission involontaire ne peuvent pas donner ouverture à l'exception que constitue l'article 1010.2b) de la Loi.

[...]

La preuve offerte ne permet pas une telle conclusion à l'égard de madame Sophie Chiasson. Elle bénéficie, comme toutes les personnes qui témoignent, d'une présomption de bonne foi. Les explications qu'elle a pu fournir étaient plausibles et crédibles et on ne peut lui imputer les soupçons qu'entretenait la police de Lévis à l'égard des activités de monsieur Stéphane Bouchard du seul fait qu'elle est sa conjointe⁵¹. »

Dans une affaire récente⁵², la Cour a conclu à la prescription des nouvelles cotisations en raison du fait que le ministre n'était pas en mesure de prouver que le contribuable avait commis une omission par négligence ou par fraude dans ses déclarations de revenus. Le juge a déterminé que le vérificateur avait commis une série d'erreurs dans l'application de la méthode de l'avoir net. D'abord, il a comptabilisé l'ensemble du gain en capital résultant de la vente de la résidence principale du contribuable dans l'estimation de l'avoir net. Aussi, il a surévalué l'hypothèque que le contribuable avait remboursée à la banque à la suite de la vente de la résidence principale (ce qui présentait une différence de 103k). L'appelant et sa conjointe ont reçu des cadeaux ou prêts qui n'ont pas été pris en considération par le vérificateur et ils ont utilisé une marge de crédit. Dans ces circonstances, le juge a déterminé qu'il n'y avait pas eu négligence ou fraude du contribuable mais plutôt une mauvaise application de la méthode de l'avoir net par le vérificateur (en ayant fait passer de 163k à environ 17k le revenu non déclaré) :

⁵⁰ 2009 QCCQ 4524, par. 26, 27 et 31.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Sarwari c. La Reine*, 2009 CCI 357 (ci-après « *Sarwari* »).

« [...] Given the significant errors made in the net worth analysis and the inherent uncertainties in any net worth analysis, the evidence as presented does not, in my opinion, support a conclusion that the Appellant had made a misrepresentation that was attributable to neglect, carelessness or wilful default or had committed fraud in filing his tax return or in supplying information under the Act in relation to his 2000 taxation year. As a result the Minister did not have the right to reassess the Appellant for 2000 as provided in subsection 152(4) of the Act and this reassessment of the Appellant's 2000 taxation year is vacated⁵³. »

2.7. IMPOSITION AUTOMATIQUE DE PÉNALITÉS IMPOSÉES SUR ÉCART DÉTERMINÉ PAR AVOIR NET

Dans l'affaire *Mensah*, le juge en chef Bowman s'exprimait en ces termes pour décrire le fardeau imposé au Ministère en ce qui a trait au paragraphe 163(2) L.I.R. :

« [...] The Minister has the onus of establishing, on a balance of probabilities, that there was a false statement or omission and that it was made "knowingly, or under circumstances amounting to gross negligence". While the standard of proof is a civil and not criminal one, nonetheless the evidence adduced in support of a penalty must be scrutinized with great care⁵⁴. »

Dans l'affaire *Seto c. La Reine*⁵⁵, le juge Campbell a déterminé que l'imposition d'une pénalité pour négligence grossière requiert du Ministère une preuve plus élaborée que simplement affirmer qu'elle doit être imposée eu égard à l'existence d'une différence substantielle entre revenus déclarés et ceux déterminés par avoir net. Ainsi, dans cette affaire, le ministère du Revenu national avait plaidé le fait que la pénalité pour négligence grossière devait être imposée selon le paragraphe 163(2) L.I.R. précisément en raison de la différence substantielle entre les revenus déclarés et les revenus reconstitués par la méthode de l'avoir net. Le juge était d'avis que la jurisprudence requiert plus que cette simple affirmation pour donner ouverture à l'application du paragraphe 163(2) L.I.R.

Il importe de noter que les conclusions du juge dans l'affaire *Seto* font suite à un raisonnement identique du juge Rip (maintenant juge en chef)

⁵³ *Id.*, par. 31.

⁵⁴ *Mensah*, précité, note 8, par. 11.

⁵⁵ [2008] 2 C.T.C. 2364 (C.C.I.) (ci-après « *Seto* »), par. 30.

reproduit dans l'affaire *Wajsfeld c. La Reine*⁵⁶. Le passage du juge Rip ayant inspiré la Cour dans l'affaire *Seto* se lit comme suit :

« [...] The Minister must do more than simply rely on the failure of the taxpayer to rebut a net worth assessment and point to as high amount of unreported income to meet the burden under subsection 163(3). [...] There is no doubt that the *mens rea* or the gross negligence may be established by circumstantial evidence, as either can seldom be established by direct proof of the taxpayer's intention. However, that evidence should be clear and convincing, [...]. I am of the view that in the present case, the Minister did not adequately discharge his burden of proof in that he relied almost exclusively on the fact that the Appellant was unable to reverse the net worth assessments. In effect, subsection 163(3) requires evidence of the intent of gross negligence of the contravenor. This, in my view, should be done in a structured, clear and convincing manner⁵⁷. » (Notre soulignement)

Malgré le fait que cette position semble assez récente, elle avait jadis été clairement évoquée par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Boileau c. MRN*⁵⁸, jugement ayant été cité à maintes reprises afin de qualifier les obligations du ministre et d'éviter une imposition automatique des pénalités à la suite d'une preuve d'un écart de revenu établi par avoir net. Les passages qui trouvent toujours leur pertinence se lisent comme suit :

« Indeed, the appellant was unable to contradict the basic elements of the net worth assessments. However, in my view, this is not sufficient for discharging the burden of proof which lies on the Minister. To decide otherwise would be to remove any purpose to subsection 163(3) by reverting the Minister's burden of proof back onto the appellant.

There is no doubt that the *mens rea* or the gross negligence may be established by circumstantial evidence, as either can seldom be established by direct proof of the taxpayer's intention. However, that evidence should be clear and convincing, for example: the course of conduct of the taxpayer, what it is that ought to have been done that was not done, what led the respondent to assess the penalty, discussions that took place with the taxpayer in respect of the assessment of the penalties and other matters pertinent to the decision leading to the assessment of the penalty under subsection 163(2).

I am of the view that in the present case, the respondent did not adequately discharge his burden of proof in that he relied almost exclusively on the fact that the appellant was unable to reverse the net worth assessments. In effect,

⁵⁶ [2005] 4 C.T.C. 2341 (C.C.I.) (ci-après « *Wajsfeld* »).

⁵⁷ *Id.*, par. 56.

⁵⁸ [1989] 2 C.T.C. 2001 (C.C.I.); 89 D.T.C. 247 (C.C.I.).

subsection 163(3) requires evidence of their intent or gross negligence of the contravenor. This, in my view, should be done in a structured, clear and convincing manner. I do not find that the evidence was adequate in this respect and therefore, the penalties cannot be maintained⁵⁹. »

En dépit de la logique et de la clarté des citations précédentes visant à préciser le fardeau du ministre quant aux pénalités, d'autres citations, celles-ci provenant de la Cour d'appel fédérale, pourraient, en effet, venir embrumer cette clarté.

Dans l'affaire *Lacroix*, les propos du juge Pelletier en sont un bel exemple :

« Dans la mesure où la Cour canadienne de l'impôt est persuadée que le contribuable touche un revenu qu'il n'a pas déclaré et que l'explication offerte par le contribuable pour l'écart constaté entre son revenu déclaré et l'accroissement de son actif est non crédible, le Ministre s'est acquitté du fardeau de preuve qui lui incombe aux termes du sous-alinéa 152(4)(a)(i) et du paragraphe 162(3)⁶⁰. »

L'arrêt *Lacroix* a eu un effet quasi immédiat sur l'analyse de l'imposition de pénalités dans plusieurs jugements⁶¹ de la Cour canadienne de l'impôt.

À la lumière de la contradiction apparente des jugements évoquant les règles de l'imposition de pénalités dans un contexte d'avoir net, se pourrait-il qu'un contribuable, qui croit avoir des explications plausibles concernant l'écart déterminé par avoir net, serait avantagé en déployant une stratégie par laquelle il évite d'apporter ses commentaires?

En rappelant les propos de l'actuel juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt alors qu'il évoquait dans l'affaire *Wajsfeld* que la Couronne doit démontrer l'intention frauduleuse de l'appelant de façon structurée, claire et convaincante, il nous semble que ce type de preuve demeure quasi absent chaque fois que le Ministère présente le calcul des écarts par avoir net mais n'a que des soupçons quant à l'origine et la nature des revenus additionnels présumés.

⁵⁹ *Id.*, par. 9.

⁶⁰ *Lacroix*, précité, note 40, par. 32.

⁶¹ *Deschênes c. La Reine*, 2009 D.T.C. 62 (C.C.I.) (ci-après « *Deschênes* »), par. 40; *Sturzer c. La Reine*, 2009 D.T.C. 240 (C.C.I.), par. 21; *Corriveau c. La Reine*, 2009 CCI 33; *Nichols c. La Reine*, 2009 CCI 334.

Chose certaine, le traitement des pénalités en matière d'avoir net continuera vraisemblablement à recevoir une application variée de la part des tribunaux, application qui demeurera largement à la discrétion du juge des faits.

Il faut cependant noter que la tendance des tribunaux à la suite de l'affaire *Lacroix*, et ce, malgré les commentaires ponctuels retrouvés dans cet arrêt, continue à faire valoir le principe selon lequel l'imposition d'une pénalité requiert toujours une preuve de *mens rea* ou d'intention coupable.

Dans l'affaire *Sarwari*, la Cour avait considéré, à la lumière du témoignage de l'appelant, que le Ministère n'avait pas réussi à prouver la *mens rea* ou l'intention coupable du contribuable. De fait, la Cour avait accepté le témoignage de l'appelant selon lequel il croyait de bonne foi pouvoir retirer des fonds qui appartenaient à sa compagnie et dont il était le seul actionnaire.

Dans l'arrêt *Williston c. La Reine*⁶², l'appelante avait déposé dans ses comptes bancaires des sommes beaucoup plus importantes que le revenu d'entreprise brut qu'elle avait déclaré. Le vérificateur avait alors utilisé la méthode de dépôt bancaire pour justifier sa cotisation visant les années 2000 à 2002. Le juge McArthur a cru partiellement l'appelante mais a déterminé arbitrairement qu'une partie des revenus non déclarés provenait de sommes non imposables (puisque ces sommes proviennent du conjoint comme des fonds empruntés). Le juge a conclu que les pénalités pour faute lourde devraient être supprimées puisque l'appelante était foncièrement honnête, et ce, en dépit du fait qu'elle ait manqué de jugement. Il a conclu qu'elle n'a pas intentionnellement cherché à enfreindre la loi. Le contribuable en a appelé de cette décision, mais la Cour d'appel fédérale a conclu que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits et a confirmé l'annulation des pénalités pour faute lourde.

Toujours dans un contexte de dépôts bancaires, dans l'affaire *Côté c. La Reine*⁶³, le tribunal a jugé que le fisc n'a pas réussi à satisfaire à son fardeau de prouver la négligence ou faute lourde de l'appelant puisque la méthode utilisée par le fisc pour compléter le calcul de l'avoir net était très imprécise. Le vérificateur avait présumé sans justification appropriée que tous les retraits du compte de l'appelant étaient des dépenses personnelles

⁶² [2009] 1 C.T.C. 132 (C.A.F.), par. 5.

⁶³ 2009 CCI 34, par. 21.

alors que tel n'était pas le cas. En réalité, l'appelant a hébergé des bénéficiaires d'assistance sociale et que les sommes auraient servi, entre autres, à payer les frais de ces bénéficiaires. Au départ, ces sommes avaient été déposées dans leurs comptes bancaires et les retraits visaient un remboursement des prestataires quant au solde restant, déduction faite des frais d'hébergement. Aucune pénalité n'a été imposée à l'appelant.

Dans l'affaire *Omer c. La Reine*⁶⁴, une pénalité en vertu du paragraphe 163(2) L.I.R. n'a pas été imposée puisque le revenu non déclaré à la suite d'une cotisation par avoir net ne correspondait qu'à 4 % des revenus révisés.

Dans d'autres dossiers⁶⁵, il a été jugé que l'ampleur de la disparité entre les revenus déclarés et ceux estimés par les autorités fiscales ne peut constituer en soi une simple omission, erreur ou une distraction.

Généralement, un contribuable démontrant une indifférence relativement à ses obligations fiscales permettrait au fisc de justifier l'imposition des pénalités pour faute lourde⁶⁶. Toutefois, dans l'affaire *Gélinas c. La Reine*⁶⁷, le juge a déterminé que la notion de la faute lourde doit être interprétée comme un cas de négligence plus grave qu'un simple défaut de prudence raisonnable. Il doit y avoir un degré important de négligence qui corresponde à une action délibérée, soit une indifférence réelle quant au respect de la loi (référence y est faite à l'affaire *Venne c. La Reine*⁶⁸).

Dans l'affaire *Milkowski*, le tribunal a souligné le fait qu'un revenu qui avait été déclaré en moins ne permettait pas nécessairement de conclure que le contribuable avait commis une faute lourde donnant ouverture au paragraphe 163(2) L.I.R. :

« En ce qui concerne l'importance du revenu déclaré en moins, il n'existe aucune mesure stricte, mais je conclus qu'un revenu déclaré en moins d'environ 10 000 \$, compte tenu des nombreux points litigieux possibles et de l'fourchette des estimations possibles, n'est pas important au point d'établir d'une façon

⁶⁴ 2009 D.T.C. 625 (C.C.I.) (ci-après « *Omer* »).

⁶⁵ *Boivin*, précité, note 19.

⁶⁶ *Sabbah c. La Reine*, [2008] 3 C.T.C. 2228 (C.C.I.), par. 7.

⁶⁷ 2009 CCI 136.

⁶⁸ [1984] C.T.C. 223 (C.C.I.).

certaine que M. Milkowski savait ou aurait dû savoir qu'il sous-déclarait son revenu⁶⁹. »

À titre de rappel informatif, il est utile de noter que différents facteurs ont été pris en considération par nos tribunaux afin de faire droit aux pénalités imposées par le ministre. En voici quelques exemples :

- l'éducation d'un contribuable⁷⁰;
- l'absence de système de contrôle interne⁷¹;
- l'absence totale de toute comptabilité et des pièces justificatives⁷²;
- une déclaration fausse et mensongère dans le but simplement d'obtenir du financement⁷³;
- l'incompréhension des registres comptables⁷⁴;
- une négligence de production des déclarations de revenus⁷⁵ ou déclarations de taxes⁷⁶;
- le manque de collaboration à une enquête⁷⁷;

⁶⁹ *Milkowski*, précité, note 11, par. 21.

⁷⁰ *Bergeron c. La Reine*, 2008 D.T.C. 2188 (C.C.I.) (ci-après « *Bergeron* »); *Déry c. SMRQ*, 2008 QCCQ 7453 (ci-après « *Déry* »).

⁷¹ *Bergeron*, précité, note 70; *Thomassin c. La Reine*, 2008 D.T.C. 2168 (C.C.I.) (ci-après « *Thomassin* »); *Grein c. La Reine*, [2009] 3 C.T.C. 2229 (C.C.I.) (ci-après « *Grein* »).

⁷² *Thomassin*, précité, note 71.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Deschênes*, précité, note 61, par. 34.

⁷⁵ *Campbell c. La Reine*, [2008] 5 C.T.C. 2145 (C.C.I.); *Beaudoin*, précité, note 16, par. 18.

⁷⁶ *Herroug c. La Reine*, [2008] G.S.T.C. 51 (C.C.I.).

⁷⁷ *Black c. La Reine*, [2008] 3 C.T.C. 2016 (C.C.I.) (ci-après « *Black* »); *Déry*, précité, note 70, par. 51.

- le contribuable a omis de faire appel à un comptable ou à un teneur de livres pour enregistrer et déclarer son revenu⁷⁸;
- le contribuable a déferé les responsabilités pour remplir les obligations comptables et fiscales de l'entreprise à son associé (soit par ignorance, par naïveté ou par indifférence)⁷⁹; et
- lorsque les transactions liées aux activités d'une entreprise se font au comptant⁸⁰.

Sommairement, ce que nous devons retenir de la jurisprudence en matière d'imposition de pénalités est que la négligence grossière requise pour l'imposition d'une pénalité doit être rattachée aux revenus non déclarés et non pas à une incapacité du contribuable de soumettre une preuve probante pour se défendre. Il serait dans l'intérêt d'une application uniforme de la loi de s'assurer de distinguer entre l'incapacité pour un contribuable d'expliquer des écarts établis *versus* une incapacité pour un contribuable de prouver ce qu'il allègue ou tente d'expliquer.

3. COMMENTAIRES ADDITIONNELS SUR LA PRÉSUMPTION DE VALIDITÉ D'UNE COTISATION FONDÉE SUR UNE MÉTHODE ESTIMATIVE

Il est clair qu'au regard de la jurisprudence récente, le renversement de la présomption de validité d'une cotisation fondée sur une méthode estimative dépend d'une série de facteurs. Vous trouverez ci-dessous une énumération non exhaustive de ceux-ci.

Le paragraphe 152(8) L.I.R. est une source de confirmation du principe de présomption de validité d'une cotisation qu'elle soit basée ou non sur une méthode estimative. Ainsi, il a été établi, et confirmé dans la jurisprudence, que cette présomption de validité impose initialement à l'appelant le fardeau de réfuter les faits présumés par le ministre dans sa justification d'une cotisation par avoir net. Dans ce contexte, il existe des éléments déterminables tels que la crédibilité du contribuable et l'existence d'une

⁷⁸ *Alsamman c. La Reine*, 2007 D.T.C. 1490 (C.C.I.), par. 25, dans un contexte de dépôts bancaires.

⁷⁹ *Boualleg c. La Reine*, 2008 D.T.C. 3997 (C.C.I.), par. 55.

⁸⁰ *Wang*, précité, note 14, par. 118.

preuve documentaire qui sont au centre de toute approche visant à contester ce type de cotisation.

3.1. CRÉDIBILITÉ DE L'APPELANT(E)

En considérant que les systèmes fiscaux canadien et québécois sont fondés sur le principe de l'autocotisation, le témoignage du contribuable est essentiel, compte tenu de sa connaissance présumée des faits et des circonstances, dans la contestation d'une cotisation fiscale. Dans une affaire récente et relativement bien médiatisée en raison de l'identité des témoins et des révélations de faits personnels retrouvés normalement dans les revues à potins, la Cour confirme ce sur quoi la contestation va reposer :

« La crédibilité de l'appelante ainsi que la suffisance de la preuve à l'encontre des calculs de l'avoir net joue un rôle primordial. Le sort de l'appel dépendra entièrement de ces deux facteurs⁸¹. »

À toutes fins utiles, le témoignage du contribuable doit être clair, non équivoque, et surtout non contradictoire⁸². En ce qui a trait à ce dernier facteur, le juge Beaubier, dans l'affaire *Prymych*⁸³, a déterminé que l'appelant souffrait d'un manque de crédibilité compte tenu de ses réponses contradictoires et ambiguës, et ce, malgré le fait que son témoignage ait été corroboré par un tiers.

Dans l'affaire *Black*⁸⁴, le juge Rossiter a procédé à l'exercice d'énumérer une série de facteurs afin d'évaluer la crédibilité d'une contribuable :

« Credibility is an issue in this particular case, as it is in most net worth cases. The Federal Court of Appeal has confirmed in the 2006 case of *Berube c. Her Majesty the Queen*, [2006] DTC 6354, that a Tax Court judge is correct in assessing the taxpayer's credibility when the latter introduced his or her own facts in an attempt to prove that the Minister erred in the assessment.

In assessing the credibility of the Appellant, I look to a variety of factors.

⁸¹ *Landry c. La Reine*, 2009 CCI 300, par. 47.

⁸² *Prymych c. MRN*, [2007] 3 C.T.C. 2221 (C.C.I.) (ci-après « *Prymych* »); *Godon*, précité, note 24.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ Précité, note 77, par. 23-24; aussi voir *Bérubé c. La Reine*, 2006 D.T.C. 6354 (C.A.F.).

Number one (1), his demeanour and presentation on the witness stand.

Number two (2), the sureness with which he presents his evidence.

Number three (3), his organization and preparation of his case and evidence, recognizing the fact that he was without legal counsel.

Number four (4), whether there is corroboration, either in *viva voce* evidence or documentary evidence, to substantiate his evidence.

Number five (5), any conflicts in this evidence or other information before the Court.

Number six (6), any contradictions that there may be in his evidence.

Number seven (7), how the Appellant stands up to and responds to cross-examination.

Number eight (8), whether his story has a ring of truth or a ring of untruth.

Number nine (9), whether the best evidence available has been produced and if not, why.

Number ten (10), the reasonableness and the practicality of the explanation offered by the Appellant in relation to his course of conduct, and finally how important facts come out. Do they come out through cross-examination only or by the Appellant's own volition?

These factors plus others are things which the judge looks to in assessing the credibility of a witness⁸⁵. »

Dans le même ordre d'idées, le juge en chef Bowman, dans l'affaire *Mensah*, s'exprime en ces termes au sujet de la crédibilité du contribuable :

« Troisièmement, l'appelante m'a paru être un témoin très crédible et honnête. La crédibilité de l'appelante n'a pas été attaquée durant son contre-interrogatoire ou durant les plaidoiries. (Voir *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.), aux pages 70 et 71.) Je n'hésite aucunement à prêter foi à son témoignage selon lequel elle a consigné et déclaré les revenus et les pertes résultant de l'entreprise de façon soigneuse et minutieuse⁸⁶. »

⁸⁵ *Black*, précité, note 77, par. 23-24.

⁸⁶ *Mensah*, précité, note 8, par. 4.

3.2. PREUVE DOCUMENTAIRE

La corroboration du témoignage d'un contribuable par des preuves documentaires demeure souhaitable et parfois nécessaire pour renverser la présomption de validité d'une cotisation basée sur une méthode estimative.

D'ailleurs, il existe sur ce point deux tendances en matière jurisprudentielle.

La première tendance veut qu'une preuve documentaire doive soutenir les affirmations d'un contribuable, et ce, nonobstant la crédibilité de ce dernier⁸⁷. À titre d'exemple, le jugement *Molenaar c. SMRQ*⁸⁸ avait rejeté la prétention du contribuable selon laquelle l'écart observé à la suite d'une vérification par la méthode de l'avoir net s'expliquait par l'accumulation par le contribuable d'un patrimoine en argent comptant provenant de son emploi en Alberta dans les années 1970. Le juge a rejeté la prétention de l'appelant puisque aucune preuve documentaire ne soutenait une telle prétention. Sur cette base, la Cour a confirmé la cotisation en présumant que les sommes provenaient de revenus non déclarés découlant de ses entreprises personnelles de chenil et de production de cannabis.

Il convient de noter que dans le cadre des litiges où un contribuable a été impliqué directement ou indirectement dans des activités criminelles, le juge Grenier de la Cour du Québec, dans l'affaire *Boivin*, a considéré que le témoignage de la requérante tout comme celui de son conjoint étaient sujets à caution.

Cependant, cette perspective (présomption d'absence de crédibilité rattachée aux activités personnelles du contribuable) ne fait pas toujours l'unanimité. Ainsi, dans l'affaire *Serwatkewich c. La Reine*⁸⁹, le juge Little a accepté le témoignage d'un contribuable qui était soupçonné de produire de la marijuana entre 2001 et 2003. Des cotisations fondées sur la méthode de l'avoir net avaient été établies par suite d'une perquisition par la Gendarmerie royale du Canada. Le contribuable prétendait que la production de drogue n'avait pas pour but d'exploiter une entreprise mais plutôt de

⁸⁷ *Wang*, précité, note 14, par. 120; *Rayner's Auto Sales c. La Reine*, [2008] G.S.T.C. 157 (C.C.I.) (ci-après « *Rayner's Auto Sales* »), par. 18; *Déry*, précité, note 70; *Grein*, précité, note 71; *Blais c. SMRQ*, 2007 QCCQ 11131, par. 15.

⁸⁸ 2007 QCCQ 2503.

⁸⁹ [2009] 3 C.T.C. 2355 (C.C.I.).

pourvoir à ses propres besoins, soit à des fins médicales compte tenu des douleurs chroniques découlant de sa maladie. Le juge a accepté en totalité le témoignage de l'appelante, a accueilli l'appel et a ordonné au ministre de réduire la valeur nette de l'appelante en considérant que l'appelante n'avait pas exploité une entreprise de production et de vente de marijuana.

L'autre tendance consiste d'abord à évaluer la crédibilité du contribuable et accepter son témoignage pour invalider certaines évaluations arbitraires découlant des méthodes estimatives de cotisation. Ainsi, dans l'affaire *Mensah*, la Cour a déterminé que la contribuable avait établi une forte crédibilité notamment par son souci d'avoir soigneusement enregistré ses revenus et dépenses dans les livres comptables de son entreprise personnelle :

« The third point is that the appellant impressed me as a highly credible and honest witness. Her credibility was at no time impugned in cross-examination or argument (see *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67 (U.K. H.L.), at 70-71.) I have no hesitation in accepting her testimony that she conscientiously and carefully recorded the revenues and expenses from the business and reported them⁹⁰. »

Aussi et plus récemment dans le jugement *Said c. La Reine*⁹¹, la Cour a accepté, seul, le témoignage de l'appelant afin d'apporter des redressements aux évaluations des dépenses personnelles établies par Statistique Canada.

Dans l'affaire *Beavies c. La Reine*⁹², le tribunal a rejeté la présomption du ministre sur le train de vie moyen d'un célibataire selon des données fournies par Statistique Canada. En effet, le juge, sur la seule base des témoignages de l'appelant et de sa conjointe (sans la présentation de preuve documentaire) et malgré le fait qu'il s'agissait d'un contribuable ayant fait l'objet de condamnation pour trafic de stupéfiants, a redressé les dépenses personnelles estimatives par le ministre dans le cadre d'une vérification par avoir net. À cet effet, le juge Webb s'exprimait comme suit :

« Je n'accepte pas la prétention selon laquelle l'appelant n'avait pas de revenu ni d'argent au cours de l'une quelconque des années visées par l'appel. Une grande quantité d'argent a été saisie à l'aéroport de Toronto, sans qu'aucune explication ne soit donnée au sujet de sa provenance, et les déclarations de culpabilité pour trafic de cocaïne indiquent que l'appelant vendait des drogues et qu'il avait donc une source de revenu. [...]

⁹⁰ *Mensah*, précité, note 8, par. 4.

⁹¹ [2007] 3 C.T.C. 2683 (C.C.I.).

⁹² 2008 D.T.C. 2773 (C.C.I.).

En préparant la cotisation de valeur nette, l'Agence du revenu du Canada a reconnu que ce ne sont pas tous les montants pour lesquels Statistique Canada a établi des moyennes qui s'appliquent à l'appelant. Il me semble donc qu'il faudrait effectuer un rajustement pour les articles qui sont basés sur les montants moyens fixés par Statistique Canada et à l'égard desquels l'appelant a fourni au moins une preuve *prima facie* montrant que ces articles ne s'appliquaient pas à lui, étant donné que les montants utilisés par l'intimée sont basés sur des hypothèses fondées sur les moyennes de Statistique Canada en ce qui concerne les montants qu'un célibataire dépense pour divers articles⁹³. »

Ce même type de raisonnement a été repris dans l'affaire *Omer*⁹⁴, où le tribunal, pour la totalité des dépenses personnelles de l'appelant, a accepté le simple témoignage de ce dernier sans autre preuve corroborante pour contester les données de Statistique Canada et donc de diminuer l'écart résultant de la vérification de l'avoir net (mis à part les dépenses qui nécessitaient le témoignage de la femme de l'appelant qui, elle, n'a pas voulu témoigner).

Dans l'affaire *Cheema Cleaning Services Ltd. c. La Reine*⁹⁵, la Cour a accepté seul le témoignage de l'actionnaire de l'appelante qui, pour l'essentiel, évoquait l'existence de remboursements de prêts (principalement en argent comptant).

Au Québec, dans un contexte de vérification par dépôts bancaires⁹⁶, le juge Côté a énoncé que la présomption de validité d'une cotisation entraîne l'obligation pour le contribuable d'établir par prépondérance de preuve que la cotisation est mal fondée. Dans certaines circonstances toutefois, le juge rappelle les commentaires de la Cour d'appel du Québec en affirmant que le seul témoignage du contribuable pourra permettre au tribunal de conclure qu'il s'est déchargé de ce fardeau⁹⁷.

De plus, dans l'affaire *Wang*⁹⁸, le tribunal a déterminé que compte tenu de l'inexistence d'un train de vie du contribuable semblable à celui de la classe moyenne, les renseignements de Statistique Canada ne sont pas fiables

⁹³ *Id.*, par. 27-28.

⁹⁴ Précité, note 64.

⁹⁵ 2009 CCI 145.

⁹⁶ *Tran c. SMRQ*, 2008 QCCQ 2028.

⁹⁷ *St-Georges c. Québec*, 2007 QCCA 1442.

⁹⁸ Précité, note 14.

et doivent être utilisés avec circonspection. Ainsi, après une révision détaillée des éléments de la valeur nette, le juge a rajusté plusieurs éléments de dépenses personnelles tels que le loyer, les cartes de crédit, l'entretien et la réparation, l'assurance, l'eau, l'automobile, etc., puisque bon nombre de dépenses furent acquittées par la conjointe de l'appelant. Et ce, même si cette dernière n'avait pas, selon les statistiques, un revenu suffisamment élevé pour combler les besoins de son conjoint et de son fils.

Plusieurs décisions ont été rendues dans un contexte où les contribuables ont tenté de contredire une preuve documentaire, et ce, même si la contradiction était corroborée par plus d'un seul témoignage. Ainsi, dans l'affaire *Poulin c. La Reine*⁹⁹, les états financiers d'une compagnie appelante montraient clairement que des sommes avaient été avancées par les actionnaires. Ces avances sont demeurées sans explication quant à leur provenance et leur source. Le Ministère avait présumé qu'il s'agissait de sommes provenant de revenus non déclarés par le contribuable. Le cabinet comptable ayant préparé les états financiers n'avait pas témoigné à l'instance. Le juge Angers a jugé qu'il s'agissait *prima facie* d'hypothèses de faits valables pour l'Agence du revenu du Canada dans l'établissement d'une cotisation « avoir net » et compte tenu de la présomption de validité de la cotisation, elle était donc maintenue.

Il faut également noter l'affaire *Deschênes*¹⁰⁰ dans laquelle la Cour a soutenu que le contribuable n'avait pas employé la meilleure méthode pour attaquer une cotisation de valeur nette en soumettant une preuve estimative de ses revenus pour les années pertinentes. Tout comme l'absence de factures, l'in vraisemblance du fait que l'appelant aurait gardé chez lui des sommes importantes de capital pourrait entraîner pour l'appelant une absence de crédibilité¹⁰¹.

Finalement, en ce qui a trait à la corroboration de la position du fisc, il a été jugé que l'absence du témoignage du vérificateur est un élément qui favorise la position du contribuable¹⁰². La Cour a déterminé que, puisque l'appelante n'a pas tenu de registres convenables et n'a pas conservé de pièces justificatives relativement aux crédits de taxe sur intrants réclamés, elle ne pourra se défaire de toute responsabilité. Cependant, vu le

⁹⁹ 2007 D.T.C. 451 (C.C.I.).

¹⁰⁰ *Deschênes*, précité, note 61, par. 35 et suiv.

¹⁰¹ *Rayner's Auto Sales*, précité, note 87.

¹⁰² *Canada Bangladesh Ltd. c. La Reine*, [2009] G.T.C. 933 (C.C.I.), par. 20.

non-témoignage du vérificateur pour expliquer la mécanique de l'établissement de sa cotisation, les appels ont été accueillis en partie par un rajustement arbitraire à 50 %.

CONCLUSION

L'impôt est à l'origine un contrat social dont l'actuel système est fondé sur le principe de l'autocotisation. Ce principe veut nécessairement dire que le contribuable est la meilleure personne pour justifier et expliquer les circonstances et les faits à l'origine de son revenu. Toutefois, l'usage de méthodes estimatives de cotisation et leur évolution continue (par exemple, l'avoir net combiné) requièrent une réflexion constante sur les limites du pouvoir et des obligations de l'État.

Hormis la validité confirmée de ces méthodes de cotisation, elles ne devraient pas être utilisées et/ou sanctionnées dans des circonstances où le contribuable moyen, agissant de bonne foi, ne serait pas en mesure de contrer des présomptions non étayées mais bénéficiant d'une présomption de validité légale. Il nous semble que le contribuable, dont la mauvaise foi, l'indifférence ou la confusion manifeste dans ses avoirs n'a pas été raisonnablement appuyée par l'information détenue et invoquée par le fisc ne devrait pas être exposé au rouleau compresseur d'une vérification par méthode indirecte.

Au surplus et dans les cas où il existe des motifs appropriés justifiant le choix de procéder par méthode estimative de cotisation, l'obligation de justifier cet écart (et les conséquences de ne pas être en mesure de le faire) devrait nécessairement être pondérée différemment du contexte où cet écart aurait été établi par une preuve directe.

À partir du moment où le consensus demeure selon lequel les résultats d'une vérification par avoir net sont essentiellement arbitraires et imprécis, le niveau de négligence (en justification d'une réouverture d'année prescrite et de l'imposition d'une pénalité) devant faire l'objet d'une preuve par le fisc doit être plus élevé que dans un contexte où des revenus non déclarés ont fait l'objet d'une preuve directe. En d'autres termes, la négligence flagrante (relativement à la pénalité) du contribuable ne peut, sous aucune condition, être confirmée uniquement en fonction d'une absence de preuve corroborative aux explications du contribuable.

Le fait pour une cour de ne pas retenir le témoignage d'un contribuable n'aura pas les mêmes conséquences que si ce même tribunal arrive à la

conclusion que le témoignage du contribuable lui paraît carrément mensonger.

Finalement, et malgré le consensus indéniable parmi l'ensemble des tribunaux sur le fait que les méthodes indirectes et en particulier celle de l'avoir net ne devraient être utilisées qu'en dernier recours, puisque les conséquences de ne pas utiliser cette méthode uniquement en dernier recours demeurent pratiquement inexistantes, ces affirmations continueront d'avoir l'impact d'un souhait ou d'une suggestion plutôt que celui d'une réelle exigence légale.

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE RÉCENTE



Jean Groleau
 Associé, avocat
 Fraser Milner Casgrain
 s.e.n.c.r.l.



Jacques Plante
 Avocat, LL.M. fisc.
 Fraser Milner Casgrain
 s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1. RECouvreMENT 44:3

1.1. ARRÊT *YATES C. LA REINE* 44:3

1.2. ARRÊT *ROSE C. LA REINE* 44:4

1.3. ARRÊT *LA REINE C. AUJLA*..... 44:5

1.4. AFFAIRE *GERPRO CONSTRUCTION INC. C. QUÉBEC (MINISTÈRE DU REVENU)*..... 44:7

2. TAXES À LA CONSOMMATION 44:9

2.1. ARRÊT *TELUS COMMUNICATIONS (EDMONTON) INC. C. LA REINE*..... 44:9

2.2. AFFAIRE *CAMION DM INC. C. LA REINE* 44:10

2.3. ARRÊT *CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE L'EST DE DRUMMOND C. CANADA*..... 44:10

2.4. ARRÊT *UNITED PARCEL SERVICE DU CANADA LTÉE C. LA REINE*..... 44:12

2.5. ARRÊT *AMIANTE SPEC INC. C. LA REINE*..... 44:14

3.	PÉNAL	44:14
3.1.	AFFAIRE <i>LA REINE C. DI GIUSEPPE</i>	44:14
3.2.	AFFAIRE <i>LA REINE C. TIFFIN</i>	44:16
4.	PÉNALITÉ	44:17
4.1.	AFFAIRE <i>O'DEA C. LA REINE</i>	44:17
4.2.	AFFAIRE <i>OUNPUU C. LA REINE</i>	44:18

1. RECOUVREMENT

1.1. ARRÊT YATES C. LA REINE¹

M. Yates avait une dette fiscale qui excédait 485 000 \$ lors de la période pertinente à ce litige. Le 23 décembre 2002, il a cédé sa participation relativement à deux comptes bancaires conjoints qu'il détenait avec sa conjointe au bénéfice de cette dernière. Cette participation, à la date du transfert, s'élevait à 7 378,75 \$. De plus, à compter du 23 décembre 2002, M. Yates déposait la totalité de sa paye dans un compte bancaire détenu uniquement par sa conjointe. Le total des sommes déposées dans ce compte s'élève à 54 406,20 \$. L'argent déposé dans ce compte a été utilisé par M. et M^{me} Yates afin de payer des dépenses liées à la résidence principale. Les dépenses liées à la résidence, entre le 23 décembre 2002 et le 31 octobre 2003, sont évaluées à 151 248,08 \$.

Le 16 février 2004, M. Yates a déclaré faillite. Le 12 septembre 2004, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a émis un avis de cotisation de 61 784,95 \$ à l'encontre de M^{me} Yates en vertu du paragraphe 160(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*². En première instance, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que les dépenses liées à la résidence principale n'étaient pas des dépenses essentielles et que celles-ci étaient bien au-delà des dépenses relatives aux obligations légales familiales de M. Yates.

La Cour d'appel fédérale devait donc déterminer si un transfert, au sens de l'article 160 L.I.R., avait eu lieu entre M. Yates et sa conjointe et, le cas échéant, si une contrepartie égale à la juste valeur marchande des biens transférés avait été consentie à M. Yates.

Dans un premier temps, la Cour a indiqué que bien que l'article 160 L.I.R. soit une mesure draconienne, elle devait être interprétée en vertu du texte législatif existant. La Cour a fait ce commentaire afin de mettre un terme à un courant jurisprudentiel où les juges soustrayaient de l'assujettissement de l'article 160 L.I.R. les montants payés à un conjoint en raison de l'obligation légale liée au soutien de la famille. En l'espèce, M. Yates argumentait sur le fait que les couples étaient désavantagés par rapport aux couples divorcés puisque le paragraphe 160(4) L.I.R. prévoit que

¹ [2009] 3 C.T.C. 183 (C.A.F.).

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

les biens transférés en vertu d'une ordonnance d'un jugement d'un tribunal compétent dans le cadre d'une séparation ne sont pas assujettis au paragraphe 160(1) L.I.R. La Cour a déclaré qu'en vertu de l'arrêt *Addison & Leyen Ltd. c. Canada*³, les tribunaux se doivent d'interpréter l'article 160 L.I.R. de façon stricte. En effet, la Cour a indiqué que si le Parlement voulait accorder un tel traitement aux couples mariés, il pouvait le faire, mais la Cour ne peut se substituer au Parlement et son unique rôle est d'interpréter la loi telle qu'elle est rédigée. Le juge Nadon a précisé que l'article 160 L.I.R. ne prévoyait aucune exception relativement aux dépenses liées à une résidence principale ou aux obligations légales familiales et que même si le juge de première instance était arrivé au bon résultat, les motifs au soutien de cette conclusion étaient erronés. La Cour a conclu qu'aucune contrepartie n'a été octroyée à M. Yates et a donc rejeté l'appel.

1.2. ARRÊT ROSE C. LA REINE⁴

M. et M^{me} Rose sont copropriétaires de la résidence familiale depuis 23 ans. En 2004, M. Rose a retiré son nom à titre de copropriétaire en raison d'un litige éventuel avec un de ses créanciers. À ce moment, M. Rose avait une dette fiscale envers l'ARC. La question à laquelle la Cour devait répondre est la suivante : le fait de retirer son nom à titre de copropriétaire de la résidence familiale constituait-il un transfert au sens de l'article 160 L.I.R.?

En première instance, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que M. Rose avait seulement l'intention de transférer le titre légal à son épouse, qu'il demeurait le véritable propriétaire de sa moitié et, conséquemment, qu'il n'y avait jamais eu de transfert au sens de l'article 160 L.I.R. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel puisqu'elle a déterminé que le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait commis une erreur manifeste et dominante dans l'interprétation des faits qui avaient été mis en preuve lors du procès.

Selon la Cour d'appel fédérale, la preuve démontre que M. Rose a transféré son intérêt dans la résidence principale afin de protéger cette dernière contre une éventuelle poursuite à son endroit. Or, pour ce faire, il devait transférer son intérêt complet afin de protéger véritablement la résidence à l'encontre de ses créanciers. La juge de première instance ne

³ 2007 CSC 33.

⁴ [2009] 3 C.T.C. 236 (C.A.F.).

pouvait conclure que ce transfert ne pouvait être que partiel à l'encontre de certains créanciers et complet à l'encontre d'autres créanciers.

1.3. ARRÊT LA REINE C. AUJLA⁵

Il s'agit d'un appel interjeté par les autorités fiscales à l'encontre d'une décision du juge Bowie de la Cour canadienne de l'impôt qui a accueilli les appels interjetés par MM. Amarjit et Harjinder Aujla relativement à leurs responsabilités d'administrateurs en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*⁶. Le 20 mars 1998, l'ARC a émis un avis de cotisation à l'encontre de la société Aujla Construction Ltd. relativement à la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS »). Le 5 mars 1999, cette société a été dissoute en vertu de l'article 257 de la *Loi sur les sociétés* de la Colombie-Britannique⁷ en raison de son défaut de produire ses rapports annuels.

Or, le 20 février 2003, l'ARC a fait une demande en vertu du paragraphe 262(1) de la *Loi sur les sociétés* de la Colombie-Britannique afin de réinscrire la société au registre. Le 6 mars 2003, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a délivré un certificat ayant pour effet de réinscrire la société au registre pour une période de deux ans. À la suite de cette réinscription, l'ARC a émis le 4 septembre 2003 des avis de cotisation à l'encontre des frères Aujla en vertu du paragraphe 323(1) L.T.A. Les frères Aujla ont produit des avis d'opposition à l'encontre de ces cotisations au motif que celles-ci avaient été établies après le délai de prescription prévu au paragraphe 323(5) L.T.A.

En première instance, l'ARC a invoqué deux motifs au soutien des avis de cotisation. Premièrement, l'ARC a allégué à la Cour que la société n'avait jamais été dissoute de façon volontaire mais bien en raison de son défaut de produire des rapports annuels et que les frères Aujla n'avaient jamais remis leur démission à titre d'administrateurs. De plus, l'ARC a fait valoir que l'ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a eu pour effet de rétablir rétroactivement l'existence de la société et, conséquemment, d'avoir réintégré rétroactivement les frères Aujla dans leurs fonctions d'administrateurs. Le juge Bowie a conclu que les frères Aujla avaient cessé d'être administrateurs à la date de la dissolution de la société et a accueilli

⁵ 2008 CAF 304.

⁶ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

⁷ *Company Act*, R.S.B.C. (1996), c. 62.

les appels de ces derniers étant donné que les avis de cotisation avaient été émis plus de deux ans après leur démission du poste d'administrateurs.

Devant la Cour d'appel fédérale, l'ARC a soulevé ces deux arguments et en a ajouté un troisième selon lequel il n'était pas possible d'invoquer le délai de prescription puisque les cotisations ont été établies au moment où les frères Aujla occupaient le poste d'administrateurs de la société en raison de l'ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

La majorité a rejeté l'appel de l'ARC. En réponse au premier argument, la Cour a tout d'abord réaffirmé que la démission d'un administrateur devait être conforme aux règles de droit commercial provinciales applicables. En effet, la Cour a conclu que les frères Aujla ont cessé d'être administrateurs au moment de la dissolution de la société puisque aucun précédent ne soutenait la thèse de l'ARC. Quant au deuxième argument, la Cour a analysé l'ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin de déterminer si celle-ci avait pour effet de réintégrer rétroactivement les frères Aujla dans leur rôle d'administrateurs.

En effet, l'article 263 de la *Loi sur les sociétés* de la Colombie-Britannique prévoit qu'un tribunal peut donner les directives qu'il estime appropriées pour rétablir la société ou toute autre personne dans la position qu'elle aurait occupée s'il n'y avait pas eu de dissolution. Or, l'ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ne prévoyait pas la réintégration rétroactive des administrateurs de la société; conséquemment, la majorité a également rejeté cet argument.

Finalement, la Cour a rejeté le troisième argument de la Couronne puisque selon son interprétation de la décision du juge Bowie, ce dernier n'avait pas conclu implicitement que les frères Aujla avaient été réintégrés dans leurs fonctions d'administrateurs à la date de l'ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Pour ces raisons, la Cour a conclu que les frères Aujla avaient cessé d'être administrateurs de la société le 5 mars 1999 et que les avis de cotisation avaient été produits après l'échéance du délai de prescription.

Dans les motifs au soutien de sa dissidence, le juge Blais est plutôt d'avis que les frères Aujla n'ont jamais cessé d'occuper leur poste au sens de l'article 130 de la *Loi sur les sociétés* de la Colombie-Britannique. Selon lui, il est tout à fait inutile de réintégrer une société au registre si celle-ci est sans actif ou sans administrateur puisque toute réclamation à son endroit sera irrecevable et sans objet. De plus, il est d'avis que l'ordonnance n'avait pas à

expressément prévoir la réintégration des frères Aujla dans leurs fonctions d'administrateurs puisque l'effet rétroactif de la réinscription faisait en sorte qu'ils n'avaient jamais cessé d'occuper ce poste étant donné que la dissolution est présumée ne jamais avoir eu lieu. Le juge Blais aurait accueilli l'appel puisque rejeter celui-ci a pour effet de faire bénéficier les frères Aujla de leur inaction relativement à la production des rapports annuels de la société et que ces derniers profitent de leur négligence à titre d'administrateurs.

1.4. AFFAIRE GERPRO CONSTRUCTION INC. C. QUÉBEC (MINISTÈRE DU REVENU)⁸

Gerpro a conclu un contrat relativement à la construction d'un immeuble au mois d'avril 2000. Presque un an après la conclusion de cette entente, Gerpro a conclu un contrat de sous-traitance avec la société APJ Construction inc. (ci-après « APJ ») dans le cadre de ce projet de construction. Le 11 mars 2001, Gerpro a été informée du fait qu'APJ avait sous-traité avec la société Cloisons Up Inc. (ci-après « Cloisons ») relativement à la fourniture de matériaux. Le 12 mars 2001, une entente est intervenue entre Gerpro et APJ selon laquelle les matériaux fournis par Cloisons devaient être payés au moyen d'un chèque fait conjointement à l'ordre de Cloisons et d'APJ. Le 27 juin 2001, la société Matério Laurentiens Inc. (ci-après « Matério ») a transmis au donneur d'ouvrage un contrat d'une somme de 20 000 \$ conclu avec APJ.

APJ n'a pas respecté l'entente selon laquelle les travaux devaient être substantiellement terminés le 30 juillet 2001 et Gerpro a avisé cette dernière, le 31 juillet 2001, qu'elle retiendrait tout paiement dû à APJ et qu'elle porterait à son débit la somme de toutes les dépenses nécessaires à l'achèvement des travaux engagées par Gerpro. Le 30 septembre 2001, APJ a facturé une somme de 1 187 920 \$ à Gerpro et Gerpro lui a payé la somme de 1 025 701,23 \$.

Le 12 octobre 2001, Revenu Québec a remis de la main à la main à la secrétaire-réceptionniste de Gerpro un « Ordre de payer » et un « Avis du Ministre à un tiers saisi ». Par contre, le service de la comptabilité de Gerpro a pris connaissance de ces documents le 23 octobre 2001.

Entre-temps, le 17 octobre 2001, Gerpro a libellé un chèque de 101 979,20 \$ à l'ordre d'APJ et Cloisons à titre de paiement pour la

⁸ 2009 QCCQ 7181.

fourniture de matériaux par Cloisons en raison de l'entente intervenue entre les parties. Le 23 octobre 2001, le solde dû à APJ par Gerpro était donc de 60 239,57 \$. Le 25 octobre 2001, Matério réclamait le paiement de sa créance par APJ, à défaut de quoi une hypothèque légale serait inscrite à l'encontre de l'immeuble. Le 30 octobre 2001, Gerpro a accepté d'acquitter les sommes dues par APJ à Matério. Le 7 novembre 2001, Gerpro a libellé un chèque de 2 860,79 \$ à l'ordre de Matério. Le 21 novembre 2001, Gerpro a libellé un chèque de 50 956,59 \$ à l'ordre de Cloisons relativement à des travaux effectués pour le compte d'APJ.

Le 31 mars 2005, Revenu Québec a émis un avis de cotisation de 109 992,38 \$ à l'endroit de Gerpro et un autre de 45 904,19 \$ relativement aux dettes fiscales d'APJ. Les trois paiements en litige sont le paiement de 100 979,20 \$ effectué à l'ordre d'APJ et Cloisons, celui de 2 860,79 \$ fait à Matério ainsi que le paiement de 50 956,59 \$ du 21 novembre 2001 fait à Cloisons.

La question en litige était de déterminer si Gerpro avait contrevenu aux dispositions des articles 15 et 15.5 de la *Loi sur le ministère du Revenu*⁹. La position de Gerpro veut que si elle n'avait pas effectué ces paiements et avait plutôt versé ces sommes à Revenu Québec, elle aurait subi un préjudice irréparable puisqu'elle aurait dû payer ces sommes aux sous-traitants ou les montants auraient été retenus par le donneur d'ouvrage. De son côté, Revenu Québec soutient que l'avis de tiers saisi du 12 octobre 2001 avait pour effet de forcer Gerpro à remettre à Revenu Québec toute somme due au débiteur fiscal, soit APJ, à partir de cette date et que cet ordre avait priorité sur les demandes de paiement provenant de tiers.

Le juge Tremblay de la Cour du Québec est d'avis que Gerpro a résilié le contrat conclu avec APJ. En raison de cette résiliation, Gerpro était en droit de retenir tout paiement dû à APJ et de soustraire du montant dû à APJ toutes les sommes nécessaires à l'achèvement des travaux. De plus, il n'y a aucune preuve indiquant qu'APJ a bénéficié des paiements effectués par Gerpro. Par conséquent, si la position de Revenu Québec était retenue, elle aurait pour effet de forcer Gerpro à effectuer un double paiement, entraînant ainsi une situation inéquitable qui n'était pas voulue par le législateur. La Cour a conclu que Gerpro a présenté une preuve *prima facie* selon laquelle les bases des avis de cotisation étaient erronées et a accueilli l'appel.

⁹ L.R.Q., c. M-31 et mod.

2. TAXES À LA CONSOMMATION

2.1. ARRÊT *TELUS COMMUNICATIONS (EDMONTON) INC. C. LA REINE*¹⁰

Le 10 mars 1995, Telus Communication (Edmonton) inc. (ci-après « Telus ») a acquis tous les actifs de la société Edmonton Telephone Corporation (ci-après « ETC »). À la suite de cet achat, les parties ont produit le choix prévu à l'article 167 L.T.A. Or, avant la vente de ses actifs, ETC avait acquis des fournitures taxables dans le cours normal de son entreprise. Par contre, ces fournitures n'avaient pas été payées par ETC au moment de la vente des actifs à Telus. La contrepartie payée par Telus pour les actifs d'ETC incluait la prise en charge des comptes à payer d'ETC. Par conséquent, Telus a payé les fournitures qui avaient été acquises par ETC, incluant la TPS liée à ces fournitures. À la suite du paiement des fournitures, Telus a réclamé les crédits de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») liés à celles-ci en vertu du paragraphe 169(1) L.T.A. puisque ETC n'avait pas réclamé les remboursements de taxe sur les intrants (ci-après « RTI ») relativement à ces fournitures.

Telus a également invoqué un droit à un remboursement en vertu du paragraphe 261(1) L.T.A. L'ARC a refusé les RTI réclamés par Telus puisqu'elle n'était pas l'acquéreur desdites fournitures.

En première instance, la Cour canadienne de l'impôt a indiqué que seul l'acquéreur des fournitures avait droit de réclamer des CTI malgré le fait que le paragraphe 169(1) L.T.A. ne fait pas référence au terme acquéreur. En ce qui a trait à l'application du paragraphe 261(1) L.T.A., le juge Hershfield a conclu que cette disposition ne visait pas la personne qui avait fait le paiement, mais plutôt la personne pour qui le paiement avait été fait. En effet, selon le juge Hershfield, deux personnes pourraient réclamer les taxes payées, soit une personne à titre de CTI et une autre personne à titre de remboursement pour le paiement fait au bénéfice du véritable acquéreur et pour cette raison, il a rejeté l'appel.

Devant la Cour d'appel fédérale, Telus a laissé tomber l'argument lié aux RTI et la seule question en litige était de déterminer si Telus avait droit à un remboursement en vertu du paragraphe 261(1) L.T.A. Telus soutient que l'interprétation du juge de première instance n'est pas soutenue par le texte de la loi et que son interprétation est erronée. La Cour d'appel est d'avis que le paiement des fournitures et de la TPS liée à celles-ci était une portion du

¹⁰ 2009 CAF 49.

prix d'achat versé à ETC en contrepartie de ses actifs. Par conséquent, Telus n'a droit à aucun remboursement relativement à la TPS puisqu'elle n'a jamais payé celle-ci aux autorités fiscales.

2.2. AFFAIRE CAMION DM INC. C. LA REINE¹¹

L'appelante était inscrite aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* et son entreprise a acheté et revendu des camions et des pièces de camion d'occasion. À la suite d'une vérification, Revenu Québec a refusé des CTI réclamés par l'appelante au motif que certaines factures n'étaient pas conformes aux exigences légales et que d'autres factures seraient des factures de complaisance.

Pour ce qui est des factures non conformes, celles-ci portaient l'en-tête de l'appelante et il y avait un crochet dans une case pour indiquer qu'il s'agissait d'un achat et non d'une vente. De plus, les pièces n'étaient pas identifiées d'un numéro de série. En ce qui a trait aux arguments liés aux factures de complaisance, l'un des deux fournisseurs en litige n'avait jamais eu de place d'affaires, il n'avait jamais versé de taxes à Revenu Québec et il n'avait aucun registre comptable. L'autre fournisseur n'avait aucune activité commerciale, il n'avait jamais produit de déclaration de taxes et il avait déclaré faillite après une vérification de conformité fiscale effectuée par Revenu Québec. De plus, il n'avait aucune place d'affaires, aucune marchandise, il encaissait des chèques un peu partout et lorsqu'il déposait de l'argent, il le retirait immédiatement.

Le juge a conclu que l'appelante n'avait pas en sa possession les pièces justificatives contenant tous les renseignements au soutien de sa réclamation de CTI conformément au paragraphe 169(4) L.T.A. et, conséquemment, il n'a pas abordé les modalités de paiement et la question de l'identification des fournitures.

2.3. ARRÊT CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE L'EST DE DRUMMOND C. CANADA¹²

Le 18 septembre 2000, la Caisse a accordé à Camvrac une marge de crédit de 277 000 \$. Le 25 septembre 2000, Camvrac a déposé 200 000 \$ à la Caisse conformément à une convention d'épargne à terme. Cette convention

¹¹ 2009 CCI 63.

¹² 2009 CSC 29.

d'épargne prévoyait notamment que la Caisse avait le droit de retenir ce dépôt afin de garantir le remboursement de la marge de crédit de Camvrac. En effet, la convention indiquait que, pour garantir davantage le remboursement des sommes dues ou pouvant être dues par Camvrac, le déposant donnait en gage le certificat de dépôt de 200 000 \$ et, finalement, en cas de défaut, qu'il y aurait compensation entre le certificat de dépôt à terme et la marge de crédit.

Le 25 novembre 2000, Camvrac a omis de payer l'intérêt exigible relativement à sa marge de crédit et dès lors, il était en défaut envers la Caisse. Par contre, la Caisse n'a entrepris aucune mesure de recouvrement et a tout simplement continué de comptabiliser l'intérêt jusqu'au 31 janvier 2001. Le 7 février 2001, Camvrac a déclaré faillite. Le 21 février 2001, la Caisse a inscrit la mention sur la convention d'épargne à terme que celle-ci était fermée pour réalisation de garantie.

Le 12 juin 2001, l'ARC a mis la Caisse en demeure de lui payer le montant lié au dépôt à terme puisque ce montant était assujéti à la fiducie présumée établie en sa faveur en vertu des paragraphes 227(4.1) L.I.R. et 86(2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*¹³. Le paragraphe 227(4.1) L.I.R. prévoit que les biens du débiteur fiscal sont assujéti à une fiducie présumée au bénéfice du ministre ainsi que les biens détenus par son créancier garanti, qui, en l'absence de cette garantie, seraient ceux du débiteur fiscal.

La Cour suprême du Canada devait donc déterminer si le dépôt à terme était une garantie, tel qu'il est défini au paragraphe 224(1.3) L.I.R., au sens du paragraphe 227(4.1) L.I.R., et conséquemment assujéti à la fiducie présumée. Dans un premier temps, la majorité de la Cour (sept juges contre deux) a indiqué que le législateur fédéral pouvait définir un terme dans un domaine relevant de sa compétence législative afin que ce terme soit interprété uniformément partout au Canada. Pour cette raison, la définition de l'expression « garantie » du paragraphe 224(1.3) L.I.R. s'applique aux faits de la présente affaire. Pour ce qui a trait au droit de compensation, la Cour est d'avis que le droit de compensation du droit civil et de la *common law* doivent être interprétés de manière à donner effet à l'intention des parties.

Selon la majorité, on ne peut conclure qu'il n'y a pas de garantie du seul fait que les parties ont opté pour un mode de réalisation plutôt qu'un autre et lorsqu'il appert que les parties ont voulu conférer un droit sur un bien pour

¹³ L.C. 1996, c. 23.

garantir le paiement d'une dette, il y a une garantie au sens du paragraphe 224(1.3) L.I.R. En l'espèce, le dépôt à terme était bel et bien une garantie au sens du paragraphe 224(1.3) L.I.R. puisque la convention garantissait le droit de compensation en conférant à la Caisse un droit sur un bien de Camvrac. Même sans la constitution d'une hypothèque, la convention octroyait à la Caisse des droits sur le dépôt à terme de Camvrac pour qu'elle puisse dans les faits opérer compensation. En l'espèce, la compensation était le mode de réalisation de la garantie.

La majorité a conclu que le dépôt à terme pouvait être affecté au paiement de la totalité des montants relatifs à l'assurance-emploi et à l'impôt sur le revenu retenu à la source et non versé par Camvrac aux autorités fiscales puisqu'il s'agissait d'un montant assujéti à la fiducie présumée.

Les juges dissidents étaient plutôt d'avis que la compensation ne constituait pas une garantie au sens du paragraphe 224(1.3) L.I.R. puisqu'elle ne confère pas de droit réel.

2.4. ARRÊT UNITED PARCEL SERVICE DU CANADA LTÉE C. LA REINE¹⁴

Il s'agit d'un appel à l'encontre de la décision de la Cour d'appel fédérale dont l'unique question en litige était de savoir si UPS pouvait, en sa qualité de courtier en douane agréé, se faire rembourser la somme de 2 937 123 \$ payée en trop au gouvernement fédéral à titre de TPS. En effet, UPS exploite une entreprise de messagerie et agit à titre de courtier en douane agréé à l'égard des marchandises qu'elle fait entrer au Canada. Pendant la période pertinente, UPS ou ses clients ont commis des erreurs de calcul relatives à la TPS. Ces erreurs ont fait en sorte que la TPS remise était plus élevée que la TPS véritablement due. Ces erreurs sont causées notamment par des valeurs en douane inexactes, des envois retournés ainsi que des produits exonérés de TPS.

À la fin de décembre 1996, lorsqu'un paiement en trop était constaté, UPS créditaient le compte du client du montant payé en trop, de sorte que celui-ci se voyait facturer uniquement le bon montant lié à la TPS. Par la suite, UPS déduisait le montant de TPS payé en trop du montant de TPS qu'elle devait payer elle-même. Par conséquent, UPS ne présentait plus de demande pour le compte de ses clients, mais plutôt déduisait simplement les montants payés en trop de sa propre taxe nette qu'elle devait remettre au gouvernement.

¹⁴ 2009 CSC 20.

Le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de UPS mais cette décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale. La Cour suprême du Canada devait donc déterminer si UPS pouvait se faire rembourser la TPS payée en trop au gouvernement en vertu du paragraphe 261(1) L.T.A. L'argument de l'ARC voulait que UPS ne soit pas la personne qui avait à payer la TPS puisqu'elle agissait à titre de mandataire de ses clients et, conséquemment, ces derniers étaient tenus de payer la TPS et non UPS.

La Cour suprême du Canada a rejeté de façon unanime cet argument puisque le paragraphe 261(1) L.T.A. ne requiert nullement de déterminer qui a l'obligation légale de payer la TPS. Dans les faits, il n'y a aucun doute que c'est UPS qui a payé, par erreur, la TPS en trop et qu'elle n'a pas perçu cette taxe auprès de ses clients. Le paragraphe 261(1) L.T.A. ne contient aucune restriction semblable à celle qui est alléguée par le procureur de la Reine.

Aussi, l'ARC a également invoqué le fait que le paragraphe 261(1) L.T.A. ne s'appliquait pas en l'espèce puisque, selon elle, UPS n'avait pas l'obligation de payer les montants de TPS jusqu'à ce qu'un agent des douanes désigné ait révisé ceux-ci. Par conséquent, l'ARC prétend que le montant déclaré par UPS, même erroné, est réputé exact et n'est susceptible d'aucune révision, sauf suivant les modalités prévues par la *Loi sur les douanes*¹⁵. Encore une fois, la Cour a réfuté de façon unanime cet argument puisque le paragraphe 261(1) L.T.A. impose au ministre l'obligation de rembourser les sommes payées en trop. Finalement, l'ARC prétendait que UPS n'avait pas suivi la procédure requise pour obtenir un remboursement et, conséquemment, elle n'avait pas droit à celui-ci. En effet, l'ARC prétendait que le remboursement prévu au paragraphe 261(1) L.T.A. est accordé sous réserve des paragraphes 261(2) et 261(3) L.T.A. et qu'en vertu de l'alinéa 261(2)c) L.T.A., aucun montant n'est remboursé en vertu du paragraphe 261(1) L.T.A. dans la mesure où un remboursement de ce montant est accordé conformément au paragraphe 215.1(1) ou 216(6) L.T.A. Encore une fois, la Cour suprême rejette unanimement cet argument puisque aucun remboursement n'est accordé en application de ces dispositions. En effet, UPS n'a pas réclamé de remboursement en vertu de l'une ou l'autre de ces dispositions. La Cour établit que l'ARC est tenue d'accorder un remboursement en vertu du paragraphe 261(1) L.T.A. si aucun montant n'est remboursé selon le paragraphe 215.1(1) ou 216(6) L.T.A. La Cour suprême annule donc la décision de la Cour d'appel fédérale et rétablit la décision du juge de première instance.

¹⁵ L.R.C. (1985), 2^e supp., c. 1.

2.5. ARRÊT *AMIANTE SPEC INC. C. LA REINE*¹⁶

Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale devait déterminer si le juge de première instance avait commis des erreurs manifestes et dominantes dans l'appréciation de la preuve et s'il avait erré en tirant une inférence négative relativement à l'absence d'un témoin. En effet, les procureurs de l'appelante prétendaient que le juge de première instance avait incorrectement appliqué le test lié au fardeau de preuve formulé dans l'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. La Reine*¹⁷. De plus, les procureurs de l'appelante prétendaient que le juge de première instance ne pouvait tirer une inférence négative de l'absence d'un témoin alors que l'appelante avait tenté de lui signifier une citation à comparaître.

Dans un premier temps, la Cour a conclu que le juge de première instance n'avait commis aucune erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve. En effet, la Cour d'appel a jugé que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur relativement au fardeau de preuve puisqu'il avait conclu que l'appelante n'avait pas présenté une preuve *prima facie* démolissant les présomptions évoquées par le ministre au soutien de son avis de cotisation. Cette conclusion est basée sur le fait que le juge de première instance n'a pas donné foi au témoignage du représentant de l'appelante puisque celui-ci était, selon le juge, très vague concernant les circonstances entourant l'octroi des contrats aux sous-traitants.

En raison des conclusions liées à l'appréciation de la preuve, la Cour d'appel n'a malheureusement pas analysé la question reliée à l'inférence négative puisque, selon la Cour, cette erreur n'aurait pas changé le sort de l'appel.

3. PÉNAL

3.1. AFFAIRE *LA REINE C. DI GIUSEPPE*¹⁸

Dans cette affaire, les policiers de la région de York menaient une enquête relativement à des opérations liées à la prostitution. La police a communiqué avec l'ARC le 10 juillet 1998 afin de solliciter son assistance relativement à la preuve informatique qui serait vraisemblablement saisie

¹⁶ 2009 CAF 139.

¹⁷ [1997] 2 R.C.S. 336.

¹⁸ 2008 ONCJ 126 (CanLII).

lors de l'exécution des mandats de perquisition. Le 10 septembre 1998, les policiers ont effectué plusieurs saisies dans le cadre de leur enquête. Certains membres de l'ARC ont participé aux saisies effectuées le 10 septembre 1998.

Lors de l'exécution des mandats de perquisition, un logiciel de comptabilité contenant des informations financières relativement aux différentes entreprises du contribuable a été saisi. Le 18 novembre 1998, l'ARC a fait une demande en vertu du paragraphe 490(15) du *Code criminel*¹⁹ pour avoir accès aux registres saisis afin d'effectuer une vérification fiscale. En janvier 1999, deux vérificateurs de l'ARC ont été mandatés afin d'entreprendre une vérification relativement à la TPS. Cette vérification a été effectuée entre les mois de janvier et août 1999. À la suite de celle-ci, les vérificateurs ont rencontré leur chef d'équipe qui leur a indiqué de ne pas envoyer un projet de cotisation au contribuable. Le 24 août 1999, les vérificateurs ont préparé des demandes afin que le dossier du contribuable soit transféré aux enquêtes spéciales. Or, pendant les mois d'août et de septembre 1999, l'un des vérificateurs a déposé des demandes de renseignements auprès de certaines institutions financières en vertu du paragraphe 231.2(1) L.I.R. Le 8 octobre 1999, le chef d'équipe a approuvé le transfert du dossier aux enquêtes spéciales et celles-ci ont accepté de traiter ce dossier le 29 octobre 1999.

Le 21 juin 2000, un mandat de perquisition a été délivré afin que l'ARC puisse obtenir des copies des choses saisies le 10 septembre 1998. Le 4 novembre 2003, un mandat de perquisition a été lancé en vertu de l'article 487 C.cr. afin d'obtenir les choses saisies le 10 septembre 1998. Cette saisie a été faite en raison du retrait imminent des accusations liées à la prostitution portées contre le contribuable et, conséquemment, le retour des choses saisies à ce dernier.

La Cour devait décider si la preuve devait être exclue du procès en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰ puisqu'elle aurait été obtenue en violation des articles 7 et 8 de la Charte. Plus précisément, le juge devait décider si l'objet prédominant avant le transfert du dossier aux enquêtes spéciales était d'établir la responsabilité fiscale pénale du contribuable conformément au test énoncé par la

¹⁹ L.R.C. (1985), c. C-46 et mod. (ci-après « C.cr. »).

²⁰ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (ci-après « Charte »).

Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Jarvis c. La Reine*²¹. Le procureur du contribuable prétend que l'enquête policière était une enquête de fraude fiscale déguisée.

Dans un premier temps, le juge a établi que la preuve présentée devant lui n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'un des principaux objectifs de l'enquête policière était d'amasser de la preuve liée à une fraude fiscale. Puis le juge a conclu que jusqu'à la date du transfert du dossier aux enquêtes spéciales, l'objet prédominant n'était pas de déterminer la responsabilité fiscale pénale du contribuable. Le juge a tiré cette conclusion après avoir analysé les critères énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Jarvis*. Le juge a conclu qu'il n'y a eu aucune violation des articles 7 ou 8 de la Charte et, conséquemment, la preuve liée aux accusations pénales en matière fiscale n'avait pas à être écartée.

3.2. AFFAIRE LA REINE C. TIFFIN²²

Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario devait décider si le juge de première instance avait erré en concluant que l'utilisation des pouvoirs prévus aux articles 231.1 et 231.2 L.I.R. violait l'article 8 de la Charte. De plus, la Cour d'appel devait déterminer si le juge de première instance pouvait annuler le mandat de perquisition obtenu par les autorités fiscales.

Dans cette affaire, le contribuable exploitait une entreprise d'investissement. En 2000, la Gendarmerie royale du Canada (ci-après « GRC ») a reçu une plainte relativement au contribuable selon laquelle il avait fraudé un citoyen américain d'une somme de 100 000 \$. Après avoir conclu qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes pour une enquête, la GRC a transféré le dossier à l'ARC. Le dossier a été transmis à un membre de la Division de l'exécution, soit M. Liviero.

Lors de sa vérification, M. Liviero n'a jamais communiqué avec le contribuable. Il a obtenu des documents auprès des banques après avoir fait des demandes en vertu de l'article 231.2 L.I.R. Au mois de novembre 2001, il a transféré le dossier aux enquêtes spéciales en raison de l'importance des montants qui n'auraient pas été déclarés aux autorités fiscales. Après avoir parlé à plusieurs personnes liées au dossier du contribuable, l'enquêteur a fait une demande afin d'obtenir un mandat de perquisition. Le mandat de

²¹ 2002 D.T.C. 7547 (C.S.C.) (ci-après « *Jarvis* »).

²² 2008 ONCA 306 (CanLII).

perquisition a été signifié et des accusations de fraude fiscale liées aux infractions prévues aux alinéas 239(1)a) et 239(1)d) L.I.R. ainsi qu'à l'alinéa 380(1)a) C.cr. ont été portées à l'encontre du contribuable. Par contre, il ressort du procès que la déclaration de l'enquêteur au soutien de l'obtention du mandat de perquisition comportait des erreurs et des omissions. À cet égard, la Couronne admet que l'utilisation des pouvoirs prévus à l'article 231.1 L.I.R. a violé l'article 8 de la Charte. La Couronne admet également que les informations qui ont été obtenues en violation de la Charte sont soustraites de la déclaration faite au soutien de la demande du mandat de perquisition, celui-ci ne pouvait valablement être exécuté.

La Cour d'appel de l'Ontario devait tout d'abord déterminer si le juge de première instance avait erré en déterminant que le travail fait par M. Liviero était une enquête de nature criminelle et que les demandes effectuées en vertu de l'article 231.2 L.I.R. violaient l'article 8 de la Charte. La Cour d'appel devait également décider si le juge de première instance avait erré en excluant la preuve obtenue par M. Liviero et l'enquêteur. La majorité de la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance a erré lorsqu'il a déterminé que l'objet prédominant du travail effectué par M. Liviero, au moment de faire les différentes demandes en vertu de l'article 231.2 L.I.R., était de déterminer la responsabilité fiscale pénale du contribuable.

Après avoir analysé les différents facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Jarvis*, la majorité a conclu que l'objet prédominant était de déterminer la responsabilité fiscale du contribuable et elle a estimé que les informations obtenues par M. Liviero pouvaient être produites en preuve. La Cour a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès devant un juge différent. Par contre, les documents obtenus lors de l'exécution du mandat de perquisition ne sont pas admissibles en preuve puisque ce mandat a été obtenu en violation de l'article 8 de la Charte.

4. PÉNALITÉ

4.1. AFFAIRE O'DEA C. LA REINE²³

Les appelants exploitaient une entreprise de service de déchetage de papier. Après quelques années d'exploitation, ils ont décidé d'exercer cette entreprise par l'entremise de franchises au Canada et aux États-Unis. Ils ont créé une société qui rendait divers services aux franchisés en contrepartie d'un montant établi selon les revenus bruts de ceux-ci.

²³ 2009 D.T.C. 912 (C.C.I.).

Après avoir consulté différents professionnels, les appelants ont mis en place une société de personnes ayant pour but d'offrir les mêmes services aux franchisés situés dans les États de la Floride et de la Georgie. Après plusieurs transactions, la société de personnes était redevable pour l'acquisition de ses droits à des sociétés qui étaient en partie détenues par les appelants. La société de personnes a enregistré des pertes qui ont été déduites du calcul du revenu imposable des associés en vertu du paragraphe 96(2.1) L.I.R.

Les procureurs des appelants soutiennent que l'ARC ne pouvait imposer à ceux-ci la pénalité prévue au paragraphe 163(2) L.I.R. puisqu'ils ont fait confiance aux différents professionnels qu'ils ont consultés relativement à la mise en place de la société de personnes et des diverses transactions ayant résulté des conséquences fiscales actuellement en litige.

De son côté, l'ARC soutient que les appelants étaient les dirigeants du groupe de sociétés et qu'ils étaient dans la meilleure position afin de savoir que les pertes de la société de personnes ne pouvaient être déduites et, conséquemment, ont donné de faux renseignements ou y ont consenti lors de la production de leurs déclarations fiscales.

Le juge Webb a conclu que malgré leur expérience en tant que gens d'affaires et le fait qu'ils avaient lu et signé les différents documents liés aux diverses transactions et les conséquences fiscales découlant de ceux-ci, l'ARC ne pouvait leur imposer la pénalité prévue au paragraphe 163(2) L.I.R. En effet, le juge a repris les motifs du juge Bowman dans l'affaire *Klotz c. La Reine*²⁴ à savoir que cette pénalité devait seulement être imposée dans des circonstances exceptionnelles où le contribuable démontrait une insouciance répréhensible. En l'espèce, la négligence des appelants relativement à la vérification de l'information et aux conséquences fiscales n'équivaut pas à la négligence flagrante au sens du paragraphe 163(2) L.I.R.

4.2. AFFAIRE OUNPUU C. LA REINE²⁵

Le comptable d'une société dont les actions étaient des actions admissibles de petite entreprise a conseillé aux actionnaires de cristalliser leurs déductions pour gains en capital. En effet, la société était sur le point de faire une acquisition qui aurait fait en sorte que les actionnaires n'auraient

²⁴ 2004 CCI 147.

²⁵ 2009 CCI 121.

plus été admissibles à la déduction prévue à l'article 110.6 L.I.R. Par conséquent, l'appelant a décidé d'exercer son droit afin de profiter de cette déduction lors de son année d'imposition 1998. Par contre, l'appelant n'a pas produit sa déclaration fiscale pour son année 1998 à l'extérieur du délai prescrit et il n'a déclaré aucun gain en capital lorsqu'il a produit celle-ci. Par conséquent, l'ARC a refusé la déduction. L'ARC concède que l'appelant aurait eu droit à la déduction s'il avait produit sa déclaration fiscale avant le 30 avril 2000. En effet, le paragraphe 110.6(1) L.I.R. prévoit qu'aucun montant n'est déductible si, sciemment ou dans des circonstances équivalant à une faute lourde, le contribuable ne produit pas de déclaration de revenus dans un délai d'un an suivant le jour où il est tenu d'en produire ou s'il ne déclare pas le gain en capital dans ladite déclaration. Après avoir analysé la jurisprudence liée au terme « sciemment », le juge a conclu que le paragraphe 110.6(6) L.I.R. ne s'appliquait pas à l'appelant puisque celui-ci n'avait pas l'intention de tromper les autorités fiscales en vue d'obtenir un avantage financier. En effet, l'appelant avait droit à un remboursement relativement à son année d'imposition 1998. Par conséquent, le juge a conclu que l'appelant n'avait pas sciemment omis de produire sa déclaration de revenus dans le délai prescrit pour l'application du paragraphe 110.6(6) L.I.R. puisqu'il aurait fallu que sa conduite soit assimilable à une omission volontaire de ne pas déclarer le gain en capital dans le but de tromper les autorités fiscales pour obtenir un avantage financier.

MÉTHODES D'ÉVALUATION DE LA VALEUR MARCHANDE D'UNE ASSURANCE VIE



Diane Hamel
CGA, TEP
Financière Manuvie



Yves Girouard
FSA, FICA, FLMI,
actuaire-conseil
Dion Durrell + Associés inc.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (DIANE HAMEL)

Évaluation de la valeur marchande d'une police d'assurance vie – Quand faut-il en tenir compte?

INTRODUCTION.....	45:3
1. DISPOSITION.....	45:4
2. DISPOSITION RÉPUTÉE AU DÉCÈS.....	45:5
2.1. POLICE DÉTENUE PAR UN PARTICULIER.....	45:5
2.2. POLICE DÉTENUE PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS.....	45:6
2.3. POLICE DÉTENUE PAR UNE FIDUCIE.....	45:7
3. DISPOSITION PRÉSUMÉE – IMMIGRATION ET ÉMIGRATION.....	45:8

4.	EFFET SUR L'ADMISSIBILITÉ À L'EXONÉRATION DU GAIN EN CAPITAL	45:8
5.	EFFET SUR LES RÈGLES D'ATTRIBUTION DES SOCIÉTÉS	45:9
6.	POLICE DÉTENUE PAR UNE SOCIÉTÉ (SITUATION AUTRE QUE MENTIONNÉE PRÉCÉDEMMENT).....	45:10
7.	TRANSFERT D'UNE POLICE D'ASSURANCE ENTRE UNE SOCIÉTÉ ET UN ACTIONNAIRE OU UN EMPLOYÉ	45:10
7.1.	TRANSFERT D'UNE SOCIÉTÉ À UN ACTIONNAIRE OU UN EMPLOYÉ.....	45:10
7.2.	TRANSFERT D'UN ACTIONNAIRE À UNE SOCIÉTÉ.....	45:11
8.	TRANSFERT À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE	45:14
	CONCLUSION	45:15
	TABLEAU 1	45:16

PARTIE B (YVES GIROUARD)

	INTRODUCTION.....	45:18
1.	JUSTE VALEUR MARCHANDE.....	45:19
1.1.	DÉFINITION.....	45:19
1.2.	MÉTHODE.....	45:20
1.3.	HYPOTHÈSES	45:22
1.4.	FORMULE.....	45:27
2.	PROCESSUS POUR DÉTERMINER LA JUSTE VALEUR MARCHANDE	45:28
3.	EXEMPLES DE JUSTE VALEUR MARCHANDE	45:28
3.1.	TEMPORAIRE À 100 ANS (T100).....	45:29
3.2.	VIE ENTIÈRE SANS PARTICIPATION – AVEC PRÊT POLICE	45:31
3.3.	TEMPORAIRE 10 ANS – RENOUVELABLE À 85 ANS – CONVERTIBLE À 70 ANS.....	45:34
3.4.	VIE UNIVERSELLE – COÛT D'ASSURANCE NIVELÉ.....	45:39
3.5.	VIE UNIVERSELLE – COÛT D'ASSURANCE CROISSANT.....	45:48
	CONCLUSION	45:48

PARTIE A**Évaluation de la valeur marchande d'une police d'assurance vie –
Quand faut-il en tenir compte?****Diane Hamel, CGA, TEP**

Financière Manuvie

INTRODUCTION

Depuis quelques années, l'analyse de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») d'une police d'assurance vie suscite beaucoup d'intérêt. M. Yves Girouard traitera en détail de la détermination de cette JVM dans la deuxième partie de ce texte. Notons simplement que la JVM peut représenter un montant supérieur à la valeur de rachat de la police si l'on tient compte, entre autres, de l'état de santé de l'assuré, de son espérance de vie, des privilèges de conversion, du coût de remplacement¹, etc. Cependant, avant de procéder à une analyse quantitative, voyons les situations qui requièrent l'établissement de cette JVM.

Quelle « valeur » doit-on attribuer à une police d'assurance vie dans les circonstances suivantes?

- lors d'une disposition de la police;
- lorsque la police est détenue par une société par actions ou une fiducie et que nous tentons de déterminer la JVM des actions de la société;
- lors d'un transfert de propriété de la police.

Doit-on utiliser la JVM, la valeur de rachat ou le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») du contrat? Une analyse exhaustive des règles traitant du transfert de propriété des polices d'assurance vie² dépasse le cadre de ce texte, lequel est de déterminer, selon des situations données, la « valeur » à attribuer à une police d'assurance vie.

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes d'évaluation des biens mobiliers », 25 août 1989, par. 40-41.

² Pour plus de détails sur les règles fiscales régissant les transferts de propriété des polices, le lecteur est invité à consulter le texte suivant : Bernard LARIVIÈRE et Hélène MARQUIS, « Fiscalité des transferts des contrats d'assurance », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 33:1-48.

C'est à l'article 148 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ que l'on retrouve les règles régissant l'imposition des polices d'assurance vie⁴. Il faut noter que cette expression est définie pour inclure les contrats de rente⁵. Nous ne traiterons pas dans ce texte des contrats de rente.

1. DISPOSITION

Nous retrouvons la définition du terme « disposition » au paragraphe 148(9) L.I.R. Notons, entre autres, qu'une disposition s'entend du rachat de la police, de la dissolution en raison de l'échéance de la police, d'une avance consentie après le 31 mars 1978, de la disposition par le seul effet de la loi, mais exclut précisément (entre autres) un versement en vertu d'une police à la suite du décès d'un assuré, un versement en vertu d'une police à titre de prestation d'invalidité et une cession des intérêts dans la police en vue de la garantie d'une dette ou d'un prêt, autre qu'une avance sur police.

Le paragraphe 148(1) L.I.R. prévoit que l'on doit inclure dans le calcul du revenu, à l'égard d'une disposition d'un intérêt dans une police d'assurance vie, le produit de disposition qui est en sus du CBR de la police d'assurance vie. L'expression « produit de disposition » est définie au paragraphe 148(9) L.I.R., lequel renvoie, entre autres, au « montant du produit que le titulaire, bénéficiaire ou cessionnaire de la police a le droit de recevoir lors de la disposition [...] ».

Ainsi, dans le cas où la police est annulée (rachetée), nous devons tenir compte de la valeur de rachat (nette des avances). Lorsqu'il s'agit d'une vente à une tierce partie sans lien de dépendance, nous tenons compte du montant que le titulaire « a le droit de recevoir ». Peut-il y avoir une différence entre le montant effectivement reçu, celui que le titulaire « a le droit de recevoir » et la JVM? Une distinction semble illogique, surtout si nous traitons avec une tierce partie sans lien de dépendance. On peut donc conclure ici que, dans ce cas, la JVM devrait être utilisée.

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁴ Dans ce texte, nous ne ferons référence qu'aux règles qui s'appliquent aux fins de l'impôt fédéral.

⁵ Par. 248(1) « police d'assurance vie » et par. 138(12) « police d'assurance vie » L.I.R.

2. DISPOSITION RÉPUTÉE AU DÉCÈS

2.1. POLICE DÉTENUE PAR UN PARTICULIER

Une police d'assurance vie est-elle assujettie aux règles de disposition présumée au décès prévues au paragraphe 70(5) L.I.R.? Non, car il ne s'agit pas d'un bien en immobilisations. Songeons à l'exemple d'un particulier qui détient une police d'assurance sur la vie d'une tierce partie (son conjoint, un enfant, un associé par exemple). En fait, c'est plutôt le paragraphe 148(1) L.I.R. qui s'applique, car il a disposé de la police. Le paragraphe 148(7) L.I.R. prévoit ce qui suit à l'égard d'un transfert de propriété au décès :

« Lorsqu'un intérêt d'un titulaire dans une police d'assurance-vie fait l'objet d'une disposition [...] par voie de don (soit entre vifs, soit par testament), [...] ce dernier est réputé dès lors acquérir le droit de recevoir un produit de disposition égal à la valeur de l'intérêt au moment de la disposition [...]. »

À cette fin, le terme « valeur » est défini comme suit au paragraphe 148(9) L.I.R. :

« La valeur, à un moment donné, d'un intérêt dans une police d'assurance-vie est :

a) lorsque l'intérêt comprend un intérêt dans la valeur de rachat de la police, la somme y afférente que le titulaire de l'intérêt aurait le droit de recevoir si la police était rachetée à ce moment;

b) dans les autres cas, nulle. »

Ainsi, sauf exception, il y aura disposition à la valeur de rachat. Cependant, lorsque le transfert est effectué en faveur du conjoint, le titulaire est réputé en avoir disposé pour un produit égal au CBR de la police⁶. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'un transfert direct (par voie de désignation de titulaire subrogé⁷) à un enfant à condition que la personne dont la vie est assurée soit l'enfant du défunt ou un enfant du titulaire subrogé⁸.

⁶ Par. 148(8.2) L.I.R.

⁷ Voir à cet effet : AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9433865, 15 février 1995 et 9618075, 3 septembre 1996.

⁸ Par. 148(8) L.I.R.

2.2. POLICE DÉTENUÉ PAR UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

Qu'en est-il de la détermination au décès de la JVM des actions d'une société privée qui détient une police d'assurance vie?

S'il existe une convention entre actionnaires, aux fins du paragraphe 70(5) L.I.R. la JVM des actions de l'actionnaire décédé devrait être déterminée en fonction des modalités de l'entente (sans égard à la détention de polices d'assurance vie) sous réserve de certaines conditions. Les conditions à remplir pour qu'une convention de rachat d'actions soit considérée comme déterminant la valeur conformément au paragraphe 70(5) L.I.R. sont exposées comme suit à la *Circulaire d'information 89-3* :

- « 28 [...] a) La convention doit obliger la succession à vendre les actions au décès en vertu d'une convention de vente et de rachat obligatoires ou au gré d'un acheteur désigné;
- b) La convention doit restreindre le droit de l'actionnaire de disposer de ses actions à n'importe quel prix de son vivant;
- c) La convention doit indiquer pour les actions un prix fixe ou une méthode de calcul du prix courant;
- d) Il doit s'agir d'une convention commerciale véritable, et non d'un moyen de transmettre les actions du défunt aux héritiers à un prix inférieur à une contrepartie suffisante et complète.

29. Si une convention de rachat qui normalement déterminerait la valeur des biens est conclue entre des parties qui ont entre elles un lien de dépendance, les dispositions de cette convention doivent servir à déterminer la valeur, pourvu que la convention remplisse les conditions suivantes :

- a) Il s'agit d'une convention commerciale véritable;
- b) Le prix qui est fixé dans la convention ou qui est calculé selon la formule donnée dans celle-ci constitue une contrepartie suffisante et complète et correspond à la juste valeur marchande des actions déterminée indépendamment de la convention au moment de la signature de celle-ci;
- c) La convention constitue un contrat légal et exécutoire⁹. »

Si la convention entre actionnaires n'est pas un facteur déterminant dans l'évaluation de la JVM des actions aux fins du paragraphe 70(5) L.I.R., ou

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 1, par. 28-29.

s'il n'existe pas de convention, il reste à savoir de quelle façon un contrat d'assurance vie détenu par une société influera sur l'évaluation des actions du défunt.

Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. prévoit ce qui suit :

« Pour l'application des paragraphes (5) et 104(4) et de l'article 128.1, la juste valeur marchande, à un moment donné, d'un bien qui est réputé avoir fait l'objet d'une disposition à ce moment par suite du décès d'un particulier donné ou du fait que celui-ci est devenu un résident du Canada ou a cessé de l'être est déterminée comme si la juste valeur marchande, à ce moment, de toute police d'assurance-vie stipulant que la vie du particulier donné (ou de tout autre particulier ayant un lien de dépendance avec lui à ce moment ou au moment de l'établissement de la police) était assurée était égale à la valeur de rachat (au sens du paragraphe 148(9)) de la police immédiatement avant le décès du particulier donné ou le moment où il est devenu un résident du Canada ou a cessé de l'être, selon le cas. »

Donc, ce n'est que dans le cas où la vie de l'actionnaire (ou d'un autre particulier ayant un lien de dépendance avec lui) était assurée qu'on utilise la valeur de rachat aux fins de déterminer la JVM des actions. Si la société détient une police d'assurance sur la vie d'un employé (sans lien de dépendance), il faudra tenir compte de la JVM de la police. Pour les dispositions postérieures au 1^{er} octobre 1996, ce paragraphe s'applique aux contrats sur deux têtes ou sur plusieurs têtes au titre desquels l'actionnaire décédé est l'un des assurés.

Il faut noter par ailleurs que la position de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») est que les règles spéciales qui s'appliquent pour faire en sorte de limiter la JVM d'une police d'assurance vie à sa valeur de rachat ne s'appliquent pas aux fins de l'article 69 L.I.R.¹⁰ Si, par exemple, le liquidateur d'une succession vend des actions d'une société (laquelle détient une police d'assurance vie) à une personne avec laquelle la succession a un lien de dépendance, la valeur marchande des actions sera déterminée en tenant compte de la JVM de la police et non de sa valeur de rachat, quelle que soit la personne assurée.

2.3. POLICE DÉTENUÉ PAR UNE FIDUCIE

Si les actions d'une société par actions sont détenues par une fiducie en faveur de soi-même, une fiducie mixte au profit du conjoint ou une fiducie

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9310110, 17 mai 1993.

exclusive au bénéfice du conjoint, il y aura disposition présumée des actions à la fin du jour où le constituant, conjoint survivant ou conjoint de fait meurt, en conformité avec le paragraphe 104(4) L.I.R. La JVM des actions de la société doit être déterminée à ce moment. Si la société détient une police d'assurance vie dont le bénéficiaire de la fiducie (le constituant ou son conjoint, selon le cas, ou un particulier ayant un lien de dépendance avec lui) était la personne assurée en vertu du contrat, la police sera évaluée à la valeur de rachat, car le paragraphe 70(5.3) L.I.R. s'applique aux fins du paragraphe 104(4) L.I.R.

3. DISPOSITION PRÉSUMÉE – IMMIGRATION ET ÉMIGRATION

Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. s'applique également à la disposition présumée des biens d'un contribuable qui quitte ou immigré au Canada aux fins de l'application de l'article 128.1 L.I.R. Ainsi, on ne tiendra compte de la JVM d'une police d'assurance vie détenue par la société que si la personne assurée en vertu de la police n'est pas l'actionnaire ou un autre particulier ayant un lien de dépendance avec lui.

4. EFFET SUR L'ADMISSIBILITÉ À L'EXONÉRATION DU GAIN EN CAPITAL

Lorsqu'il s'agit d'établir le pourcentage de la JVM des éléments d'actif qui sont utilisés dans l'exploitation d'une entreprise active, quelle « valeur » doit-on accorder à une police d'assurance vie?

D'une part, notons que l'ARC considère généralement un contrat d'assurance vie comme un élément d'actif passif non utilisé par la société pour exploiter activement une entreprise¹¹. Cependant, le produit de l'assurance constituerait vraisemblablement un élément d'actif utilisé dans l'exploitation d'une entreprise active lorsqu'il s'agit d'une police qui assure la vie d'un employé et que les fonds sont utilisés pour recruter, embaucher et former du nouveau personnel ou encore pour pallier des difficultés financières temporaires occasionnées par le décès d'un employé clé¹².

En vertu de l'alinéa 110.6(15)a) L.I.R., si un actionnaire est l'assuré au titre du contrat, la JVM de la police est réputée être la valeur de rachat du

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9310105, 23 mai 1993.

¹² *Id.*

contrat à tout moment avant le décès de l'actionnaire. Si une personne autre qu'un actionnaire (par exemple, un employé non lié) est l'assuré au titre du contrat, la JVM du contrat sera déterminée conformément aux pratiques normales d'évaluation dont il sera question dans la partie B du texte.

Aux fins du critère touchant les actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE »), au décès de l'actionnaire assuré, la JVM du produit de l'assurance serait déterminée comme étant la valeur de rachat du contrat immédiatement avant le décès de l'actionnaire, dans la mesure où le produit a été utilisé pour racheter, acquérir ou annuler les actions faisant partie du capital-actions détenu de la société dont l'assuré était propriétaire (s.-al. 110.6(15)a(ii) L.I.R.). Le rachat, l'acquisition ou l'annulation des actions doit être effectué au cours des 24 mois suivant le décès de l'assuré. Cette règle s'applique au capital-décès du contrat d'assurance vie et à tous les éléments d'actif attribuables à ce capital-décès. Si le capital-décès n'est pas utilisé pour racheter, acquérir ou annuler les actions détenues par l'assuré, la JVM sera déterminée en conformité avec les pratiques d'évaluation normales. Il en sera de même si l'assuré n'est pas un actionnaire (par exemple, si l'assuré est un employé). En général, la JVM du capital-décès sera égale au montant reçu ou à recevoir. L'ARC a confirmé cette position dans une lettre d'interprétation technique¹³.

5. EFFET SUR LES RÈGLES D'ATTRIBUTION DES SOCIÉTÉS

Les règles d'attribution des sociétés prévues par le paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'appliquent pas si la société se qualifie à titre de société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE »). Une fois de plus, il s'agit de déterminer le pourcentage de la JVM des éléments d'actif qui sont utilisés dans l'exploitation d'une entreprise active. Cependant, l'exception qui existe pour les règles régissant l'exonération du gain en capital mentionnées plus haut est inexistante aux fins du paragraphe 74.2(2) L.I.R. Ainsi, la JVM d'une police d'assurance vie sera déterminée en conformité avec les pratiques d'évaluation normales, quelle que soit la personne assurée en vertu de la police.

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0014265, 5 avril 2000.

6. POLICE DÉTENUÉ PAR UNE SOCIÉTÉ (SITUATION AUTRE QUE MENTIONNÉE PRÉCÉDEMMENT)

Dans la mesure où l'on tente d'évaluer la JVM d'une société qui détient une police d'assurance vie et qu'une des exceptions mentionnées précédemment ne s'applique pas, il faudra tenir compte de la JVM de la police.

7. TRANSFERT D'UNE POLICE D'ASSURANCE ENTRE UNE SOCIÉTÉ ET UN ACTIONNAIRE OU UN EMPLOYÉ

7.1. TRANSFERT D'UNE SOCIÉTÉ À UN ACTIONNAIRE OU UN EMPLOYÉ

Le transfert de propriété d'un contrat d'assurance vie est considéré comme une disposition. Deux éléments doivent être pris en considération lors d'un tel transfert : la disposition et l'acquisition du contrat d'assurance vie, ainsi que la détermination d'un avantage imposable.

Le paragraphe 148(7) L.I.R. renferme les règles qui s'appliquent lorsqu'un intérêt dans un contrat d'assurance vie fait l'objet d'une disposition sous forme de :

- distribution d'un intérêt effectuée par une société;
- don d'un intérêt (soit entre vifs, soit par testament);
- transfert d'un intérêt effectué par le seul effet de la loi, en faveur d'une personne; et
- transfert d'un intérêt en faveur d'une personne avec laquelle le cédant a un lien de dépendance.

Dans ces cas, le cédant (titulaire) est réputé acquérir le droit de recevoir un produit de disposition égal à la « valeur » de l'intérêt, et le cessionnaire (personne qui acquiert l'intérêt) est réputé l'acquérir à un coût égal à cette valeur. Tel qu'il a été mentionné précédemment, le terme « valeur » est défini comme étant sa valeur de rachat.

Il est intéressant de mentionner que lors de l'assemblée annuelle 2003 de la Conference for Advanced Life Underwriting (ci-après « CALU »)¹⁴, l'ARC a déclaré¹⁵ que la vente d'un contrat à un actionnaire ou un employé n'ayant aucun lien avec la société, pour une somme égale à la JVM du contrat, ne constituait pas une « distribution » effectuée par la société et qu'en conséquence le paragraphe 148(7) L.I.R. ne s'appliquerait pas.

Le paragraphe 148(7) L.I.R. traite de l'acquisition et de la disposition d'un contrat d'assurance vie. Il n'élimine pas la possibilité d'un avantage imposable pour l'actionnaire ou l'employé par suite du transfert de propriété du contrat.

Il est important d'étudier la question de l'avantage imposable lorsqu'on envisage le transfert d'un contrat d'assurance vie détenu par une société à un actionnaire ou à un employé et que la JVM est supérieure à la somme versée en contrepartie par l'actionnaire ou l'employé. L'ARC considère depuis toujours que l'avantage conféré à un actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. ou à un employé en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. doit être ajouté au revenu imposable du cessionnaire dans la mesure où la JVM du contrat d'assurance dépasse la somme versée en contrepartie par l'actionnaire ou l'employé¹⁶. L'évaluation d'un avantage imposable est effectuée de façon similaire à un transfert d'un élément d'actif hors d'une société.

7.2. TRANSFERT D'UN ACTIONNAIRE À UNE SOCIÉTÉ

Prenons le cas d'un actionnaire qui détient personnellement un contrat d'assurance vie. Pour des raisons d'affaires ou de planification successorale, l'actionnaire désire transférer son contrat à la société.

Les conséquences fiscales dont nous avons déjà traité s'appliquent également à cette situation. L'actionnaire a disposé du contrat aux fins de l'impôt sur le revenu. En supposant que le transfert ait été fait entre des parties qui ont un lien de dépendance, le paragraphe 148(7) L.I.R.

¹⁴ « The CCRA Responds: Tax Policy Round Table 2003 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2003, question 5.

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0004285, 9 juin 2003.

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9831355, 4 janvier 1999 et 9327305, 13 janvier 1994.

s'applique. Aux termes de ce paragraphe, le produit de la disposition à l'actionnaire ainsi que le CBR pour la société sont réputés correspondre à la valeur de rachat du contrat. Les répercussions fiscales pour le cédant (l'actionnaire) et le cessionnaire (la société) sont les mêmes, peu importe que le contrat ait été transféré sans contrepartie ou que la société ait versé une somme pour l'acquérir. Par conséquent, la société devrait généralement verser une somme au moins égale à la valeur de rachat de l'intérêt dans le contrat d'assurance.

Si l'actionnaire peut démontrer que la JVM du contrat est supérieure à sa valeur de rachat, il peut recevoir de la société une contrepartie supérieure à la valeur de rachat du contrat sans augmenter son revenu imposable. Par exemple, la JVM d'un contrat peut dépasser sa valeur de rachat si l'état de santé de l'assuré s'est détérioré depuis l'établissement du contrat ou si la valeur de remplacement de la couverture est plus élevée. Tant que la somme versée en contrepartie n'excède pas la JVM du contrat, aucun avantage imposable n'est conféré à l'actionnaire. Il serait prudent d'obtenir une évaluation indépendante confirmant la JVM du contrat avant d'effectuer une telle opération, sujet dont il sera question dans la seconde partie de ce texte.

À noter que le nouveau CBR du contrat pour la société reste égal à la valeur de rachat du contrat (et non à la JVM plus élevée). Ce CBR moins élevé augmente les gains futurs (gains sur police) pouvant être réalisés au titre du contrat s'il est encaissé du vivant de l'assuré, mais il pourrait aussi constituer un avantage puisque le crédit porté au compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») au décès de l'assuré sera plus élevé. Le crédit au CDC est égal au capital-décès, moins le CBR du contrat.

Un scénario semblable a été présenté à l'ARC lors de la conférence tenue par la CALU en 2002¹⁷. L'ARC était d'accord sur la question des conséquences fiscales, mais elle a ajouté ce qui suit :

« [TRADUCTION LIBRE] Par suite de cette opération, l'actionnaire reçoit de la société une somme en franchise d'impôt. Même si le coût de base rajusté du contrat est réduit pour la société, il n'est pas certain que le résultat susmentionné soit le but recherché sur le plan fiscal. Nous avons porté cette question à l'attention du ministère des Finances où l'on nous a répondu que la question

¹⁷ « The CCRA Responds: Tax Policy Round Table 2002 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, question 6; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0127455, 7 mai 2002 et 2003-0040145, 6 octobre 2003.

serait étudiée dans le cadre de leur révision de l'imposition des titulaires de contrat¹⁸. »

Dans une interprétation technique plus récente, on a redemandé à l'ARC comment serait considéré le transfert d'un contrat d'assurance par un particulier à une société dont il détient la totalité des actions. L'ARC a répondu de nouveau qu'elle avait porté la question à l'attention du ministère des Finances. Elle a ajouté également ce qui suit :

« Nous ne sommes pas disposés à faire des commentaires concernant l'application du paragraphe 15(1) dans la situation présentée sur la base des seules informations présentées. Par exemple, nous ne savons pas qui est le bénéficiaire de la prestation au décès prévue par la police d'assurance-vie et si le bénéficiaire en est un révocable ou irrévocable. De plus, nous ne sommes pas disposés à faire des commentaires concernant l'application d'autres dispositions anti-évitement sans avoir une situation réelle et tous les faits pertinents y afférents¹⁹. »

Bien que cette stratégie soit un moyen intéressant de retirer des fonds d'une société, il est important d'examiner ses autres conséquences à long terme avant d'y avoir recours. En voici quelques-unes :

- Le contrat d'assurance détenu par une société est saisissable par les créanciers de la société.
- La société est habituellement désignée comme bénéficiaire du contrat afin d'éviter le problème de l'avantage imposable pour l'actionnaire. En conséquence, il y a lieu de réviser la planification successorale de l'actionnaire afin de s'assurer que le produit de l'assurance sera finalement versé selon ses volontés et de façon efficace sur le plan fiscal.
- Il pourrait y avoir des conséquences fiscales peu souhaitables (par exemple, un avantage imposable pour l'actionnaire) si le contrat doit être transféré avant le décès, lors de la vente de la société notamment.
- La valeur de rachat du contrat fait partie des éléments d'actif excédentaires de la société; à ce titre, elle influe sur la valeur des actions

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0127455, 7 mai 2002.

¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0303971E5, 27 mai 2009.

de la société si l'actionnaire décède ou émigre et elle pourrait modifier l'admissibilité des actions à l'exonération des gains en capital.

- Les règles sur la minimisation des pertes peuvent influencer sur l'imposition des actions au décès.

8. TRANSFERT À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE

Jusqu'à tout récemment, la position de l'ARC à l'égard de la valeur d'un contrat d'assurance vie existant cédé à un organisme de bienfaisance était celle énoncée dans le *Bulletin d'interprétation IT-244R3*²⁰ était que la valeur du don correspondait à la valeur de rachat du contrat. Lors de la Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières au Congrès 2007 de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF »)²¹, l'ARC a annoncé son changement de position. Compte tenu des propositions législatives contenues dans le Projet de loi C-33 (désormais le Projet de loi C-10), le paragraphe 248(31) L.I.R., tel qu'il est proposé, édicte que le montant admissible d'un don est égal à l'excédent de la JVM du bien sur le montant de l'avantage au titre du don. On doit donc tenir compte de la JVM de la police d'assurance et non de la valeur de rachat. En outre, l'ARC a confirmé que, aux fins du calcul du gain sur police, le paragraphe 148(7) L.I.R. s'applique (en effet, il s'agit d'un transfert de propriété sous forme d'un don). On constate donc que les deux dispositions ne concordent pas. Le gain sur le contrat est déterminé au moyen de la valeur de rachat, tandis que le montant inscrit sur le reçu pour don de charité est calculé à partir de la JVM. Un organisme de bienfaisance exigera sans doute un rapport d'évaluation afin d'établir la JVM de la police.

Par ailleurs, le paragraphe 248(35) L.I.R., tel qu'il est proposé, prévoit que lorsqu'un don survient dans les trois années suivant l'acquisition du bien ou dans les 10 années suivant l'acquisition si l'on peut raisonnablement supposer que le bien a été acheté dans le but d'en faire un don, la JVM d'un bien transféré serait égale au moindre de la JVM et de son coût immédiatement avant le don. À la Table ronde sur la fiscalité des stratégies

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-244R3*, « Dons par des particuliers de polices d'assurance-vie comme dons de charité », 6 septembre 1991.

²¹ « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 48:1-38.

financières et des instruments financiers du Congrès 2008 de l'APFF²², l'ARC a confirmé que le paragraphe proposé 248(35) L.I.R. s'appliquait au don d'un contrat d'assurance vie. Mais alors, qu'entend-on par « coût »?

Lors de la Table ronde de l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes (ACCAP) tenue en mai 2009, l'ARC a confirmé sa position selon laquelle le paragraphe proposé 248(35) L.I.R. s'appliquait et a ajouté ce qui suit :

« [TRADUCTION LIBRE] Le coût d'un contrat d'assurance vie est une question de fait. Les primes payées afin de souscrire le contrat et de le maintenir en vigueur peuvent refléter ce coût, mais ce n'est pas toujours le cas. Nous reconnaissons que la Loi ne définit pas spécifiquement le coût du contrat d'assurance vie, un fait que nous avons porté à l'attention du ministère des Finances²³. »

Le problème serait facile à résoudre; il suffirait d'exclure une police d'assurance vie de l'application de cette règle...

CONCLUSION

La prudence est donc de rigueur lorsqu'il s'agit, d'une part, de déterminer quelle « valeur » utiliser, JVM ou valeur de rachat, et, d'autre part, d'établir la JVM. Le tableau qui suit résume les diverses situations présentées.

²² « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 46:1-30, question 2, aux pages 46:4-6.

²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0316701C6, mai 2009.

TABLEAU 1

PRODUIT DE DISPOSITION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE

	Assuré	JVM	Valeur de rachat	Autre
Rachat de la police par l'émetteur	Tous		X	
Vente à une tierce partie sans lien de dépendance	Tous	X		
Police détenue par un particulier à son décès :				
- legs à la succession	Tous		X	
- legs au conjoint	Tous			CBR
- legs à un enfant ou petit-enfant	Tous		X	
- transfert par voie de désignation de titulaire subrogé à un enfant ou petit-enfant	Enfant ou petit-enfant			CBR
Détermination au décès de la JVM des actions d'une société privée, laquelle détient une police d'assurance vie				
- existence d'une convention entre actionnaires (et respecte les règles)	Tous			JVM des actions selon la convention
- pas de convention entre actionnaires	Défunt ou autre avec lien de dépendance		X	
- transfert des actions de la succession à une personne avec lien de dépendance	Autre	X		
	Tous	X		
		(aux fins de l'article 69 L.I.R.)		
- disposition présumée par une fiducie en faveur de soi-même, fiducie mixte et fiducie exclusive au bénéfice du conjoint (par. 104(4) L.I.R.)	Part., conjoint ou autre avec lien de dépendance		X	
	Autre	X		
Immigration et émigration (art. 128.1 L.I.R.)	Part., conjoint ou autre avec lien de dépendance		X	
	Autre	X		

TABLEAU 1 (SUITE)

Admissibilité à l'exonération du gain en capital.

Valeur des éléments d'actif d'une AAPE et SEPE

- avant le décès de l'assuré	un actionnaire		X
- immédiatement après le décès d'un assuré	un actionnaire		X
			si le produit est utilisé pour racheter les actions dans les 24 mois
- à tout moment	Autre	X	
Règles d'attribution corporative (par. 74.4(2) L.I.R.). Définition de SEPE	Tous	X	
Détermination de JVM des actions d'une société, laquelle détient une police d'assurance vie (autre que dans les situations mentionnées précédemment)	Tous	X	
Transfert d'une police d'assurance vie d'une société à un actionnaire ou à un employé			
- aux fins du calcul du gain sur police du cédant et du CBR du cessionnaire :			
- sous forme de distribution par la société, don ou transfert avec lien de dépendance	Tous		X
- autre	Tous	X	
- aux fins du calcul de l'avantage imposable	Tous	X	
Transfert d'une police d'assurance vie d'un actionnaire à sa société			
- aux fins du calcul du gain sur police du cédant et du CBR du cessionnaire :	Tous		X
- aux fins du calcul de l'avantage imposable	Tous	X	
Transfert d'une police d'assurance vie à un organisme de bienfaisance enregistré			
- aux fins du calcul du gain sur police du cédant et du CBR du cessionnaire :	Tous		X
- aux fins du calcul du montant du don	Tous	X	

PARTIE B

Yves Girouard, FSA, FICA, FLMI, actuinaire-conseil
Dion Durrell + Associés inc.

INTRODUCTION

Lors de la vente d'une police d'assurance vie par un particulier à une compagnie ou d'un don d'une police d'assurance vie à un organisme de bienfaisance, le vendeur et l'acheteur doivent s'entendre sur un prix basé sur la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de la police d'assurance vie. Compte tenu de la complexité de la méthodologie pour déterminer la JVM d'une police d'assurance vie, nous nous limiterons à atteindre les trois objectifs suivants au cours des prochaines pages :

- nous conscientiser au fait qu'une police d'assurance vie, même si sa valeur de rachat est zéro, a possiblement une valeur marchande;
- nous familiariser avec le processus pour déterminer la JVM;
- nous désigner des points à considérer selon les différents types de polices d'assurance vie.

Avertissement

Les résultats présentés dans le présent texte ne le sont qu'à titre indicatif, et ce, pour des cas bien spécifiques. Les résultats pour une autre police pourraient varier matériellement de ceux présentés dans ce texte selon le type de police, ses garanties, ses caractéristiques, les taux de prime, etc. De plus, la méthodologie décrite dans ce texte est celle utilisée par Dion Durrell et elle est basée sur notre jugement quant au choix des hypothèses, des valeurs qui sont utilisées pour les différents paramètres de chacune des hypothèses, de nos interprétations de l'application des normes fiscales et des normes actuarielles pour ce type d'évaluation. Des résultats différents pourraient être obtenus par d'autres firmes de consultants qui utilisent une méthodologie différente, des jugements différents, des valeurs différentes pour les paramètres et des interprétations différentes.

1. JUSTE VALEUR MARCHANDE

1.1. DÉFINITION

Le paragraphe 3 a) de la *Circulaire d'information* 89-3 de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») donne la définition suivante de « juste valeur marchande » :

« Le prix le plus élevé, exprimé en dollars, qui puisse être obtenu sur un marché ouvert qui n'est soumis à aucune restriction, lorsque les parties à la transaction sont bien informées, qu'elles agissent avec prudence, qu'elles n'ont aucun lien de dépendance entre elles et que ni l'une ni l'autre n'est forcée de quelque manière de conclure la transaction¹. »

Sur le site Internet de l'ARC à la section des organismes de bienfaisance, nous trouvons la définition suivante de « juste valeur marchande » :

« La juste valeur marchande désigne généralement le prix le plus élevé, en dollars, que rapporterait un bien sur le marché libre sans restriction entre un acheteur et un vendeur consentant, tous les deux avertis, bien informés et prudents, et agissant indépendamment l'un de l'autre². »

Une première constatation est qu'il n'existe pas de marché naturel pour négocier des polices d'assurance vie en vigueur. Une deuxième constatation est que, lorsqu'une société est l'acheteur de la police d'assurance, le vendeur et l'acheteur sont souvent la même personne et il est difficile de justifier qu'ils agissent indépendamment l'un de l'autre. En conséquence, il peut s'avérer très utile d'avoir un rapport d'un actuaire indépendant pour justifier la JVM de la police d'assurance vie lors de la vente de cette police.

Au paragraphe 40 de la *Circulaire d'information* 89-3 de l'ARC, on définit les facteurs suivants qui sont à considérer du vivant de l'assuré pour déterminer la JVM d'une police d'assurance vie :

« [...] »

- a) la valeur de rachat de la police;
- b) le montant du prêt sur police qui peut être obtenu;

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989, par. 3 a).

² En ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/chrts/prtngr/rcpts/dtrmnmfv-fra.html>.

- c) la valeur nominale;
- d) l'état de santé de la personne assurée et son espérance de vie;
- e) les privilèges de conversion;
- f) les autres modalités de la police, par exemple les avenants temporaires et les clauses de doublement de la prestation;
- g) le coût de remplacement [...]³. »

Dans cette circulaire, la méthode à utiliser n'est pas définie précisément. On n'y trouve que les principes à suivre.

1.2. MÉTHODE

Au Canada, il n'existe pas actuellement de normes actuarielles spécifiques pour déterminer la JVM d'une police d'assurance vie. Il faut donc appliquer avec jugement les principes actuariels généraux.

Cependant, avec la mise en place dans un avenir prochain de nouvelles normes comptables internationales pour les assureurs, l'établissement de la JVM d'une police d'assurance vie sera la base utilisée pour établir le passif actuariel de la police dans les états financiers de l'assureur.

Dans un exposé-sondage, intitulé « Juste valeur marchande⁴ », de l'International Accounting Standards Board (IASB), on y indique que la JVM d'une police d'assurance vie est d'abord le prix directement observable (c'est-à-dire dans un marché actif). S'il n'existe pas de marché actif, il faut alors estimer le prix à partir d'une méthode d'évaluation. Comme il n'existe aucun marché naturel où se négocient activement des polices d'assurance vie, nous avons donc décidé d'utiliser l'une des méthodes d'évaluation suggérées dans ce document, soit la méthode de valeur présente. Cette méthode requiert d'estimer les flux monétaires futurs pertinents, puis d'escompter ces flux monétaires. Cette méthodologie est très similaire à celle utilisée abondamment au Canada pour tarifier les produits d'assurance et pour établir les passifs actuariels des compagnies d'assurances.

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 1, par. 40.

⁴ INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD, « Juste valeur marchande », mai 2009.

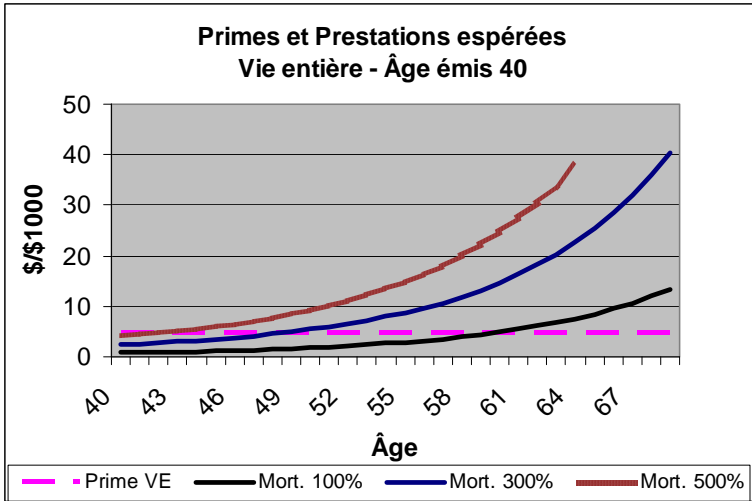
Nous avons arrêté notre choix sur cette méthode, car elle est moins complexe à expliquer et à communiquer que d'autres méthodes décrites dans le document et la méthodologie permet de l'appliquer à tous les types de polices d'assurance (c'est-à-dire vie, invalidité, maladies critiques, retour de primes, etc.), peu importe l'état de santé actuel de la vie assurée. De plus, cette méthode prend en considération toutes les caractéristiques propres à chacune des polices.

Cette méthode s'apparente à la méthode de la valeur d'exploitation de l'entreprise, indiquée dans la *Circulaire d'information 89-3*⁵ de l'ARC, où l'on projette les revenus et les dépenses de l'entreprise pour en estimer les profits futurs.

Un instrument financier a une valeur économique positive lorsque la valeur présente des entrées de fonds est supérieure à la valeur présente des sorties de fonds. Pour déterminer la JVM d'une police d'assurance vie du point de vue de l'acheteur, les entrées de fonds sont les prestations reçues et les sorties de fonds sont les primes payées.

Le graphique suivant montre les flux monétaires projetés des prestations de décès espérées par rapport à la prime de la police, par âge atteint et pour trois scénarios de mortalité (mortalité standard à 100 %, mortalité à 300 % des taux standards, mortalité à 500 % des taux standards) pour une police vie entière émise à l'âge de 40 ans à taux standard (c'est-à-dire sans surprime) pour un homme non fumeur.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 1, par. 10 b).



En observant le graphique ci-dessus, on constate qu'à mesure que les années s'écoulent, la courbe de la prestation de décès espérée en vient à se situer au-dessus de la courbe de la prime. Plus l'écart entre ces deux courbes s'élargit dans le temps, plus grand sera l'excédent de la valeur présente des prestations sur la valeur présente des primes et plus élevée sera la JVM de la police d'assurance vie. Plus la vie assurée a une espérance de vie réduite, donc un niveau de mortalité plus élevé, plus élevée sera la JVM de la police d'assurance vie.

Pour la méthode de valeur présente, il faut donc estimer les flux monétaires pertinents de la police, à savoir les primes, les prestations de décès, l'intérêt payé sur un prêt police, les dividendes aux assurés lorsque la police est participante, le rendement crédité aux comptes de placement pour les polices vie universelle, les bonis d'intérêt, les autres bonis, etc.

1.3. HYPOTHÈSES

Afin de projeter ces flux monétaires, il faut utiliser diverses hypothèses dont la plus importante est la mortalité. Nous basons notre hypothèse pour la mortalité de base sur la plus récente étude de mortalité disponible de l'Institut canadien des actuaires pour les polices d'assurance vie émises à taux standard. Puis, lorsque la vie assurée présente une espérance de vie réduite à cause de la détérioration de son état de santé, nous utilisons un multiple de la table de mortalité de base. Ce multiple est habituellement déterminé par un tarificateur de risque d'assurance vie. Pour un assuré qui

est devenu un risque non assurable, lorsqu'un diagnostic a été clairement établi et certifié par un médecin spécialiste et que des statistiques adéquates sont disponibles, nous les utilisons pour établir les multiples des taux de mortalité.

À titre d'exemple, prenons un assuré âgé de 55 ans qui vient d'être diagnostiqué pour un cancer colorectal. Ce cas est non assurable et aucun tarificateur ne serait en mesure d'établir précisément le pourcentage de surmortalité puisque, généralement, à compter d'une mortalité à 500 % des taux standards, le cas serait refusé. Aucun assureur ne déterminera de prime pour un tel cas. Dans le document « Statistiques canadiennes sur le cancer⁶ », la Société canadienne du cancer indique un taux de survie relative à cinq ans de 64 % à la suite du diagnostic du cancer colorectal. En nous basant sur cette statistique, nous utiliserions les pourcentages des taux de mortalité suivants pour ce cas bien précis :

Âge atteint	Pourcentage de la table de mortalité de base
55	1 300 %
56	1 200 %
57	1 100 %
58	1 000 %
59	900 %
60	850 %
...	...
72	200 %
73 et plus	150 %

⁶ SOCIÉTÉ CANADIENNE DU CANCER, « Statistiques canadiennes sur le cancer », 2008, p. 48.

Nous n'utilisons pas de taux d'abandon, car l'acheteur a un intérêt financier à maintenir la police en vigueur jusqu'au décès de l'assuré. À cette fin, l'acheteur doit certifier par écrit son intention de maintenir la police en vigueur jusqu'au décès de l'assuré.

De plus, nous ne considérons aucuns frais ni dépenses de la part de l'acheteur pour gérer la police, car ceux-ci sont non matériels pour ce type de transaction.

Tous les flux monétaires sont projetés avant impôts.

Une fois que les flux monétaires ont été projetés, il faut les escompter. Un premier réflexe serait de considérer le taux de rendement réalisé par l'acheteur sur ses investissements dans son entreprise. Cependant, ce taux de rendement est beaucoup trop élevé pour compenser les risques associés à l'instrument financier qu'est une police d'assurance vie. Ce dernier est beaucoup moins risqué. L'investissement dans une entreprise commerciale comporte des risques liés à l'exploitation d'une entreprise, comme les risques opérationnels, commerciaux, concurrentiels, etc. Nous sommes d'avis que le taux d'escompte doit être déterminé en se référant au type d'instrument financier à évaluer et non dans le contexte d'une analyse du coût d'opportunité pour l'acheteur.

Toujours dans l'exposé-sondage « Juste valeur marchande⁷ », on y indique d'escompter les flux monétaires en considérant les éléments suivants :

- la courbe de taux d'intérêt sans risque à la date de la transaction;
- le risque de crédit (contrepartie);
- la présence ou non de collatéral;
- le risque de duration;
- les clauses restrictives de la police;
- le niveau de liquidité de l'instrument financier.

⁷ INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD, *op. cit.*, note 4.

On trouve facilement la courbe de taux d'intérêt sans risque sur le site Internet de la Banque du Canada⁸.

Le risque de crédit est, en soi, le risque d'insolvabilité de la compagnie d'assurance vie qui a émis la police d'assurance vie et qui serait incapable de verser la prestation de décès. Au Canada, en considérant les exigences de capital minimum, on peut faire l'hypothèse que les assureurs ont en général une cote de crédit AA. Nous utilisons donc la prime de risque d'une obligation de société canadienne cotée AA pour tenir compte du risque de crédit. Compte tenu des fluctuations du marché et de la durée de vie d'une police d'assurance vie, nous utilisons une prime de risque historique moyenne calculée sur un certain nombre de mois.

La société Assuris offre un collatéral aux polices d'assurance vie. Advenant l'insolvabilité d'un assureur canadien, Assuris protégera les détenteurs de police en minimisant les pertes de bénéficiaires et en procédant rapidement au transfert des polices vers un assureur, en bonne santé financière, qui assurera le maintien des garanties. Assuris est financée par des fonds provenant de l'ensemble des assureurs exploitant sur le marché canadien et il est sanctionné par le gouvernement du Canada. Assuris garantit au détenteur de police qu'il conservera :

- à titre de prestation de décès, par catégorie et par type de bénéficiaire, jusqu'au plus élevé entre 200 000 \$ ou 85 % de la prestation de décès prévue dans la police d'assurance vie;
- au titre des sommes capitalisées dans le compte de placement de ses polices vie universelle, jusqu'au plus élevé entre 60 000 \$ ou 85 % des sommes capitalisées.

L'assurance individuelle et l'assurance collective sont deux catégories où la protection d'Assuris s'applique séparément.

Donc, au maximum, seulement une proportion de 15 % de la prestation de décès est exposée au risque de crédit. Nous utilisons généralement comme prime de risque 15 % de la prime de risque pour une obligation de société canadienne cotée AA.

Le risque de durée est le risque que la prestation de décès soit versée plus tard qu'à la date prévue et que plus de primes que prévues soient

⁸ En ligne : <http://www.bankofcanada.ca/fr/taux//bond-look-f.html>.

payées. Au lieu de rajuster directement le taux d'escompte pour tenir compte de ce risque, nous avons décidé plutôt de rajuster les flux monétaires projetés en réduisant le taux de mortalité par une marge. Le niveau de la marge est basé sur le nombre d'années d'espérance de vie de l'assuré. La marge est au maximum lorsque l'espérance de vie est de 5 ans et moins et elle est au minimum lorsque celle-ci est de 20 ans et plus. Donc, avec l'application de cette marge, il en résultera que la prestation de décès sera en moyenne versée plus tard et que plus de primes seront payées.

Les clauses restrictives de la police sont considérées lors de la projection des flux monétaires de la police. Un exemple de clause restrictive est l'application de pénalités en cas de rachat de la police.

Le dernier facteur de risque à considérer est celui de la liquidité. Une première raison qui explique qu'un instrument financier puisse devenir peu liquide sur le marché financier résulte généralement du fait que l'émetteur de cet instrument financier serait devenu insolvable ou serait dans une position financière précaire. Cela n'est pas la raison qui justifie que notre police d'assurance vie soit peu liquide. Une autre raison, c'est qu'il n'y a pas de marché existant ou facilement accessible pour négocier ce type d'instrument financier. Cette dernière raison explique que la police d'assurance vie soit peu liquide. La valeur de rachat et la possibilité d'un prêt sur police peuvent augmenter le niveau de liquidité de la police, mais les impôts qui pourraient être dus lors de la disposition ou de la disposition présumée de la police pourraient freiner leur utilisation.

L'acheteur d'une police d'assurance vie est bien conscient au moment de la transaction qu'il ne peut pas utiliser cet instrument financier pour le financement futur de ses activités ou comme source de fonds pour obtenir de l'argent comptant en cas de besoin urgent de liquidités.

Le niveau de prime de risque lié à la liquidité que nous utilisons varie selon le type d'acheteur et sa probabilité d'avoir un besoin urgent de liquidités qui pourrait croître avec le passage du temps. Il est au minimum si l'acheteur est un organisme de bienfaisance, il est plus élevé lorsqu'il s'agit d'une compagnie dont le propriétaire en est le seul employé et il est au maximum lorsque la compagnie a plusieurs actionnaires et que celle-ci a un niveau d'activité commerciale élevé.

1.4. FORMULE

La JVM d'une police d'assurance vie sera le montant le plus élevé entre :

- la valeur présente des flux monétaires nets estimés;
- la valeur de rachat à la date de la transaction; ou
- le prêt sur police disponible à la date de la transaction.

Ce montant ne pourra pas excéder le coût de remplacement de la police.

Le coût de remplacement de la police peut être interprété comme le coût qu'exigerait un autre assureur pour prendre en charge la police émise par un autre assureur. Dans un monde idéal, le coût de remplacement de la police pourrait être estimé en demandant à plusieurs assureurs quel serait le montant forfaitaire (ou prime unique) que chacun exigerait pour émettre une police d'assurance vie ayant les mêmes caractéristiques que la police actuelle à la date de la transaction, à savoir :

- la prime actuelle de la police continuera à être versée;
- l'âge à l'émission originale de la police et le nombre d'années écoulées depuis l'émission de la police;
- les montants prévus de prestation;
- l'état de santé actuel de la vie assurée et, lorsque c'est le cas, le fait où il n'y a pas de nouvelle sélection des risques lorsque l'assuré se déclare en bonne santé;
- le fait que la police sera maintenue en vigueur jusqu'au décès de l'assuré.

Le coût de remplacement de la police serait donc le montant forfaitaire qu'un assureur exigerait, en sus de la valeur présente des primes au taux actuel de la police, en contrepartie du versement de la prestation prévue au décès, compte tenu de l'âge à l'émission originale de la police et de la durée écoulée de la police depuis son émission, et de l'état de santé de la vie assurée. De plus, l'assureur ajouterait, dans ce montant forfaitaire, des frais d'émission et de gestion de la police, des commissions payables au courtier d'assurance ainsi qu'une marge pour profit. Ces derniers éléments ne sont

pas considérés dans notre méthode pour déterminer la JVM de la police d'assurance vie. C'est pourquoi nous sommes d'avis que le montant de JVM que nous déterminons selon notre méthode serait toujours inférieur au coût de remplacement de la police, soit le montant forfaitaire qu'exigerait un assureur pour prendre en charge une police similaire.

2. PROCESSUS POUR DÉTERMINER LA JUSTE VALEUR MARCHANDE

Il est possible d'obtenir une estimation préliminaire sans frais de la JVM d'une police afin que l'acheteur puisse juger si le gain compense amplement le coût pour obtenir le rapport actuariel. Un acheteur peut avoir des réticences à dépenser le coût d'un rapport s'il anticipait que la JVM sera peu élevée, moins de 10 000 \$ par exemple, ou que la valeur ajoutée d'un rapport serait trop faible, par exemple, une JVM de 105 000 \$ alors que la valeur de rachat est de 100 000 \$. Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire d'avoir un rapport actuariel lorsque la transaction se fera à la valeur de rachat puisque celle-ci est la valeur marchande minimale de la police.

Pour déterminer la JVM de la police, l'acheteur doit transmettre à l'évaluateur de la JVM le texte de police, les renseignements sur l'acheteur, la date de conclusion de la transaction, les renseignements sur l'état de santé de la vie assurée, le relevé le plus récent des comptes de placement pour une police vie universelle, ainsi que des déclarations signées où l'acheteur déclare, entre autres, qu'il a l'intention de maintenir la police en vigueur jusqu'à la date du décès de la vie assurée. Si l'intention de l'acheteur était de racheter la police immédiatement après la date de la transaction, la JVM serait alors égale à la valeur de rachat puisque l'horizon de la projection serait d'un an ou moins.

Au besoin, un rapport d'évaluation de l'état de santé de la vie assurée par un tarificateur de risque d'assurance vie pourrait être requis.

3. EXEMPLES DE JUSTE VALEUR MARCHANDE

Dans cette section, nous examinerons comment se détermine la JVM pour les produits d'assurance vie suivants :

- Temporaire à 100 ans (T100);
- Vie entière sans participation avec un prêt sur police;
- Temporaire 10 ans, renouvelable à 85 ans;

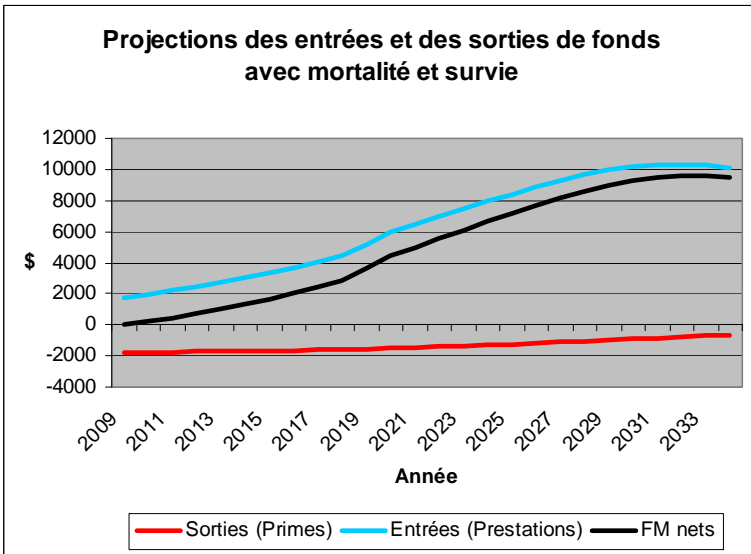
- Vie universelle, coût d'assurance nivelé;
- Vie universelle, coût d'assurance croissant.

3.1. TEMPORAIRE À 100 ANS (T100)

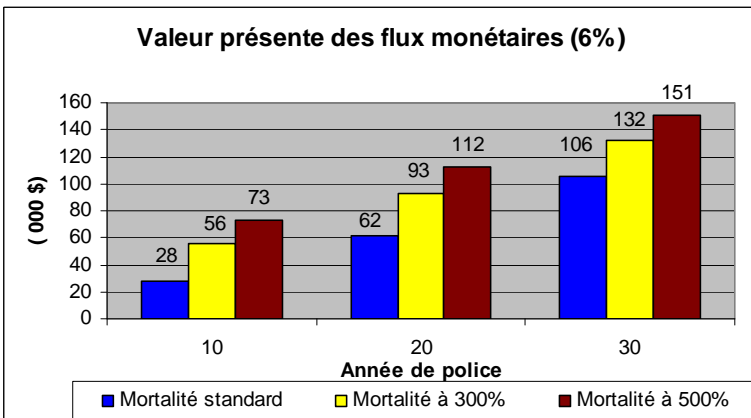
Le produit d'assurance Temporaire à 100 ans que nous examinerons a les caractéristiques suivantes :

- la protection d'assurance est jusqu'à l'âge de 100 ans;
- le montant du bénéfice de décès est nivelé et est garanti pour la durée de la police;
- si l'assuré était toujours vivant à l'âge de 100 ans, le bénéfice de décès serait alors versé;
- les primes sont nivelées et sont garanties à vie;
- en cas d'abandon, il n'y a aucun bénéfice qui est versé. Donc, ce produit n'offre aucune valeur de rachat ni aucun montant d'assurance libéré réduit en cas d'abandon.

La question que l'on peut se poser est de savoir, comment cette police qui n'a pas de valeur de rachat pourrait avoir une JVM positive? Sur le plan économique, cette police a une JVM car, du point de vue de l'acheteur, la valeur présente des entrées de fonds qui excèdent la valeur présente des sorties de fonds. Le graphique de la page suivante montre les montants projetés des entrées et des sorties de fonds, avec mortalité et survie, pour une police T100 émise en 1999 à un homme non fumeur, âgé de 45 ans, à taux standard et pour un montant d'assurance de 250 000 \$. Vous y verrez que, dans cet exemple, les flux monétaires nets sont toujours positifs.



Le graphique suivant montre les valeurs présentes des flux monétaires nets de cette police, en utilisant un taux d'escompte arbitraire de 6 % à vie, pour différentes années de police et selon trois scénarios de mortalité applicables à la date de la transaction (Standard, 300 % du taux standard, 500 % du taux standard).



Comme nous pouvons l'observer, la valeur présente augmente avec la durée écoulée de la police depuis son émission et le niveau de mortalité de la vie assurée. À titre d'exemple, si cette police était dans sa 20^e année et que la mortalité de la vie assurée s'était détériorée pour atteindre 300 % d'un risque standard à cette date, sa JVM serait de 93 054 \$. Cet exemple devrait vous convaincre qu'une police qui n'a pas de valeur de rachat peut avoir une valeur marchande positive et significative.

3.2. VIE ENTIÈRE SANS PARTICIPATION – AVEC PRÊT POLICE

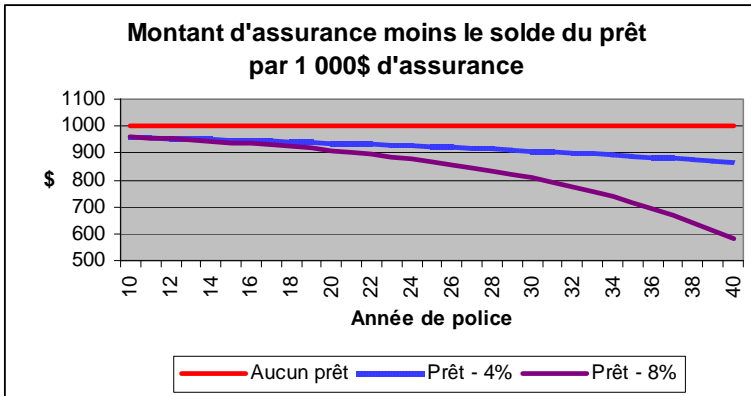
Le produit d'assurance Vie entière sans participation que nous examinerons a les caractéristiques suivantes :

- la protection d'assurance est à vie, c'est-à-dire jusqu'au décès de la vie assurée;
- le montant du bénéfice de décès est nivelé et est garanti à vie;
- les primes sont nivelées et sont garanties à vie;
- en cas d'abandon, une valeur de rachat sera versée;
- la police ne participe pas aux profits de l'assureur;
- le détenteur de police peut obtenir un prêt sur police équivalant à 90 % du montant de la valeur de rachat à cette date. Le taux d'intérêt du prêt est garanti pour la durée de la police.

Pour ce deuxième exemple, nous tenons pour acquis que la police est grevée d'un prêt de 10 000 \$ à la date de la transaction et que le propriétaire de la police ne fera jamais aucun remboursement de capital ni de versement d'intérêts. Tout comme la valeur marchande d'une hypothèque n'est pas nécessairement égale au solde du prêt hypothécaire, nous sommes d'avis que la valeur marchande d'un prêt sur police existant n'est pas égale au solde du prêt. Dans la méthode de valeur présente, le solde du prêt sur police vient réduire le montant de la prestation de décès projeté.

Les prestations de décès projetées décroissent donc dans le temps à mesure qu'augmente le solde du prêt police. Le taux de décroissance est directement lié au taux d'intérêt du prêt. Le graphique suivant montre, par tranche de 1 000 \$ de montant d'assurance initial, le montant d'assurance réduit du solde du prêt lorsque le taux d'intérêt du prêt est de 4 % ou de 8 %.

Dans cet exemple, nous tenons pour acquis qu'il n'y a ni remboursement de capital, ni de nouveaux emprunts, ni aucun paiement d'intérêts qui sont effectués dans le futur.



De plus, il est important de se rappeler qu'une police s'annulera automatiquement à la date où le solde du prêt excédera la valeur de rachat de la police. L'acheteur devrait alors verser des déboursés additionnels pour maintenir la police en vigueur. Ces déboursés additionnels seront projetés comme des sorties de fonds. Un ratio actuel du prêt sur police par rapport à la valeur de rachat de la police pourrait indiquer que des déboursés additionnels pourraient rapidement être requis après la date de la transaction.

La question que l'on peut se poser est de savoir si le vendeur ou l'acheteur de la police devrait rembourser ou non le prêt grevant la police d'assurance vie selon que le prêt sur police augmente ou diminue la JVM totale de la police.

Le tableau suivant montre que pour une police dont la vie assurée est toujours en bonne santé et qui est dans sa 10^e année de police, la JVM pourrait théoriquement être établie à 17 758 \$, soit la JVM de la police sans prêt, 27 758 \$, moins le solde du prêt à la date de la transaction.

(000 \$)				
Durée de la police (ans)		Mortalité standard	Mortalité à 300 %	Mortalité à 500 %
10	V.P.F.M. (6 %) sans prêt (a)	28	56	73
	Montant net au vendeur = (a) prêt	18	46	63

Cependant, un acheteur informé sait que le taux d'intérêt du prêt touchera les entrées de fonds futures, car il modifie le montant de la prestation qui sera payée au décès. Si le taux d'intérêt du prêt était inférieur au rendement désiré par l'acheteur, celui-ci serait prêt à verser un boni au vendeur, car il se financerait à un taux d'intérêt inférieur au taux de rendement qu'il veut réaliser sur son placement. Si le taux d'intérêt du prêt était à l'opposé supérieur, l'acheteur exigerait un escompte. C'est exactement ce que nous montre le tableau suivant où, pour un assuré toujours en bonne santé, l'acheteur versera un boni de 4 142 \$ lorsque le taux d'intérêt du prêt est de 4 % alors que le taux de rendement désiré est de 6 %. À l'inverse, un escompte sur le prix de 7 869 \$ serait payé lorsque le taux d'intérêt du prêt serait de 8 %.

Mortalité standard				
Durée de la police (ans)	Taux d'intérêt du prêt police	V.P.F.M. (6 %)	Montant net au vendeur Option 1	Gain/perte du vendeur
10	4 %	22	18	4
	6 %	17	18	-1
	8 %	10	18	-8

Le vendeur pourrait donc prendre la décision de rembourser le prêt immédiatement avant la date de la transaction lorsque le taux d'intérêt du prêt est supérieur au taux d'escompte. Sinon, il serait très profitable à l'acheteur de payer la JVM, soit 9 889 \$ (c'est-à-dire 17 758\$ - 7 869 \$) dans notre exemple où le taux d'intérêt du prêt est de 8 % et que l'assuré est toujours en bonne santé, et de rembourser le prêt immédiatement après la date de la transaction. Il réaliserait un profit instantané de 7 869 \$, car la JVM augmenterait à 27 758 \$ alors qu'il n'aura déboursé que 19 889 \$.

De plus, un acheteur informé pourrait décider de rembourser le solde du prêt immédiatement après la date de la transaction lorsque le taux d'intérêt du prêt est variable et non garanti pour la durée du prêt. Le taux d'intérêt du prêt sur police est généralement établi par l'assureur en se basant sur le taux d'intérêt courant d'une obligation du gouvernement du Canada pour le terme du prêt plus 2 %, à titre d'exemple. On peut anticiper qu'un taux d'intérêt courant pour un prêt sur police serait généralement supérieur au taux d'escompte courant utilisé pour établir la JVM de la police.

Afin de déterminer la JVM de la police, l'acheteur de la police d'assurance vie doit indiquer quelle situation parmi les suivantes doit être considérée :

- le prêt sur police ne sera pas remboursé, ni par le vendeur ni par l'acheteur, avant ou après la date de la transaction et aucun paiement d'intérêts associé au prêt ne sera fait dans le futur;
- le prêt sur police ne sera pas remboursé, ni par le vendeur ni par l'acheteur, avant ou après la date de la transaction et l'intérêt associé au prêt sera payé dans le futur;
- le prêt sur police sera remboursé par le vendeur avant la date de la transaction;
- le prêt sur police sera remboursé par l'acheteur immédiatement après la date de la transaction.

3.3. TEMPORAIRE 10 ANS – RENOUELABLE À 85 ANS – CONVERTIBLE À 70 ANS

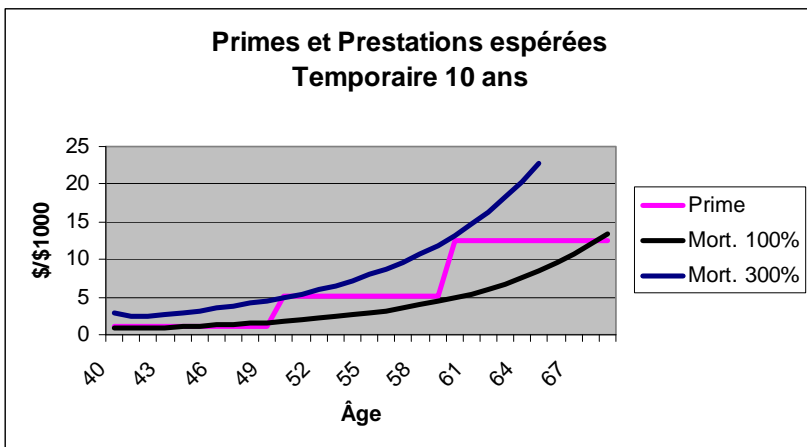
Le produit d'assurance Temporaire 10 ans que nous examinerons a les caractéristiques suivantes :

- la protection d'assurance est jusqu'à l'âge de 85 ans de la vie assurée;
- le montant du bénéfice de décès est nivelé et est garanti à vie;
- la police se renouvelle automatiquement, sans preuves d'assurabilité, tous les 10 ans jusqu'à ce que la vie assurée ait atteint l'âge de 85 ans;
- les primes sont nivelées entre deux dates de renouvellement et sont garanties à vie;

- en cas d'abandon, il n'y a aucun bénéfice;
- le détenteur de police a le droit de convertir à une police d'assurance vie entière avant le 70^e anniversaire de la vie assurée.

Pour une police temporaire renouvelable dont la santé de la vie assurée est bonne, il est souvent difficile d'obtenir une valeur présente des flux monétaires positive. Cela découle directement du niveau des primes de ce type de produit et de leur structure.

Tel qu'il est montré dans le graphique suivant, il est très difficile d'obtenir une JVM positive lorsque l'assuré est en bonne santé ou lorsque la santé de celui-ci s'est détériorée de moins de 250 % par rapport à son niveau de mortalité établi lors de l'émission de la police. En effet, pour les 10 premières années de la police survenant avant le premier renouvellement, les primes projetées et les prestations de décès se chevauchent. Par la suite, si l'on tenait pour acquis que la police serait renouvelée sans sélection des risques et que la mortalité ne se serait pas détériorée, les primes projetées seraient alors généralement supérieures aux prestations de décès projetées. Donc, la JVM est nulle selon ce scénario.



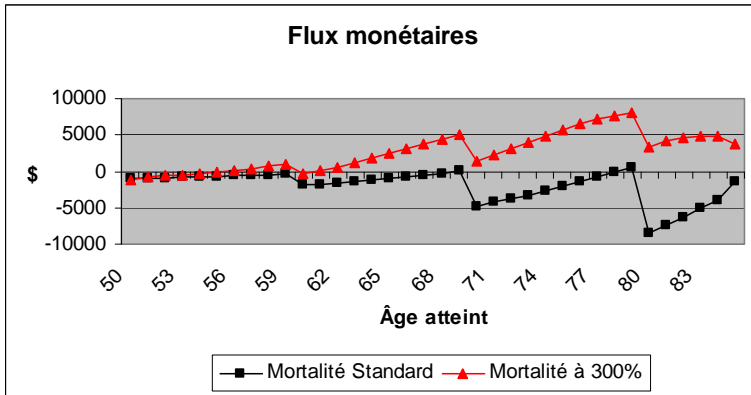
De plus, lorsque l'assuré est en bonne santé, il est très facile de remplacer une police d'assurance temporaire renouvelable existante par une nouvelle police dont la prime sera de beaucoup inférieure à celle qui serait facturée lors du renouvellement de la police existante. Le tableau suivant nous montre, à titre d'exemple, qu'un assuré qui aurait pris une police à l'âge de 40 ans renouvellerait sa police à un taux de prime de 5,05 \$ par

tranche de 1 000 \$ d'assurance alors qu'il pourrait obtenir un taux de prime de 2,28 \$ par tranche de 1 000 \$ d'assurance s'il satisfaisait aux critères d'assurabilité. Même si la vie assurée était supprimée pour une nouvelle émission de police, il serait avantageux, dans cet exemple, de souscrire une nouvelle police tant que le multiple de la mortalité serait de 221 % et moins.

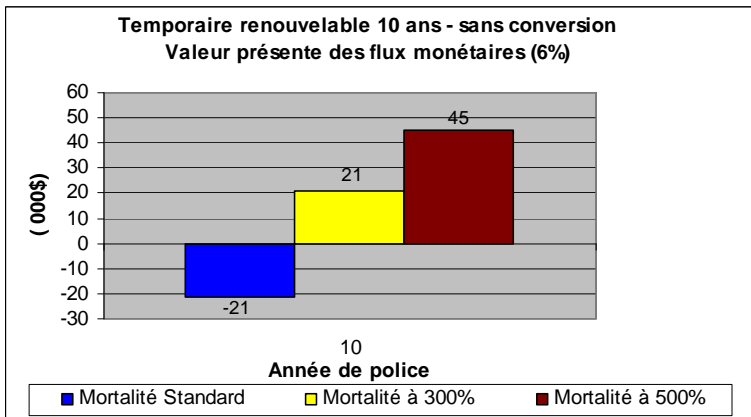
T10 Renouvelable – Homme – Non-fumeur			
Âge	Taux / 1 000 \$ (\$)		Ratio
	Émission	Renouvellement	
30	0,61	1,45	238 %
40	0,91	2,00	220 %
50	2,28	5,05	221 %
60	5,56	12,26	221 %
70	17,57	35,29	201 %

Si l'on supposait dans la projection que la vie assurée se qualifierait à chacun des renouvellements futurs pour une nouvelle police émise avec preuves d'assurabilité, le chevauchement des primes et des prestations se répéterait continuellement et la valeur présente des flux monétaires serait nulle.

Comme le montre le graphique suivant, il est plus facile d'obtenir une valeur présente des flux monétaires positive lorsque le niveau de mortalité de la vie assurée, qui était standard lors de l'émission de la police, s'est détérioré par la suite.



Le graphique suivant montre les valeurs présentes des flux monétaires nets à la fin de l'année de police 10, en utilisant un taux d'escompte de 6 % à vie, selon trois scénarios de mortalité, pour un homme non fumeur, âgé de 40 ans, émise à taux standard pour un montant d'assurance de 250 000 \$ et en ne tenant aucune conversion pour acquise.

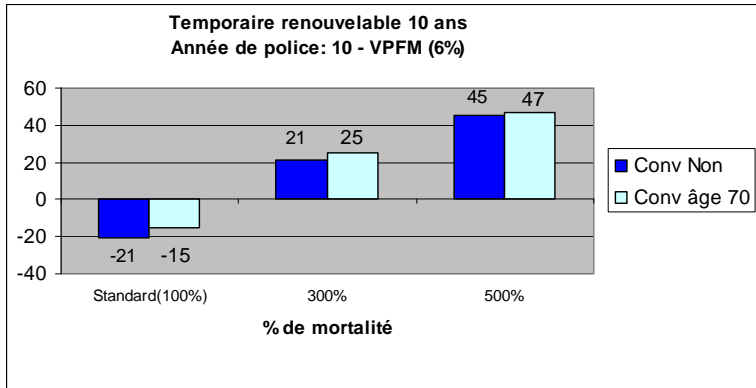


Comme nous pouvons l'observer, il faut que l'état de santé de la vie assurée se soit grandement détérioré depuis son émission pour qu'on puisse obtenir une JVM positive et matérielle. Ce commentaire est aussi valable dans le cas où la police avait été émise avec surprime.

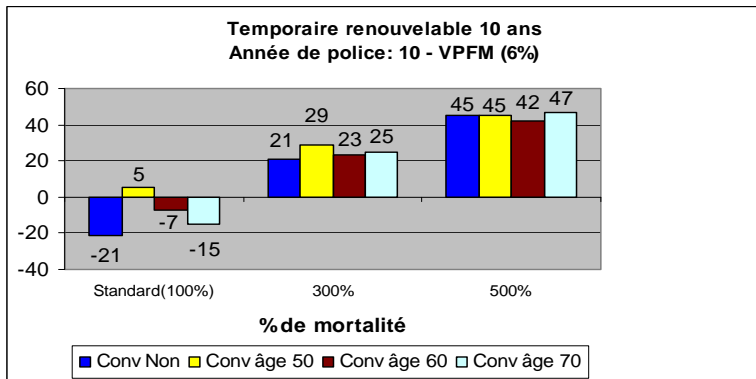
Pour déterminer la JVM, nous tenons pour acquis qu'un acheteur informé et rationnel convertira automatiquement la police en un produit d'assurance vie permanent à la dernière date où cette option est disponible.

Ce droit de conversion à une police d'assurance vie permanente se fait sans preuve d'assurabilité.

Le graphique suivant montre les valeurs présentes des flux monétaires nets avec et sans conversion.



Le graphique suivant nous montre les valeurs présentes des flux monétaires nets, en supposant que la police est dans sa 10^e année, selon différents scénarios de mortalité et selon les différentes dates de conversion disponibles qui varient en fonction de l'âge atteint de la vie assurée à la date de conversion.



Comme nous pouvons le constater, la JVM d'une police dont l'assuré aurait un multiple de mortalité à 300 % passerait de 21 137 \$ à 28 594 \$ si la police était convertie par l'acheteur immédiatement après la date de la transaction, soit après avoir atteint l'âge de 50 ans. Dans cet exemple, c'est la date d'exercice du droit de conversion immédiatement après la date de la transaction qui donne la JVM la plus élevée. Pour d'autres polices, cela pourrait survenir à une autre date. Il faut donc faire des tests à différents âges pour trouver l'âge atteint où la conversion maximisera la JVM. C'est pourquoi le vendeur doit contacter l'assureur pour obtenir les noms des produits permanents en quoi la police peut être convertie, les caractéristiques de ces produits, ainsi que les taux de prime qui s'appliqueraient si l'exercice du droit de conversion était fait soit à la date de la transaction, soit à la date de chacun des renouvellements futurs ou à la dernière date à laquelle le droit de conversion peut être exercé.

Afin d'utiliser une date de conversion qui serait autre que la dernière date à laquelle une telle conversion est possible, l'acheteur doit certifier par écrit la date à laquelle il convertira la police.

3.4. VIE UNIVERSELLE – COÛT D'ASSURANCE NIVELÉ

Le produit d'assurance Vie universelle à coût d'assurance nivelé que nous examinerons a les caractéristiques suivantes :

- la protection d'assurance est jusqu'au décès de la vie assurée;
- le montant du bénéfice de décès est la somme du montant d'assurance de base, nivelé et garanti à vie, et du solde du compte de placement à la date du décès;
- le coût d'assurance est nivelé. Il est garanti à vie et prélevé mensuellement du compte de placement;
- en cas d'abandon, le solde du compte de placement moins les pénalités prévues est versé;
- la police demeurera en vigueur tant qu'il y aura des fonds disponibles dans le compte de placement pour payer mensuellement le coût d'assurance;
- le montant des dépôts dans le compte de placement peut varier dans le temps et même être suspendu, sans terminer automatiquement la

couverture d'assurance tant que le solde du compte de placement est suffisant pour payer le prélèvement mensuel du coût d'assurance lorsqu'il est dû;

- le compte de placement peut être racheté en tout temps sans terminer automatiquement la couverture d'assurance, à la condition que le propriétaire de la police continue de payer le prélèvement mensuel du coût d'assurance lorsqu'il est dû.

Il y a trois questions que le vendeur et l'acheteur de la police devraient se poser lors de la vente de cette police :

- Quel serait le scénario approprié de dépôts futurs dans le compte de placement à utiliser?
- Est-ce que la valeur marchande du compte de placement est la valeur du solde du compte de placement ou une autre valeur?
- Quel serait le scénario approprié et raisonnable de taux de rendement futurs pour les différents types de comptes de placement?

Pour une police vie universelle, la prime annuelle minimum de la police est définie comme le montant de dépôt qui correspond à la somme des prélèvements mensuels du coût d'assurance pour une période de 12 mois entre 2 dates anniversaires de la police. Lorsque le propriétaire de la police ne dépose mensuellement que la prime minimum, il n'y a pas d'accumulation de fonds dans le compte de placement.

Nous utiliserons dans nos exemples une police émise en 1999 à un homme non fumeur, âgé de 40 ans, dont le montant d'assurance de base est de 250 000 \$ et dont la prime minimum annuelle est de 1 000 \$. Il n'y a aucune pénalité en cas de rachat après que la police eut été en vigueur pendant 10 ans.

Valeur économique de base

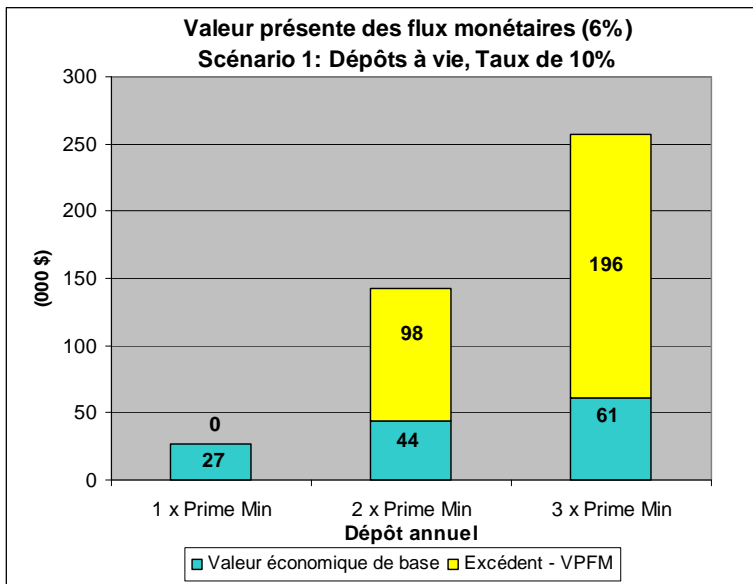
Le tableau suivant montre la valeur économique de base de la police selon différents scénarios de taux de rendement du compte de placement et de dépôts de prime. Nous définissons la valeur économique de base comme étant la somme de ses deux composantes, soit la composante épargne, qui est égale au solde du compte de placement, soit la composante assurance, qui est égale à la valeur présente des flux monétaires nets selon le scénario où le

dépôt annuel futur, après la date de la transaction, est 1 fois la prime minimum de la police à vie.

Multiple – Prime minimum	Taux de rendement Compte de placement		
	2 %	6 %	10 %
	Valeur présente des FM nets (6 %) (\$)		
1	27 306	27 306	27 306
	Solde du compte de placement (t = 10)		
1	0	0	0
2	10 819	13 403	16 809
3	21 637	26 806	33 618
	Valeur économique de base (\$)		
1	27 306	27 306	27 306
2	38 125	40 709	44 115
3	48 943	54 112	60 924

Scénario approprié pour les dépôts futurs

Le graphique suivant montre les valeurs présentes des flux monétaires nets, à la fin de la 10^e année de police, selon 3 scénarios de dépôt : (1 fois la prime minimum à vie, 2 fois la prime minimum à vie et 3 fois la prime minimum à vie) et selon un taux de rendement réalisé à vie de 10 % par le compte de placement. Ce taux de rendement est supérieur au taux d'escompte de 6 %. Cette valeur présente est de 27 306 \$ pour le scénario à 1 fois la prime minimum, 142 179 \$ pour le scénario à 2 fois la prime minimum et 257 051 \$ pour le scénario à 3 fois la prime minimum.



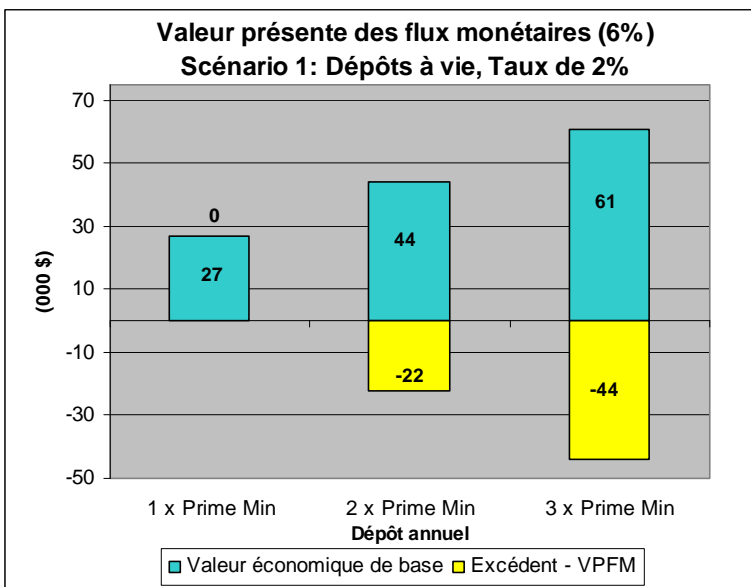
Plus le montant de dépôt excédentaire est élevé, plus élevée sera la prestation de décès. Cela n'est pas surprenant puisque le solde du compte de placement est ajouté au montant de prestation de décès de base.

Nous examinerons maintenant de plus près la situation où le propriétaire de la police aurait déposé annuellement 2 fois la prime minimum au cours des 10 dernières années. Il aurait alors accumulé 16 809 \$ dans son compte de placement si le taux de rendement du compte de placement était de 10 %.

La valeur présente des flux monétaires nets est de 142 179 \$ pour le scénario à 2 fois la prime minimum et la valeur économique de base est de 44 115 \$. L'écart entre ces deux montants provient en grande partie de la valeur présente des gains de placements additionnels réalisés sur les dépôts additionnels futurs qui seront faits par l'acheteur. Nous sommes d'avis qu'un acheteur informé et indépendant ne voudrait pas donner ces gains futurs au vendeur au moment de l'achat de la police, puisque c'est lui, l'acheteur, qui investira les dépôts futurs à même ses propres fonds et c'est lui qui assumera tous les risques de placement dans le futur. Pourquoi voudrait-il s'aliéner tous les profits futurs additionnels en versant leur valeur présente au vendeur lors de la transaction? Nous sommes donc d'avis qu'un acheteur informé et indépendant refuserait, dans cette situation, que la valeur

marchande soit calculée en utilisant un dépôt futur qui serait supérieur à la prime minimum.

Nous traiterons maintenant de la situation où le taux de rendement du compte de placement serait faible. Le graphique suivant montre les valeurs présentes des flux monétaires nets, à la fin de la 10^e année de police, selon les trois mêmes scénarios de dépôts et selon un taux de rendement réalisé à vie de 2 % par le compte de placement. Ce taux de rendement est inférieur au taux d'escompte de 6 %. Cette valeur présente est de 27 306 \$ pour le scénario à 1 fois la prime minimum, 22 259 \$ pour le scénario à 2 fois la prime minimum et 17 212 \$ pour le scénario à 3 fois la prime minimum.



Comme nous pouvons le constater, la valeur présente des flux monétaires nets diminue lorsque le montant de dépôt augmente. Cette situation est attribuable au fait que le taux d'escompte est supérieur au taux de rendement réalisé dans le compte de placement. Cet écart est donc un coût que l'acheteur refilera au vendeur.

Nous examinerons maintenant de plus près la situation où le propriétaire de la police aurait déposé annuellement 2 fois la prime minimum au cours des 10 dernières années. Il aurait alors accumulé un montant de 10 819 \$ dans son compte de placement. La police aurait alors une valeur économique de base de 38 125 \$. Si on tenait pour acquis que l'acheteur continuerait à

verser 2 fois la prime minimum, la JVM serait de 22 259 \$ et c'est une perte de 15 866 \$ que le vendeur subirait par rapport à la valeur économique de base. Dans cette situation, c'est le vendeur qui refuserait que la valeur marchande soit calculée en utilisant un dépôt futur qui serait supérieur à la prime minimum.

À la suite de l'analyse de ces deux situations extrêmes, nous sommes d'avis qu'il est raisonnable de tenir pour acquis que le montant annuel de dépôt futur soit égal au montant annuel de la prime minimum requise pour maintenir la police en vigueur.

Valeur marchande du compte de placement

Dans un deuxième temps, il faut se demander si la valeur marchande du compte de placement est égale au solde du compte de placement.

Un premier élément à considérer est le fait que le compte de placement profitant d'un revenu d'intérêts qui s'accumule libre d'impôt a certainement une valeur économique pour l'acheteur. Cela lui permet de payer une partie des prélèvements mensuels du coût d'assurance avec un revenu avant impôts.

Un deuxième élément est le fait que les polices de type vie universelle contiennent une garantie de taux de rendement minimum pour le compte de placement de type certificat de placement garanti. Une police qui a un compte de placement avec un taux d'intérêt minimum garanti de 5 % devrait avoir une valeur marchande supérieure à celle où le taux d'intérêt minimum garanti est de 2 % ou de 0 %.

Un troisième élément est le fait que plusieurs polices prévoient le versement de différents bonis dans le futur, comme des bonis d'intérêt et des bonis de persistance. Le versement de ces bonis est généralement conditionnel à ce qu'un ou plusieurs critères soient respectés. Ces montants additionnels qui sont crédités au compte de placement procurent un revenu additionnel libre d'impôt qui est disponible pour payer une partie des prélèvements mensuels futurs du coût d'assurance.

Dans la méthode de valeur présente, le compte de placement touche le montant de la prestation de décès projeté et le montant de dépôts futurs de prime minimum.

Deux situations pourraient se présenter. Une première situation où le solde du compte de placement est insuffisant pour payer tous les

prélèvements futurs de coût d'assurance et, une autre, où il est plus que suffisant.

Le tableau suivant montre la valeur présente des dépôts futurs requis de prime minimum selon le taux de rendement à vie du compte de placement et les trois scénarios de dépôts faits avant la date de la transaction.

Valeur présente des dépôts futurs requis de prime minimum (6 %) (\$) – Année de police 10			
Multiple – Prime minimum	Taux de rendement Compte de placement		
	2 %	6 %	10 %
1	14 773	14 773	14 773
2	5 746	1 094	0
3	1 010	0	0

* Dépôts faits avant la date de la transaction.

Comme le montre le tableau précédent, si le solde du compte de placement était zéro à la date de la transaction, l'acheteur devrait déboursier, en valeur présente, pour 14 773 \$ en dépôts de prime minimum.

Si le vendeur avait déposé annuellement deux fois la prime minimum de la date d'émission de la police à la date de la transaction, l'acheteur devrait déboursier, en valeur présente, pour 5 746 \$ en dépôts de prime minimum si le taux de rendement réalisé du compte de placement était de 2 %. Il déboursierait 1 094 \$ si le taux de rendement était de 6 %. Il n'aurait rien à déboursier si le taux de rendement était de 10 %.

Nous allons maintenant examiner la situation où l'acheteur ne fera aucun dépôt tant que le solde du compte de placement sera suffisant pour acquitter les prélèvements mensuels du coût d'assurance, puis, s'il y a lieu par la suite, il versera la prime minimum pour maintenir la police en vigueur. Lorsque le solde du compte de placement est plus que suffisant pour payer tous les prélèvements mensuels futurs de coût d'assurance, l'acheteur versera au vendeur l'équivalent de l'excédent non requis du solde du compte de placement à la date de la transaction.

Le tableau suivant montre que la valeur présente des flux monétaires nets serait de 43 424 \$ si le taux de rendement était de 10 % et que le

vendeur aurait versé annuellement 2 fois la prime minimum avant la date de la transaction. L'acheteur verserait au vendeur une somme partielle de 7 073 \$ du compte de placement. Le vendeur ferait ainsi un gain additionnel de 6 382 \$ par rapport à la valeur économique de base (Total (a) dans le tableau). C'est le montant que l'acheteur serait prêt à verser pour utiliser l'avantage de l'accumulation libre d'impôt du revenu d'intérêts pour payer en partie ou en totalité les prélèvements mensuels futurs du coût d'assurance.

(000 \$)	Valeur déterminée à la date de la transaction		
	Dépôt avant la date de la transaction	Dépôt après la date de la transaction	Taux de rendement Compte de placement
			10 %
V.P.F.M. (6 %)	1 × Prime min.	1 × Prime min.	27
Compte de placement	2 × Prime min.		17
Total (a)			44
V.P.F.M. (6 %)	2 × Prime min.	1 × Prime min., si requis	43
Montant payé du compte de placement			7
Total (b)			50

Note : V.P.F.M. = Valeur présente des flux monétaires nets (6 %)

Le tableau suivant montre qu'une police, où le taux d'intérêt minimum garanti serait de 4 %, procurerait 1 000 \$ de plus de JVM comparativement au taux de rendement courant de 3 %. En outre, si la police prévoit un boni d'intérêt de 2 % en sus du taux de rendement courant, la JVM serait de 2 000 \$ plus élevée. Cela démontre la capacité de la méthode de la valeur présente de prendre en considération toutes les caractéristiques de la police.

(000 \$)	Taux d'intérêt du compte de placement		
	Courant	Garanti	+ Boni
	3 %	4 %	5 %
V.P.F.M. (6 %)	40	41	42
Excédent non requis du solde du compte de placement	0	0	0
Juste valeur marchande	40	41	42

Note : V.P.F.M. = Valeur présente des flux monétaires

Organisme de bienfaisance

Le donateur d'une police d'assurance vie ne reçoit pas d'argent comptant, mais un reçu aux fins d'impôt, ce qui ne lui procurera qu'un recouvrement partiel du solde de son compte de placement. Le tableau suivant montre que le donateur recevrait, en argent comptant, une somme

totale de 34 500 \$ s'il rachetait le solde de son compte de placement avant de faire don de sa police à un organisme de bienfaisance. Il ne recevrait que 24 500 \$ en donnant la police avec le solde compte du compte de placement. Pour cet exemple spécifique, nous énonçons l'hypothèse qu'il n'y a aucun montant imposable lors de la disposition présumée de la police.

Le choix de racheter ou non le solde du compte de placement par le donateur pourrait être assujéti aux conditions de l'organisme de bienfaisance comme, à titre d'exemple, l'exigence que la police qui fait l'objet d'un don ait une valeur de rachat ou qu'un autre donateur s'engage à souscrire un contrat de rente viagère pour payer les primes requises.

(000 \$)	Don – Portion assurance	Don – Assurance + Fonds
Reçu aux fins d'impôt	27,0	49,0
Impôt récupéré (50 %)	13,5	24,5
Rachat du fonds	21,0	0,0
Revenu total	34,5	24,5

Taux de rendement futur

Le taux de rendement futur du compte de placement dépend de la combinaison des divers types d'éléments d'actif dans lesquels sont investis les fonds de la police. L'hypothèse raisonnable est de tenir pour acquis que la combinaison actuelle à la date de la transaction sera en vigueur pour toute la durée de la police.

Les normes de pratique actuarielle limitent le taux de rendement à utiliser pour les comptes de placement dans des actifs boursiers à la moyenne historique de ces taux. Au 31 décembre 2008, cette moyenne historique était de 9,65 %⁹ pour le rendement des actions canadiennes. Les assureurs créditent le taux de rendement réalisé moins des frais de gestion de 2 % en moyenne. Donc, pour cet exemple, le taux de rendement plausible pour le futur aurait été de 7,65 % en date du 31 décembre 2008.

Généralement, les comptes de placement de type certificat de placement garanti auraient un taux de rendement futur inférieur au taux d'escompte. Dans cette situation, la première réaction du vendeur serait de considérer un

⁹ INSTITUT CANADIEN DES ACTUAIRES, « Rapports sur les statistiques économiques canadiennes 1924-2008 », juin 2008, p. 8.

changement dans la stratégie d'investissement. Lorsque la tolérance au risque du vendeur est faible, celui-ci investit alors dans des certificats de placement garanti. Dans ce cas-ci, nous pensons donc qu'il ne serait pas approprié de modifier la stratégie de placement pour une stratégie plus risquée, comme investir dans des indices boursiers, pour augmenter la valeur marchande de la police. Ce changement pour le futur est difficile à justifier dans un tel cas. En effet, le vendeur est souvent un des actionnaires de la compagnie qui achète la police et il serait difficile de justifier un changement soudain de comportement à l'égard de la tolérance au risque.

3.5. VIE UNIVERSELLE – COÛT D'ASSURANCE CROISSANT

Le produit d'assurance Vie universelle à coût d'assurance croissant a les mêmes caractéristiques que ceux de la Vie universelle à coût d'assurance nivelé, sauf pour ce qui suit :

- le coût d'assurance croît annuellement. Il est garanti à vie et il est prélevé mensuellement du compte de placement.

Une police vie universelle dont le coût d'assurance croît chaque année, où le propriétaire de la police n'a versé que la prime minimum et où l'état de santé de l'assuré ne s'est pas détérioré depuis l'émission de la police, n'a qu'une faible valeur marchande très proche de zéro.

Une valeur marchande importante pourrait être déterminée pour un assuré dont l'état de santé s'est détérioré depuis l'émission de la police. Lorsque le solde du compte de placement est positif, les mêmes commentaires que pour une police vie universelle à coût d'assurance nivelé s'appliquent.

CONCLUSION

Comme nous l'avons démontré à l'aide d'exemples, une police d'assurance vie, même sans valeur de rachat, a possiblement une JVM positive.

Nous préférons utiliser la méthode de valeur présente pour déterminer la JVM, car elle s'applique à tous les produits d'assurance indépendamment de l'état de santé de la vie assurée et elle tient compte des caractéristiques propres à chacune des polices.

Les caractéristiques de la police influent sur la valeur marchande. Plusieurs décisions sont à prendre. Si la police était grevée d'un prêt, il

faudrait décider de rembourser ou non le prêt en se basant sur l'écart entre le taux d'intérêt du prêt et le taux d'escompte. Pour une police temporaire renouvelable, il faut parfois décider de convertir ou non en une police permanente à une date antérieure à la dernière date à laquelle la police peut être convertie. Pour une police vie universelle, il faut tenir pour acquis que seule la prime annuelle minimum serait versée après la date de la transaction. De plus, il faut considérer la garantie de taux d'intérêt minimum et les conditions requises pour recevoir un boni d'intérêt ou tout autre type de boni.

Le vendeur et l'acheteur d'une police d'assurance vie trouveront très utile et pratique l'aide que son planificateur financier ou que son courtier d'assurance leur apporteront dans la collecte de renseignements sur la police et sur les meilleurs choix à faire en vue de déterminer la valeur marchande de la police d'assurance vie.

L'ÉVOLUTION DES PRÊTS LEVIERS EN ASSURANCE VIE



Gilles Chevalier
Pl. Fin.
Engel Chevalier –
Protection du patrimoine inc.



Peter Everett
Avocat, CLU, TEP
Le Groupe financier PPI

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (GILLES CHEVALIER)

L'évolution des prêts leviers en assurance vie

1.	QU'EST-CE QU'UN PRÊT LEVIER DE TYPE 10-8?	46:3
1.1.	DESCRIPTION DE LA TRANSACTION	46:3
1.2.	AVANCE SUR POLICE.....	46:4
1.3.	PRÊT COMMERCIAL EN NANTISSEMENT.....	46:5
2.	HISTORIQUE DES TECHNIQUES D'EMPRUNT UTILISANT L'ASSURANCE VIE	46:5
3.	BÉNÉFICES DES STRATÉGIES 10-8	46:6
3.1.	STABILITÉ ET PRÉDICTIBILITÉ DES RENDEMENTS	46:6
3.2.	FLUX MONÉTAIRES AVANTAGEUX	46:7
3.3.	LIQUIDITÉS	46:7

3.4.	CROISSANCE DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL.....	46:7
3.5.	DÉDUCTIBILITÉ DU COÛT NET DE L'ASSURANCE PURE	46:7
4.	COMPARAISON DÉTAILLÉE DES STRATÉGIES D'AVANCE SUR POLICE ET PRÊT EN COLLATÉRAL	46:8
4.1.	AVANCE SUR POLICE.....	46:8
4.1.1.	Traitement fiscal de l'avance.....	46:8
4.1.2.	Fonctionnement	46:9
4.2.	PRÊT COMMERCIAL EN NANTISSEMENT.....	46:12
4.2.1.	Fonctionnement	46:12
5.	RISQUES FINANCIERS POTENTIELS	46:15
5.1.	CROISSANCE DU PRÊT ET REVENU IMPOSABLE REQUIS.....	46:15
5.2.	CHANGEMENTS DANS LA SITUATION FINANCIÈRE DU CLIENT	46:16
5.2.1.	Remboursement du prêt dans les premières années	46:16
5.2.2.	Utilisation des valeurs de rachat pour rembourser le prêt lorsqu'il n'y a plus de coût de base rajusté.....	46:17
6.	SUIVI DE LA TRANSACTION	46:18
	CONCLUSION	46:18

PARTIE B (PETER EVERETT)

Stratégies 10-8 : où en sommes-nous aujourd'hui?

1.	HISTORIQUE	46:19
2.	EMPRUNTS ET POLICES D'ASSURANCE VIE	46:20
3.	QUESTIONS RELATIVES AUX PRÊTS GARANTIS.....	46:23
4.	COMMENTAIRES.....	46:25
5.	DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS D'INTÉRÊTS ET LE COÛT NET DE L'ASSURANCE PURE	46:30
	CONCLUSION	46:31

PARTIE A**L'évolution des prêts leviers en assurance vie**

Gilles Chevalier, Pl. Fin.

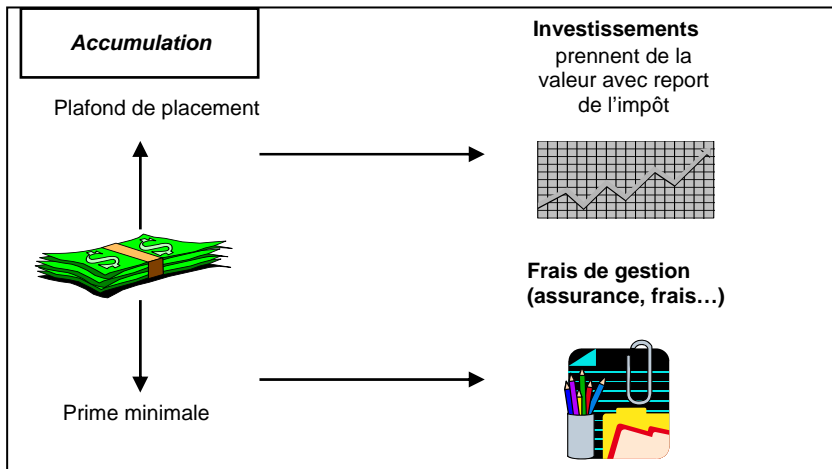
Engel Chevalier – Protection du patrimoine inc.

1. QU'EST-CE QU'UN PRÊT LEVIER DE TYPE 10-8?**1.1. DESCRIPTION DE LA TRANSACTION**

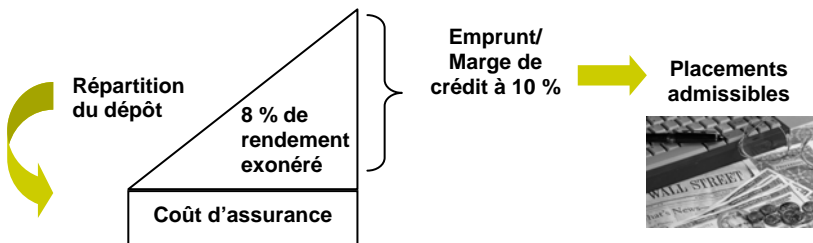
La stratégie de prêt levier de type 10-8 est une option de placement dans un contrat d'assurance vie universelle (ci-après « Vie universelle »). Cette option est offerte par plusieurs assureurs sous différentes formes. On ne souscrit pas une assurance vie et une stratégie 10-8 si on n'a pas en premier lieu un besoin d'assurance, car cette stratégie n'est ni un placement ni un abri fiscal.

Dans une Vie universelle, le client peut soit payer la prime minimale qui correspond au coût d'assurance nivelé plus la taxe provinciale sur les primes d'assurance ou choisir un autre scénario de dépôt, jusqu'à concurrence du maximum permis¹. Lorsque le client décide d'investir davantage que le minimum, l'assureur offre au titulaire du contrat un choix de placements dans lesquels il peut investir ce surplus. Éventuellement, le rendement de ces placements pourrait être supérieur aux frais prélevés dans le contrat (coût d'assurance plus taxe plus frais de gestion) et le client pourrait cesser de faire des dépôts additionnels.

¹ *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), al. 306(3)d).



Le fonctionnement du produit est différent lorsqu'on fait le choix d'une stratégie 10-8. Dans ce cas-ci, et dès la première année du contrat, le client peut affecter cette valeur en garantie afin d'obtenir un prêt. Le rendement de la valeur de rachat cédée en collatéral est garanti selon différentes échéances à 8 % et le taux d'intérêt de l'emprunt est fixé à 10 %. L'écart de 2 % est garanti pour la durée du contrat.



Par la suite, le titulaire du contrat utilise la marge de crédit pour investir dans une entreprise ou dans des placements admissibles. Il y a deux principales formes de prêt garanti.

1.2. AVANCE SUR POLICE

Par avance sur police, on veut dire que la transaction est un prêt par l'assureur à même les valeurs de rachat du contrat. Afin d'être efficace du

point de vue fiscal, le prêt est limité au coût de base rajusté (ci-après « CBR ») du contrat.

1.3. PRÊT COMMERCIAL EN NANTISSEMENT

Dans ce cas-ci, le contrat d'assurance ne fait pas l'objet d'un prêt. Il est cédé en collatéral pour l'obtention d'un prêt de type commercial.

2. HISTORIQUE DES TECHNIQUES D'EMPRUNT UTILISANT L'ASSURANCE VIE

Utiliser son contrat d'assurance pour accéder à une source de liquidités n'est pas nouveau. Pendant de nombreuses années, on garantissait même le taux d'emprunt à 6 % pour les contrats de type vie entière. Cela a fait le malheur des compagnies d'assurances lorsque dans les années 1980, de nombreux assurés ont demandé des avances sur leurs contrats et réinvestissaient le produit de l'emprunt afin d'obtenir plus de 20 % d'intérêt sur des certificats de placements garantis. Il est intéressant de constater que l'écart entre le taux de rendement des contrats de type vie entière et leur taux de rendement interne se situait entre 2 et 3 %.

Dans les années 1980, un important assureur a eu beaucoup de succès avec une formule où le client capitalisait dans son contrat d'assurance vie entière ou vie universelle et cédait éventuellement son contrat en collatéral auprès de sa banque pour obtenir des retraits non imposables. Cette formule existe toujours et le prêt se limite à 75 % de la valeur de rachat si le client ne fournit pas d'autre collatéral que les valeurs de rachat de l'assurance. Dans le système d'illustrations de projets, l'assureur projette que le coût du prêt devrait être 2 % supérieur au taux de rendement des valeurs de rachat de la vie universelle, mais cet écart n'est pas garanti. Le principal risque financier de cette stratégie est le manque de corrélation entre le taux de rendement des valeurs de rachat et le taux d'intérêt du prêt.

Les clients sont exposés à une fluctuation des rendements du contrat et des taux d'intérêt du prêt.

Au début des années 1990, on assiste aux premières tentatives de structurer un prêt levier qui soit corrélé à 100 % avec le rendement du contrat. Il fonctionnait sur la formule de l'avance sur police. À ce moment, les taux étaient de 10 % de rendement sur les valeurs de rachat et de 12 % d'intérêt sur le prêt.

En 2002, une autre société a réussi à combiner les avantages des taux garantis sur le prêt et les valeurs dans le contrat, tout en le structurant en prêt commercial. C'est la première structure 10-8 avec prêt en nantissement.

Plusieurs assureurs ont emboîté le pas par la suite, mais ont surtout utilisé la formule de l'avance sur police.

3. BÉNÉFICES DES STRATÉGIES 10-8

3.1. STABILITÉ ET PRÉDICTIONNABILITÉ DES RENDEMENTS

Le contrat d'assurance vie universelle est un produit très avantageux pour générer des liquidités au décès, permettre à des investissements de se composer à l'abri de l'impôt et bâtir un compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») intéressant. Malheureusement, les investissements placés dans le contrat d'assurance ne peuvent pas faire mieux que le marché en général. Un client qui aurait choisi une politique de placements diversifiés il y a 10 ans aurait un rendement cumulatif inférieur à ce qu'il avait sûrement prévu.

Si le client avait profité d'une stratégie 10-8, il aurait aujourd'hui exactement les valeurs projetées au moment de la souscription du contrat. Cette garantie de rendement est un des bénéfices importants de toute stratégie de type 10-8.

Exemple : Vie universelle souscrite en 1999, 2 500 000 \$, 10 versements de 100 000 \$, homme âgé de 50 ans, non-fumeur

Type de stratégie	Vie universelle – Placements diversifiés	Vie universelle – Stratégie 10-8
Valeur de rachat prévue	1 074 947 (6 %)	1 207 420
Valeur de rachat réalisée	853 699 (2 %)	1 207 420
Dépôt additionnel requis en 2009	221 248	

3.2. FLUX MONÉTAIRES AVANTAGEUX

Cette stratégie procure des déductions fiscales avantageuses qui permettent au titulaire du contrat de se procurer une protection à un coût inférieur si toutes les conditions sont réunies. Naturellement, ce sont les avantages fiscaux que la stratégie procure qui viennent réduire le coût de l'achat de l'assurance. Tout comme emprunter pour acheter des placements pourrait augmenter la rentabilité globale d'un portefeuille.

3.3. LIQUIDITÉS

Cette stratégie est fort appréciée puisqu'elle permet au titulaire du contrat de déposer la prime maximale et de retirer les valeurs sous forme d'emprunt. Essentiellement, le client n'immobilise pas autant d'argent dans son contrat que la formule traditionnelle de provisionnement.

3.4. CROISSANCE DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

La stratégie 10-8 ne crée pas davantage de CDC qu'une Vie universelle dans laquelle on aurait déposé les mêmes primes et obtenu le même rendement. Par contre, l'investissement net requis pour obtenir ce CDC est bien moindre que pour un autre genre de contrat.

3.5. DÉDUCTIBILITÉ DU COÛT NET DE L'ASSURANCE PURE

Le coût net de l'assurance pure (ci-après « CNAP ») représente le coût de mortalité pure chaque année. Il ne correspond ni à la prime ni au coût d'assurance chargé dans le contrat puisque celui-ci peut être nivelé ou inclure des avenants et des taxes sur la prime. Donc, plus la personne est âgée, plus le risque de décès est élevé, plus important sera le CNAP.

Exemple : Assurance vie universelle de 1 000 000 \$, homme, non-fumeur

Année	Âge	CNAP
1	50	8 050 \$
5	55	15 850 \$
10	60	33 300 \$
20	70	132 900 \$
30	80	347 050 \$

La partie du CNAP qui est déductible correspond au ratio égal au montant de la dette par le montant total de la protection décès. Par exemple, 100 000 \$ de prêt divisé par 1 100 000 \$ = 9 %, selon l'alinéa 20(1)e.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² et l'article 308 R.I.R. Si la déductibilité de l'intérêt est refusée, alors la déduction pour le CNAP le sera aussi.

Seules les structures du type prêt en nantissement permettent la déductibilité du CNAP. Une avance sur police ne permet pas cette déduction, car elle ne répond pas aux exigences définies à l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. (cédée en garantie).

4. COMPARAISON DÉTAILLÉE DES STRATÉGIES D'AVANCE SUR POLICE ET PRÊT EN COLLATÉRAL

4.1. AVANCE SUR POLICE

4.1.1. Traitement fiscal de l'avance

Comme mentionné précédemment, il s'agit d'un prêt à même les valeurs de rachat. Lorsqu'on demande une avance sur des valeurs de rachat, ce prêt entraîne une disposition du contrat. La formule pour déterminer l'imposition de cette avance apparaît au paragraphe 148(1) L.I.R. :

Produit de la disposition - CBR = Gain imposable
Ce gain s'ajoute au revenu – Alinéa 56(1j) L.I.R.

Essentiellement, on considère que le CBR est le coût véritable que le titulaire du contrat a investi dans son contrat. Il s'agit d'une formule assez complexe déterminée à l'alinéa 148(9)c) L.I.R. Pour se donner un ordre de grandeur, on peut dire que le CBR est le total des dépôts effectués dans le contrat moins le coût net cumulatif de l'assurance pure. Donc, la valeur du CBR sera différente en fonction du niveau de dépôts dans le contrat et selon la durée de ces dépôts.

Nous avons déjà vu qu'il faut déposer la prime maximale dans un contrat d'assurance pour pouvoir effectuer une avance sur police. Cela crée un CBR plus important que si le client avait déposé la prime minimale.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

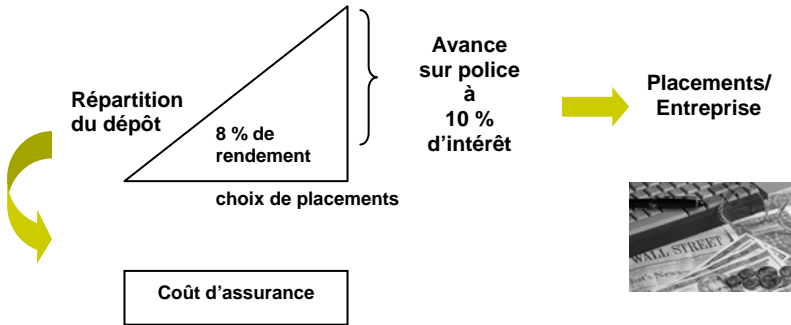
Exemple : Assurance vie universelle de 5 000 000 \$, femme âgée de 55 ans, non-fumeuse, taux de rendement projeté à 5 %

Dép	ôt minimum de 58 188 \$ payable la vie durant	Dépôt de 131 000 \$ pendant 10 ans	Dépôt de 294 000 \$ pendant 10 ans
Dépôt total en 10 ans	581 880	1 310 000	2 940 000
Valeur de rachat 10 ans	16 586	958 926	3 069 370
CBR	379 285	1 104 273	2 733 950
Dépôt total en 20 ans	1 163 740	1 310 000	2 940 000
Valeur de rachat 20 ans	43 604	825 476	4 263 167
CBR	132 309	275 423	1 905 100

4.1.2. Fonctionnement

Le titulaire du contrat effectue un dépôt supplémentaire dans un contrat d'assurance vie de type vie universelle. Le dépôt doit être suffisamment important pour qu'il y ait une valeur de rachat dans le contrat. Ce contrat peut être détenu par un individu ou une société. Il emprunte directement sur son contrat la somme qu'il désire jusqu'à concurrence de la valeur de rachat du contrat; cela constitue une avance sur police. Les avances sont limitées au CBR du contrat.

La stratégie généralement connue sous le nom de « 10-8 » procure un rendement de 8 % sur les valeurs de rachat équivalentes au montant du prêt. Le taux d'intérêt du prêt est fixé à 10 %. Puisque le montant des avances est limité au CBR, il y aura éventuellement davantage de valeurs de rachat que le montant des avances. Cet excédent de valeurs ne bénéficie pas du taux garanti de 8 %. Il doit être investi parmi les choix de placements offerts par l'assureur.



Au moment du décès, si l'assuré n'a pas remboursé le prêt, l'assureur se rembourse avant de verser le capital-décès au titulaire. La prestation-décès étant réduite du montant du prêt, le CDC en sera réduit d'autant³.

Généralement, la marge consentie correspond à 90 % des valeurs de rachat du contrat (jusqu'à concurrence du CBR).

Exemple : Homme âgé de 55 ans, non-fumeur, 5 000 000 \$ – Renseignements sur les dépôts

Année	Dépôt annuel	- Avance sur police	= Déboursé net
1	339 882	276 907	62 975
2	339 882	295 659	44 223
3	339 882	301 704	38 178
4	71 898	88 061	- 16 703
5			

³ Par. 148(9) « disposition » et par. 89(1) « compte de dividendes en capital » L.I.R.

Flux monétaires

Année	Déboursé annuel	+Intérêts payables (10 % du prêt)	=Déboursé total	-Économie d'impôts	=Déboursé net	Revenu annuel requis pour absorber les dépenses admissibles
1	62 975	26 498	89 473	12 348	77 125	26 498
2	44 223	54 789	99 012	25 532	73 480	54 789
3	38 178	83 659	121 837	38 985	82 852	83 659
4	- 16 703	92 086	75 383	42 912	33 011	92 086
5		92 086	92 086	42 912	49 174	92 086
10		92 086	92 086	42 912	49 174	92 086
15		92 086	92 086	42 912	49 174	92 086
20		92 086	92 086	42 912	49 174	92 086
35		92 086	92 086	42 912	49 174	92 086

- Pour être déductible, l'intérêt sur une avance sur police doit être payé au cours de l'année, tel qu'il est stipulé à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. L'intérêt n'est déductible que si l'emprunteur remplit le Formulaire T2210 sur lequel l'assureur confirme que l'intérêt a été versé au cours de l'année sur l'avance sur police et que l'intérêt n'a pas été ajouté au CBR du contrat.
- Le client se retrouve avec un déboursé d'intérêt annuel de 49 174 \$ pour maintenir son contrat en vigueur. Il aurait également pu acheter une assurance de type Temporaire 100 ans ou une Vie universelle à prime minimale et verser, la vie durant, une prime de 74 300 \$. La stratégie lui procure donc une réduction de déboursé de 25 126 \$ par année.

Renseignements sur l'assurance

Année	Assurance vie de base	+ Valeur des fonds accumulés	- Solde de l'avance	= Capital-décès net
1	5 000 000	279 715	276 907	5 002 808
2	5 000 000	582 091	572 566	5 009 524
3	5 000 000	908 100	874 270	5 033 828
4	5 000 000	978 102	962 331	5 016 270
5	5 000 000	978 905	962 331	5 016 572
10	5 000 000	980 559	962 331	5 018 226
15	5 000 000	982 476	962 331	5 020 144
20	5 000 000	984 699	962 331	5 022 367
35	5 000 000	993 727	962 331	5 031 394

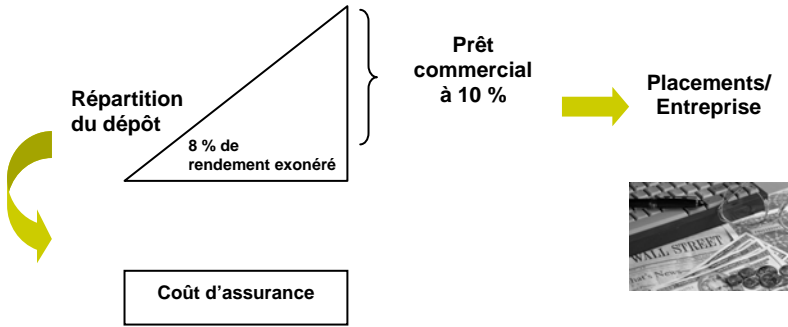
- Le capital-décès augmente, car la capacité d'emprunt sur la valeur des fonds dans le contrat est limitée au CBR de la police.
- Ce genre de stratégie fonctionne très bien dans le cadre d'une rente assurée.

4.2. PRÊT COMMERCIAL EN NANTISSEMENT

4.2.1. Fonctionnement

Le titulaire du contrat effectue un dépôt supplémentaire dans un contrat d'assurance vie universelle. Le dépôt doit être suffisamment important pour qu'il y ait une valeur de rachat dans le contrat. Ce contrat peut être détenu par un individu ou une société. Il affecte en garantie son contrat d'assurance auprès d'une institution financière pour obtenir un prêt commercial.

Le rendement de la valeur de rachat cédée en collatéral est garanti pour 10 ans à 8 % et le taux d'intérêt de l'emprunt est fixé à 10 %. L'écart de 2 % est garanti pour la durée du contrat.



Par la suite, le titulaire du contrat utilise la marge de crédit pour investir dans une entreprise ou dans des placements admissibles⁴.

Au moment du décès, si l'assuré n'a pas remboursé le prêt, l'assureur remboursera la marge de crédit avant de verser le solde au bénéficiaire du contrat.

La marge consentie est égale à 100 % de la valeur de rachat du contrat et la valeur de rachat dans ce contrat est équivalente à la valeur accumulée. Le taux d'intérêt est fixé pour 10 ans à 10 %. Comme il s'agit d'un prêt commercial, il y aura une vérification de crédit ainsi que des conditions de rappel.

⁴ Al. 20(1)r) L.I.R.

EXEMPLE : Homme âgé de 50 ans, non-fumeur, 5 000 000 \$ – Flux monétaires

Année	Dépôts de base	Dépôts supplémentaires	Prêt FCP (dépôt)	Intérêts payables d'avance	Intérêts payables à terme	Prêt FCP (intérêts)	Économies d'impôt ¹ annuelles	Mouvement de fonds net
1	-55 167	-170 000	166 005	-3 320	-13 280	13 280	7 866	-54 616
2	-55 167	-170 000	166 005	-6 906	-27 623	27 623	16 396	-49 671
3	-55 167	-170 000	166 005	-10 778	-43 113	43 113	25 655	-44 285
4	-55 167	-170 000	166 005	-14 961	-59 843	59 843	35 721	-38 402
5	-55 167	-170 000	166 005	-19 478	-77 911	77 911	46 667	-31 972
6	-55 167	-170 000	166 005	-24 356	-97 424	97 424	58 574	-24 943
7	-55 167	-170 000	166 005	-29 625	-118 498	118 498	71 493	-17 293
8	-55 167	-170 000	166 005	-35 315	-141 259	141 259	85 532	-8 944
9	-55 167	-170 000	166 005	-41 460	-165 840	165 840	100 781	160
10	-55 167	-170 000	166 005	-48 097	-192 387	192 387	117 371	10 112
15	-55 167	-	-	-70 670	-282 680	282 680	175 789	49 952
20	-55 167	-	-	-103 837	-415 350	415 350	255 531	96 527
25	-55 167	-	-	-152 571	-610 285	610 285	371 490	163 752
30	-55 167	-	-	-224 177	-896 709	896 709	540 526	261 182
35	-55 167	-	-	-329 390	-1 317 560	1 317 560	787 545	402 989
40	-55 167	-	-	-483 982	-1 935 928	1 935 928	1 149 257	610 109

- Les économies d'impôts annuelles comprennent les économies sur les intérêts déductibles et sur la partie déductible de l'assurance (CNAP).
- Une partie des intérêts sur le prêt, soit 2 %, est payable au début de l'année.
- L'autre partie des intérêts, soit 8 %, est payable à la fin de l'année.
- L'intérêt de 8 % gagné dans les valeurs de rachat du contrat a pour effet d'augmenter la capacité d'emprunt. Comme cette stratégie permet d'emprunter 100 % des valeurs du contrat, un emprunt additionnel peut être fait afin de payer entièrement ou partiellement les intérêts sur le prêt.

Situation au décès

Année	Montant d'assurance de base	Montant d'ass. Supplémentaire du compte capitalisation	Solde du Prêt en cours	Valeur nette du patrimoine	Compte de dividendes en capital
1	5 000 000	179 286	-179 285	5 000 000	5 179 285
2	5 000 000	372 914	-372 914	5 000 000	5 372 914
3	5 000 000	582 032	-582 032	5 000 000	5 582 032
4	5 000 000	807 881	-807 880	5 000 000	5 807 880
5	5 000 000	1 051 796	-1 051 796	5 000 001	6 051 796
6	5 000 000	1 315 226	-1 315 225	5 000 001	6 312 225
7	5 000 000	1 599 729	-1 599 728	5 000 001	6 599 728
8	5 000 000	1 906 993	-1 906 992	5 000 001	6 906 992
9	5 000 000	2 238 838	-2 238 837	5 000 001	7 238 837
10	5 000 000	2 597 230	-2 597 229	5 000 001	7 597 229
15	5 000 000	3 816 184	-3 816 182	5 000 002	8 816 182
20	5 000 000	5 607 226	-5 607 223	5 000 003	10 607 223
25	5 000 000	8 238 855	-8 238 850	5 000 004	13 238 850
30	5 000 000	12 105 580	-12 105 574	5 000 006	17 105 574
35	5 000 000	17 787 067	-17 787 059	5 000 008	22 787 059
40	5 000 000	26 135 036	-26 135 026	5 000 010	31 135 026

- Les sommes dues au titre de l'assurance vie de base et les sommes accumulées dans les valeurs de rachat sont versées au décès, libres d'impôt.
- Les prestations non imposables provenant des valeurs de rachat seront utilisées pour rembourser le solde du prêt au moment du décès.

5. RISQUES FINANCIERS POTENTIELS

5.1. CROISSANCE DU PRÊT ET REVENU IMPOSABLE REQUIS

De prime abord, cette stratégie semble très attrayante, mais il est important d'analyser les problèmes potentiels. Comme ce contrat a été souscrit pour des besoins successoraux, il faut être prudent dans les projections à long terme.

La stratégie de l'avance sur police limite la croissance du prêt, car il est limité au CBR. Cette stratégie représente un risque moins important de

croissance exponentielle que le prêt en nantissement. Dans notre exemple, les intérêts payables étaient plafonnés à 92 086 \$.

Dans la stratégie du prêt en nantissement, le prêt pourrait augmenter continuellement même s'il n'y a plus de dépôts, car le client a le droit d'emprunter chaque année 100 % de la valeur de rachat.

Dans l'analyse des risques potentiels, il faut aussi tenir compte de certaines possibilités dont une vie plus longue que l'espérance de vie normale.

5.2. CHANGEMENTS DANS LA SITUATION FINANCIÈRE DU CLIENT

Toute stratégie financière à long terme doit être flexible pour permettre au client d'adapter sa stratégie à sa situation financière ou à un changement des lois. Si, à cause d'un de ces changements, le client se doit de mettre fin à la stratégie, il pourra rembourser le prêt en tout temps, sans pénalités.

5.2.1. Remboursement du prêt dans les premières années

Dans les stratégies d'avance sur police, le client doit utiliser ses placements externes, car il a déjà utilisé les valeurs accumulées dans le contrat. Dans les stratégies de prêt en nantissement, le titulaire du contrat peut choisir entre utiliser les valeurs de rachat du contrat ou ses placements externes. Il faut rappeler que cette stratégie implique que le client utilise les liquidités existantes pour souscrire son assurance et, par la suite, qu'il emprunte pour acheter des placements. Donc, à moins de revers financiers, le client devrait avoir des placements externes qu'il pourra utiliser.

Année	Valeur de rachat	Montant du prêt	CBR
1	179 286	179 286	217 117
2	372 914	372 914	432 833
3	582 032	582 032	646 850
4	807 881	807 881	858 716
5	1 051 796	1 051 796	1 068 03
10	2 597 230	2 597 230	2 065 665
15	3 816 184	3 816 184	2 080 398
20	5 607 226	5 607 226	1 809 780

S'il rembourse le prêt en utilisant les valeurs du contrat et que le CBR est plus important que ces valeurs, le client se retrouvera avec une assurance à dépôt minimum (type Temporaire 100 ans). Libre à lui de conserver le contrat qui aura quand même l'avantage d'avoir un coût inférieur à un nouveau contrat. D'où l'importance d'utiliser un coût d'assurance nivelé lorsqu'on fait ce genre de stratégie.

Si le client utilise des placements externes pour rembourser le prêt, les valeurs de rachat dans le contrat demeurent exonérées d'impôt et le client se retrouve avec une assurance vie universelle traditionnelle. L'avantage est qu'il aura quand même profité d'un rendement de 8 % exonéré d'impôt durant la période où il a utilisé la stratégie et qu'il aura bénéficié des avantages fiscaux pendant quelques années.

5.2.2. Utilisation des valeurs de rachat pour rembourser le prêt lorsqu'il n'y a plus de coût de base rajusté

La stratégie à utiliser pour le remboursement du prêt lorsqu'il n'y a plus de CBR sera différente dépendamment des raisons nécessitant ce remboursement.

5.2.2.1. Situation financière difficile

L'encaissement des valeurs de rachat va déclencher une disposition. S'il n'y a plus de CBR, la totalité de la somme sera imposable. Si le client est en difficulté financière et qu'il a des pertes déductibles, il se pourrait que générer un revenu imposable n'entraîne pas de pertes financières pour le client.

5.2.2.2. Changements des lois fiscales

Si le motif justifiant le remboursement du prêt est un changement des lois fiscales et que cela s'effectue lorsqu'il n'y a plus de CBR, il est préférable d'utiliser une source externe plutôt que d'utiliser les valeurs de contrat afin de ne pas générer de revenu imposable.

Une solution intéressante est de rembourser le prêt à même des placements externes et de retirer les valeurs de rachat jusqu'à concurrence de la valeur de rachat requise pour que le rendement de cette valeur paie les coûts du contrat.

Le retrait serait partiellement imposable selon la date du retrait. L'impôt payable sera la plupart du temps inférieur aux réductions d'impôt encaissées depuis le début du programme.

Dans tous les cas, le client devra tenir compte de sa situation fiscale et de son âge. Par exemple, est-il approprié de retirer les valeurs de rachat d'un contrat après 20 ans pour rembourser le prêt alors qu'on est âgé de plus de 70 ans, sachant que le CDC sera réduit d'autant?

Comme cette stratégie s'adresse à des clients fortunés qui bénéficient de placements liquides, il est normal de favoriser le remboursement à même les placements provenant de ce même prêt.

6. SUIVI DE LA TRANSACTION

Dans le cas d'une avance sur police, il est important de remplir le Formulaire T2210 afin de pouvoir déduire les intérêts chargés sur l'avance.

Dans le cas du prêt en nantissement, comme dans toute stratégie financière et fiscale, il est important de pouvoir retracer les transactions. Dans le cadre d'une vérification, les autorités fiscales voudront s'assurer que l'emprunt a été utilisé en respect des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Une documentation adéquate, démontrant l'utilisation de l'argent, est primordiale.

CONCLUSION

Le choix de la stratégie 10-8 dans le cadre du choix de placement dans une vie universelle est une stratégie complexe et ne devrait être offert qu'à des clients ayant un certain profil. Le client type est généralement une personne détenant un patrimoine important personnellement ou par l'intermédiaire d'une société de gestion (a vendu son entreprise, deuxième génération, etc.) et dont les revenus de placement excèdent le montant requis pour satisfaire son coût de vie.

Il est essentiel de faire une planification qui tiendra compte du coût de vie du client afin de valider les revenus futurs et de s'assurer qu'il y aura toujours suffisamment de revenu imposable pour profiter des déductions que la stratégie génère.

Afin de prendre une décision éclairée, le client doit être en mesure de comparer cette stratégie avec d'autres projets. Le client doit être en mesure de déterminer si cette stratégie lui convient.

PARTIE B**Stratégies 10-8 : où en sommes-nous aujourd'hui?**

Peter Everett, avocat, CLU, TEP

Le Groupe financier PPI

1. HISTORIQUE

Les questions dont nous allons nous entretenir dans ce texte portent sur la législation fiscale fédérale, et plus particulièrement sur la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹. Au besoin, nous ferons référence aux questions fiscales provinciales.

Les polices d'assurance vie servent à acquitter diverses obligations, notamment à payer les charges fiscales et les obligations financières, à financer le rachat de la participation d'un actionnaire ou d'un associé et à procurer les fonds nécessaires pour acquitter les obligations successorales².

Les polices d'assurance vie et leur valeur de rachat sont également utilisées par les contribuables à des fins d'emprunt pour leurs placements et leurs activités professionnelles.

Les emprunts liés aux polices d'assurance vie prennent soit la forme : 1) d'un emprunt sur la valeur de rachat de la police, ou avance sur police; soit 2) d'un emprunt sur nantissement de la valeur de rachat de la police, ou facilité de crédit garantie par la valeur de rachat de la police, connu sous le nom de « prêt garanti » ou « prêt collatéral ».

¹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Il n'entre pas dans le cadre de notre propos de commenter le Livre vert publié par le ministère des Finances du Québec le 30 janvier 2009. Cependant, l'auteur estime que les prêts garantis de deuxième génération (ci-après « PGDG ») mentionnés ici ne correspondent vraisemblablement pas aux plans ou arrangements visés par le Livre vert.

² À moins d'avis contraire, le terme « police » s'entend ici d'une « police exonérée », définie à l'article 306 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »). Pour avoir une explication détaillée des polices exonérées, veuillez vous reporter aux ouvrages suivants : Glenn R. STEPHENS, *Estate Planning with Life Insurance*, 4^e éd., Toronto, Publications CCH, pp. 37-43; Florence MARINO et Joel T. CUPERFAIN, *Canadian Taxation of Life Insurance*, 4^e éd., Toronto, Thomson Carswell, pp. 49-70.

La *Loi de l'impôt sur le revenu*³ offre un cadre favorable à l'utilisation des polices d'assurance vie dans le contexte de ces emprunts ou, pour reprendre un terme plus courant en matière de prêt lié à l'assurance vie, à leur utilisation comme « levier financier ».

Le cadre législatif est considéré comme favorable à l'utilisation des polices d'assurance comme levier financier en raison de trois principaux facteurs :

- a) l'augmentation de valeur n'est pas imposable lorsque la police est une police exonérée⁴;
- b) la cession de la police en vue de l'obtention d'un prêt ou d'une facilité de crédit (sauf une avance sur police) n'est pas considérée comme une « disposition » d'un intérêt dans la police⁵;
- c) la prestation payable au décès n'est pas imposable⁶.

En résumé, les polices et leur valeur de rachat ont eu et continuent d'avoir un rôle reconnu : i) dans la satisfaction des besoins d'assurance vie des titulaires de police et des personnes assurées au titre de ces polices; et ii) dans le processus des opérations d'emprunt des particuliers et des entreprises au Canada. De plus, les polices d'assurance vie et leur fonction de levier financier ont bénéficié des dispositions favorables prévues par la loi.

2. EMPRUNTS ET POLICES D'ASSURANCE VIE

Comme il est mentionné ci-dessus, il est possible d'utiliser la valeur de la police à des fins d'emprunt. La valeur en question est généralement la

³ Les mentions de la « loi » renvoient à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À moins d'avis contraire dans le présent texte, toute référence législative se rapporte à la loi.

⁴ Al. 12.2(1)a) L.I.R.; art. 306 R.I.R.

⁵ Par. 148(9) « disposition », al. f) L.I.R.

⁶ Le paiement des sommes dues au décès ne constitue pas une « disposition » d'un intérêt dans une police d'assurance vie – se reporter au paragraphe 148(9) « disposition », al. j) L.I.R.

valeur de rachat de la police, une valeur liquide facilement accessible⁷. La facilité d'accès de cette valeur permet au titulaire de la police de contracter un emprunt sur sa police (avance sur police) ou de céder sa police en garantie d'un emprunt (prêt garanti).

De façon générale, le prêteur n'avancera pas plus qu'un certain pourcentage de la valeur liquide de la police. Une règle simple consiste à avancer jusqu'à 50 % de la valeur liquide de la police lorsque les fonds sont placés dans les fonds indiciaires d'actions offerts dans le cadre de la police, et jusqu'à 90 % lorsque les fonds sont placés dans des titres à revenu fixe offerts dans la police.

Au Canada, les avances sur police constituent des prêts sur la valeur nette réalisable de la police. L'avance sur police est freinée par la fiscalité, en ce sens que l'excédent sur le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») de la police s'ajoute intégralement au revenu imposable. Par conséquent, l'emprunteur⁸ veille naturellement à ce que le montant de l'avance sur police n'excède pas le CBR⁹.

Étant donné les obstacles financiers et fiscaux que comportent les avances sur police mentionnées ci-dessus, les emprunteurs ont réalisé que les avances sur police avaient une souplesse financière limitée, peu propice à la satisfaction de leurs besoins en matière de placements et de financement commercial, et ont commencé à se servir de la valeur de rachat de la police pour garantir un emprunt distinct. Dans ce type d'arrangement, la police exonérée et sa valeur de rachat, de même que les revenus capitalisés et non imposables de la valeur de rachat, servent de garantie à l'obtention du prêt. La cession d'un intérêt dans la police pour garantir un emprunt ne constitue pas une disposition au sens de la loi¹⁰. En outre, si l'emprunteur décède avant

⁷ Il est à noter que le montant intégral de la valeur de rachat de la police n'est pas toujours disponible aux fins d'emprunt, puisqu'elle peut servir en partie à garantir la portion non réalisée de tout rachat par anticipation.

⁸ Cet article est fondé sur l'hypothèse que la personne qui obtient l'avance sur police est le titulaire de la police.

⁹ L'avance sur police est considérée comme la disposition d'un intérêt dans la police (voir le par. 148(9) « disposition », al. b) L.I.R.). Le paragraphe 148(1) L.I.R. stipule que les sommes reçues par le contribuable au titre d'une avance sur police s'ajoutent à son revenu si elles excèdent le CBR de la police. Cette inclusion vient s'ajouter au revenu stipulé à l'alinéa 56(1)j) L.I.R.

¹⁰ *Supra*, note 8.

l'échéance du prêt, le produit de la disposition n'est pas imposable et peut servir au remboursement du prêt¹¹.

Pour les raisons mentionnées antérieurement, les prêts garantis jouent un rôle important de levier financier pour combler les besoins des Canadiens en matière de placements et de financement commercial.

Les prêts garantis de « première génération » n'étaient cependant pas sans présenter quelques difficultés. Les prêteurs et les emprunteurs s'inquiétaient des fluctuations éventuelles de la valeur des polices, ce qui nuisait à la pertinence de la valeur de la police comme garantie des prêts. La décroissance de la valeur liquide de la police augmente le risque de voir le prêt être en défaut et que des garanties additionnelles soient exigées par le prêteur. De plus, la police elle-même peut être en danger de déchéance.

De plus, les créanciers de cette première génération de prêts garantis limitaient la valeur de rachat des polices qui pouvaient être cédées en garantie des prêts. Étant donné que seule une partie de la valeur liquide de la police pouvait assurer un levier financier, le prêt garanti avait une utilité financière restreinte. En bref, nombre de titulaires de police étaient contrariés par les restrictions appliquées à la valeur de leur police.

La solution aux problèmes exposés ci-dessus consistait à créer un arrangement qui donnait au titulaire facilement accès à la valeur liquide de sa police, à des conditions commerciales raisonnables, aux fins de ses placements. De plus, cet arrangement devait apaiser les soucis éprouvés par le titulaire concernant la pleine capitalisation de sa police acquise à des fins de planification financière et successorale.

En conséquence, l'industrie de l'assurance a commencé à étudier des solutions de rechange aux prêts garantis. Partant des dispositions fiscales favorables exposées antérieurement, l'industrie a réussi à mettre au point un concept, fondé sur une police et un prêteur, qui harmonise le rendement de la valeur liquide de la police avec le montant de l'emprunt garanti par la police. Cette stratégie, familièrement appelée « 10-8 », garantit aux prêteurs et aux emprunteurs la sécurité financière du prêt.

¹¹ Par. 148(9) « disposition », al. f) L.I.R. Lorsque le titulaire est une société qui est l'emprunteur et que la personne assurée par la police décède, l'excédent du produit de la disposition de la police sur le CBR peut être porté au crédit du compte de dividendes en capital de la société (voir par. 89(1) « compte de dividendes en capital », al. d) et e) L.I.R.).

Dans sa forme la plus simple, la stratégie 10-8 fonctionne de la manière suivante : une police d'assurance vie est acquise pour des raisons de planification successorale ou commerciale. Des sommes additionnelles au coût de mortalité requis sont déposées dans le compte spécial de la police. Le compte spécial et la police sont ensuite utilisés pour garantir un prêt. L'emprunteur paie des intérêts au taux de 2 % au décaissement du prêt et des intérêts de 8 % à terme échu (à l'anniversaire du prêt). Les fonds additionnels déposés dans la police rapportent des intérêts de 8 %, qui ne sont pas imposables, puisque la police fait l'objet d'une exonération. À la fin de l'année, l'emprunteur paie les intérêts de 8 % alors échus et peut, s'il le désire, emprunter la somme correspondant à ces 8 %, capitalisée au sein de la police depuis le début de l'année. Les 8 % en cause sont disponibles pour l'emprunteur puisqu'ils représentent une augmentation réelle nette de son avoir dans la police. Bien que la hausse de l'avoir net soit disponible pour emprunt, il est à noter qu'au titre des PGDG, l'intégralité des intérêts de 10 % est en fait payée par l'emprunteur.

En payant d'avance les intérêts de 2 %, l'emprunteur et le prêteur savent que la valeur d'emprunt de la police sera toujours au moins égale à celle du prêt. Par conséquent, les deux parties sont certaines que le prêt ne sera pas en défaut.

Certains assureurs ont supprimé les frais de rachat de leurs polices, ce qui a porté à 100 % le ratio prêt/valeur.

En résumé, la stratégie 10-8, introduite pour des raisons commerciales, donne au prêteur et à l'emprunteur l'assurance raisonnable que le PGDG ne tombera pas en défaut par suite des caprices du marché; il garantit au titulaire la disponibilité de 100 % de son avoir dans la police et calme les inquiétudes du titulaire concernant la pleine capitalisation de la police acquise pour combler des besoins de planification financière, commerciale et successorale.

3. QUESTIONS RELATIVES AUX PRÊTS GARANTIS

Cette section du document porte sur les PGDG et les questions d'ordre fiscal dont il faut tenir compte à l'égard de ces prêts.

Les déclarations faites par les responsables de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») lors de la table ronde de la conférence 2008 de

l'Association canadienne d'études fiscales¹², du symposium Lipson 2009 de l'Association canadienne d'études fiscales¹³ et de la conférence annuelle de la Society of Trust and Estate Practitioners (ci-après « STEP »)¹⁴, tenue à Toronto en juin 2009, ont donné lieu à des spéculations au sujet de la réaction de l'ARC aux programmes de prêts garantis. À cette étape-ci, disons simplement que l'ARC a entrepris un examen des pratiques du secteur de l'assurance vie en matière de communication de l'information aux titulaires de police, et qu'elle a étendu la portée de son examen aux programmes de prêts garantis. Lors de la conférence de la STEP, l'ARC a affirmé qu'un participant du secteur avait déposé une soumission à propos de ces programmes et qu'elle n'avait pas encore répondu à ce participant.

Comme nous l'avons mentionné dans la section 1., des emprunteurs ont utilisé des prêts garantis à des fins de placement dans le passé. Les PGDG sont relativement nouveaux dans le monde des prêts leviers, mais comme ils possèdent plusieurs caractéristiques des prêts garantis de première génération, ils ont fait l'objet d'attention particulière. Les responsables de l'ARC et certains membres du secteur de l'assurance vie ont fait connaître leur point de vue sur ces prêts et, de diverses façons, ont suggéré que ces prêts pourraient, d'une part, faire l'objet d'une contestation en vertu de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») ou, d'autre part, ne pas pouvoir donner lieu à une décision au titre de la RGAÉ. Comme ces prêts ne sont pas bien compris, les assureurs n'ont pas été surpris par les réactions et s'y attendaient même.

La section 3. a pour objectif d'aider à comprendre les questions fiscales touchant les PGDG et de suggérer des approches à cet égard.

Les questions les plus importantes, sans ordre particulier, sont les suivantes¹⁵ :

- a) Est-ce qu'un prêt accordé aux termes d'un PGDG constitue une avance sur police?

¹² « Table ronde de Revenu Canada », dans *Annual Tax Conference 2008*, Calgary, Association canadienne d'études fiscales, 2008.

¹³ « Lipson Symposium », Calgary, Association canadienne d'études fiscales, 2009.

¹⁴ « Practitioner/CRA Round Table », dans *2009 STEP Canada National Conference, Society of Trust and Estate Practitioners*, juin 2009.

¹⁵ La liste des questions clés énumérées a été dressée par l'auteur. Il peut y avoir d'autres questions importantes dont le présent document ne fait pas état.

- b) Le PGDG et ses éléments constitutifs sont-ils considérés comme un mauvais usage ou un abus des dispositions de la loi, du point de vue de la RGAÉ?
- c) Le taux d'intérêt appliqué aux PGDG est-il raisonnable?

Quoique moins importantes, les questions suivantes sont souvent soulevées dans le cas des prêts leviers¹⁶ :

- d) Les fonds empruntés ont-ils été utilisés aux fins acceptables précisées à l'alinéa 20(1)c) L.I.R.?
- e) Le coût net de l'assurance pure (ci-après « CNAP ») est-il déductible aux termes de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R.?

Nous examinerons chacune de ces questions à tour de rôle dans la section suivante du présent document.

4. COMMENTAIRES

La question cruciale est de déterminer si les PGDG constituent vraiment des avances sur police et, à défaut, s'ils peuvent être recaractérisés comme des avances sur police en vertu de la RGAÉ.

- a) Les PGDG comportent des conditions différentes des avances sur police, en ce sens que les PGDG sont régis non pas par la police d'assurance vie, mais plutôt par leur propre ensemble de conventions et de documents. Les PGDG sont contractés selon les critères qui s'appliquent aux prêts commerciaux ordinaires, tandis que les avances sur police ne requièrent pas de processus de sélection financière et que la faculté de s'en prévaloir est un droit acquis aux termes de la police. Finalement, les emprunteurs aux termes d'un PGDG ne peuvent faire valoir aucun droit de compensation contre le prêteur, tandis que ce droit existe dans le cas d'une avance sur police.

Étant donné que le PGDG est distinct de la police, tant sur le plan de la forme que du fond, et vu la différence fondamentale de structure entre le PGDG et l'avance sur police, on peut s'attendre que le PGDG ne soit pas

¹⁶ À l'instar des questions importantes mentionnées dans le présent document, il peut y avoir d'autres questions clés non traitées et dont les conseillers et leurs clients pourraient tenir compte lorsqu'ils examinent le bien-fondé des PGDG.

traité comme une avance sur police sur le plan fiscal ou commercial ou du point de vue des assurances.

- b) Une question se pose alors, à savoir si la RGAÉ peut être appliquée pour recharacteriser le PGDG comme une avance sur police. Comme nous l'avons indiqué précédemment, il existe un lien commercial entre le taux d'intérêt appliqué au PGDG et les intérêts portés au crédit de la police. À première vue, le lien existant entre la police et le prêt pourrait laisser présumer que la police constitue en fait la source des fonds empruntés. S'il est possible de recharacteriser le PGDG à une avance sur police, alors dans la mesure où le montant du prêt dépasse le prix de base rajusté de la police, l'excédent sera ajouté au revenu de l'emprunteur (en présumant que l'emprunteur est aussi le titulaire de la police). Dans les faits, la police et le prêt sont séparés et distincts sur le plan juridique; et à ce titre, la RGAÉ ne devrait pas tenter de les assimiler l'un à l'autre¹⁷.

Une autre question se pose relativement à la RGAÉ : les PGDG et leurs éléments constitutifs peuvent-ils constituer un mauvais usage ou un abus des dispositions de la loi comme les alinéas 20(1)a) et 20(1)e.2) L.I.R., le paragraphe 148(9) L.I.R., la définition de « disposition » et les règles sur les polices exonérées de l'article 306 R.I.R.?

- a) En règle générale, les PGDG suivent les mêmes principes que les prêts commerciaux ordinaires garantis, à l'exception de la relation entre le taux appliqué au prêt (actuellement à 10 %) et le taux des intérêts portés au crédit de la police (actuellement à 8 %).
- b) En supposant que la relation entre le taux débiteur et le taux créditeur soit justifiée sur le plan commercial (pour couvrir le risque de non-concordance mentionné antérieurement dans le présent document), il reste à déterminer si une déduction des intérêts et du CNAP dans le contexte du prêt peut être répréhensible du point de vue de la RGAÉ.

¹⁷ Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. La Reine*, 2005 D.T.C. 5523 (ci-après « *Hypothèques Trustco Canada* »), la Cour suprême du Canada a établi que « le paragraphe 245(3) ne permet pas de "requalifier" une opération (comme une opération d'évitement) [...] parce qu'une autre opération, qui aurait pu permettre d'obtenir un résultat équivalent, se serait traduite par des impôts plus élevés ». Dans le contexte des PGDG et des avances sur police, l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* empêcherait apparemment de « requalifier » un PGDG comme avance sur police, compte tenu en particulier du fait que les PGDG et leurs éléments constitutifs sont conformes aux dispositions de la loi qui s'y appliquent.

Nous répondons que les PGDG suivent les mêmes règles que tous les autres prêts.

- c) On pourrait aussi se demander s'il y a une utilisation abusive des dispositions de la loi relatives aux polices exonérées, en particulier l'article 306 R.I.R. Rappelons que les polices qui garantissent les PGDG suivent exactement les mêmes règles que les polices qui ne sont pas cédées en garantie d'un PGDG.
- d) L'utilisation des polices d'assurance vie aux fins des PGDG ainsi que la déduction des intérêts payés aux prêteurs aux termes des PGDG sont conformes à la loi et ne semblent pas contrevenir aux dispositions concernant les polices d'assurance vie et la déduction des intérêts, ni les dénaturer de quelque façon. De plus, il importe de souligner que la déduction des intérêts courus sur les prêts garantis par des polices d'assurance vie n'est pas exclue de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., à moins que l'emprunt ne serve à l'acquisition de la police. Dans le cas des PGDG, les fonds empruntés servent à des fins d'investissement dans une entreprise ou des biens et, en conséquence, les frais d'intérêt connexes sont déductibles. On pourrait donc faire valoir que les PGDG respectent la politique fiscale implicite de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. De plus, une déduction au titre du CNAP¹⁸ est autorisée dans les cas où l'alinéa 20(1)c) L.I.R. permet la déduction des intérêts. De manière implicite, l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. permet de conclure que l'intention du législateur était de permettre l'utilisation des polices d'assurance vie comme garantie des prêts.

En fait, la seule différence entre les PGDG et les autres prêts réside dans le lien entre le taux d'intérêt du prêt et le taux d'intérêt créditeur de la police, lien établi à des fins purement commerciales, en l'occurrence pour éviter le risque de non-concordance mentionné dans le présent document. À cet égard, la loi n'établit apparemment aucune politique visant à décourager ou à interdire un lien, particulièrement lorsque le lien existe pour un motif commercial, et non pour un motif fiscal.

- e) Autre point important à souligner, les PGDG ne constituent pas la raison première de l'acquisition de la police et ne représentent pas non plus l'étape qui suit obligatoirement l'acquisition de la police. Il est à noter que le PGDG est une option dont peut se prévaloir le titulaire de police, mais ne constitue pas un préalable à l'acquisition ou au maintien de la

¹⁸ Al. 20(1)e.2) L.I.R.

police. De nombreux titulaires de police souscrivent une police (à des fins de planification successorale ou d'entreprise) qui permet d'obtenir un PGDG sans jamais en faire la demande. À cet égard, le PGDG est identique à un autre prêt, puisque la police d'assurance vie connexe est acquise à des fins de planification successorale ou d'entreprise, mais qu'elle pourrait être ou ne jamais être utilisée comme garantie d'un prêt.

- f) Il importe aussi de souligner que les dépôts faits dans une police utilisée aux fins d'un PGDG ne sont pas des fonds empruntés. Ces fonds proviennent plutôt des avoirs d'autres sources du titulaire de police, par exemple des liquidités d'un compte bancaire ou d'autres actifs liquides. Le titulaire de la police n'a eu qu'à convertir ses liquidités en police d'assurance vie. Dès que les fonds sont déposés dans la police, l'avoir du titulaire dans la police est de même nature que le reste de son patrimoine, donc de même nature que ses avoirs en actions ou en biens immobiliers, qui peuvent tous servir à garantir un prêt.
- g) En résumé, les PGDG de manière générale, ainsi que les règles de la loi qui s'appliquent aux polices données en garantie des emprunts aux termes des PGDG, sont conformes aux dispositions de la loi, individuellement et collectivement¹⁹.

¹⁹ Les principales causes en matière de RGAÉ sont les suivantes : *Hypothèques Trustco Canada*, précité, note 17 et *Mathew c. La Reine*, 2005 D.T.C. 5538 (C.S.C.) (ci-après « *Mathew* »), et toute analyse relative à la RGAÉ s'inspirerait de ces causes. Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada*, la Cour suprême du Canada a établi que l'analyse relative à la RGAÉ devrait poser les questions suivantes : 1) Existe-t-il un « avantage fiscal »? 2) Existe-t-il une « opération d'évitement » qui entraîne un avantage fiscal (à moins que l'opération n'ait été effectuée de bonne foi à des fins autres que l'obtention de l'avantage fiscal)? et 3) Est-il raisonnable de considérer que l'opération n'entraîne pas de mauvais usage ou d'abus des dispositions de la loi? Dans le cas des PGDG, la déduction des intérêts constitue l'avantage fiscal. Cela soulève une question importante, à savoir : Y aurait-il vraiment une opération d'évitement si le prêt était obtenu principalement à des fins commerciales?

Dans l'arrêt *Lipson c. La Reine*, 2009 CSC 1 (ci-après « *Lipson* »), une cause qui n'a pas remis en question les principes énoncés dans les arrêts *Hypothèques Trustco Canada* et *Mathew*, la Cour suprême du Canada a affirmé qu'il faut appliquer le critère d'abus à chaque opération d'évitement, mais qu'« il faut toutefois se garder de mettre l'accent sur l'«objet global» des opérations ». En fait, les résultats de l'opération d'évitement, et non la motivation du contribuable ou l'objet de l'opération, constituent l'élément pertinent de l'examen fondé sur la RGAÉ. À cet égard, si l'on accepte que l'exécution de dépôts dans une police, la cession de la police à titre de garantie et le versement de paiements d'intérêts sur le PGDG constituent des « opérations d'évitement », il est alors clair que le PGDG ferait l'objet d'un examen fondé sur la RGAÉ. Comme nous le mentionnons dans le présent document, même si
(à suivre...)

Une question importante consiste à déterminer si le taux d'intérêt appliqué au PGDG est raisonnable.

- a) Dans la conclusion de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., la loi stipule que la déduction d'intérêt doit être raisonnable; la question est donc de savoir si le taux de 10 %, ou n'importe quel taux établi ultérieurement par les prêteurs, est « raisonnable ».
- b) Dans l'arrêt *Shell Canada Ltd. c. La Reine*²⁰, la Cour suprême du Canada a affirmé qu'un taux d'intérêt établi par des parties sans lien de dépendance est généralement un taux raisonnable. Dans le cas des PGDG, c'est le prêteur qui établit unilatéralement le taux, sans consulter l'emprunteur.

(...suite)

les opérations constituent des opérations d'évitement, chacune de ces opérations entre clairement dans le champ d'application des dispositions qui s'y appliquent, ainsi que de la politique législative implicite ou explicite dans les dispositions qui s'y appliquent.

Il ne semble pas que les opérations englobant les PGDG produisent un résultat qui soit contraire à l'intention du législateur. Dans le cas des PGDG, toutes les dispositions et l'objet de ces dispositions semblent avoir été respectés. Par exemple, la politique énoncée à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. est respectée en ce sens que les fonds empruntés sont utilisés à des fins de constitution de capital. En ce qui a trait à la mise en gage, la loi exclut expressément de la définition de « disposition » au paragraphe 148(9) L.I.R. une cession effectuée pour garantir un prêt. Les décisions rendues dans les affaires *Landrus c. La Reine*, 2009 D.T.C. 5085 (C.A.F.); *Collins & Aikman Products Co. c. La Reine*, 2009 D.T.C. 1179 (C.C.I.) (ci-après « *Collins & Aikman* »); *Copthorne Holdings Ltd. c. La Reine*, 2009 D.T.C. 5101 (C.A.F.); *Fiducie familiale Garron et autres c. La Reine*, 2009 D.T.C. 1234 (C.C.I.) et *Antle c. La Reine*, 2009 CCI 465 ne modifient pas substantiellement cette opinion. (Notez qu'un appel a été interjeté auprès de la Cour d'appel fédérale dans la cause *Collins & Aikman* et que Copthorne Holdings Ltd. cherche l'autorisation d'en appeler devant la Cour suprême du Canada.)

²⁰ [1999] 3 R.C.S. 622; dans cet arrêt, le taux d'intérêt sur un prêt en dollars néo-zélandais était de 15,4 %, alors que le taux d'intérêt commercial en dollars américains, devise dans laquelle le prêt fut converti, s'établissait à 9,1 %. La Cour a établi que « lorsqu'un taux d'intérêt est fixé sur un marché de prêteurs et d'emprunteurs sans lien de dépendance, il s'agit généralement d'un taux raisonnable ». En se fondant sur l'affaire *McCoy c. La Reine*, 2003 D.T.C. 660 (C.C.I.), il faudrait examiner la relation entre les parties, et non l'opération elle-même, pour déterminer si les parties agissaient sans lien de dépendance. Dans le cas des PGDG, on peut très certainement affirmer que les parties agissent sans lien de dépendance.

- c) Les prêteurs qui accordent des PGDG devraient normalement avoir établi une méthode d'établissement du taux à appliquer aux avances, au titre des PGDG.
- d) Il faut tenir compte des facteurs suivants dans l'établissement du taux d'intérêt du PGDG :
- la durée du prêt;
 - la possibilité de remboursement et, le cas échéant, les conditions de ce remboursement;
 - l'éventualité d'une bonification ou d'autres sommes à payer au prêteur en cas de remboursement avant l'échéance;
 - ratio prêt/actif;
 - fréquence des avances aux termes du prêt;
 - frais du prêteur, y compris les facteurs relatifs à la garantie et au risque de défaut;
 - coût du capital du prêteur;
 - marge bénéficiaire du prêteur.
- e) Il est aussi raisonnable de s'attendre à ce que les prêteurs rajustent le taux d'intérêt au fil du temps afin de tenir compte des facteurs mentionnés précédemment.

5. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS D'INTÉRÊTS ET LE COÛT NET DE L'ASSURANCE PURE

- a) Les avances consenties aux termes des PGDG sont semblables aux avances accordées aux termes de n'importe quel prêt. De savoir si les avances sont utilisées selon les critères décrits à l'alinéa 20(1)c) L.I.R. est une question de fait et de retraçage, c'est-à-dire l'utilisation réelle des fonds par le contribuable. On pourrait s'attendre à ce que le retraçage démontre que les fonds empruntés sont utilisés directement à des fins

admissibles et qu'ils satisferont aux critères de déduction stipulés à l'alinéa 20(1)c) L.I.R.²¹

- b) Le CNAP peut aussi être déduit à titre de coût d'emprunt²². Le CNAP sera aussi déductible aux termes de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R., à condition que les intérêts reliés à l'emprunt garanti par la cession de la police soient eux-mêmes déductibles aux termes de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. La déduction accordée au titre du CNAP varie en fonction du coût annuel de l'assurance, du montant du prêt à certaines dates et du montant du prêt consenti aux termes de la facilité de crédit.
- c) Une condition importante de la déduction du CNAP dont on fait parfois peu de cas est le fait que seul l'emprunteur qui est titulaire de la police peut s'en prévaloir. Si, par exemple, le titulaire a cédé la police en garantie d'un prêt à un tiers, l'emprunteur ne peut pas se prévaloir de la déduction du CNAP.

CONCLUSION

- a) Une police d'assurance vie est d'abord acquise à des fins de planification financière personnelle, successorale ou d'affaires. Il n'y a aucune obligation de céder la police en garantie sur un prêt, qu'il s'agisse d'un prêt conventionnel ou d'un PGDG.
- b) Les PGDG répondent aux besoins des titulaires de police qui sont, d'une part, d'accéder facilement aux liquidités de leur police et, d'autre part, de diminuer les risques reliés à la capitalisation de leur police.

²¹ La déduction devra évidemment constituer une déduction raisonnable au sens de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et selon ce que nous avons mentionné dans le présent document. Dans le contexte de la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I-3 et mod., les particuliers devront satisfaire aux exigences particulières de cette loi eu égard à la déduction des intérêts.

La question du retraçage quant à la concordance de l'opération avec une utilisation admissible semble réglée : consultez les arrêts *Singleton c. La Reine*, 2001 D.T.C. 5533 (C.S.C.) et *Lipson*, précité, note 19.

²² Al. 20(1)e.2) L.I.R. Le montant de la déduction est habituellement assez minime au début et augmente au fil des années, à mesure que l'assuré aux termes de la police d'assurance vie vieillit et que le coût de l'assurance s'accroît. Il est important de suivre la méthodologie énoncée à l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. afin de s'assurer d'établir avec précision la déduction appropriée.

- c) Les titulaires acquièrent les polices pour répondre à leurs besoins de planification successorale et d'entreprise, et non dans le but d'obtenir une déduction des intérêts et du CNAP. À ce titre, la décision du titulaire d'une police d'utiliser sa police comme garantie d'un PGDG est tout à fait distincte de sa décision antérieure d'acquérir la police.
- d) Hormis le taux d'intérêt, ce qui distingue le plus le PGDG du prêt garanti de manière conventionnelle, c'est le lien établi entre le taux du prêt et le taux créditeur de la police. Comme nous l'avons mentionné précédemment, ce lien vise à éviter le risque de non-concordance, c'est-à-dire le risque que la valeur de l'actif de la police diminue au point de soulever un risque de défaut de paiement du prêt.
- e) Le PGDG n'est pas une avance sur police, en ce sens qu'il s'agit d'une obligation juridique distincte du titulaire, régie par les conditions de la convention de prêt. Elle se distingue ainsi d'une avance sur police, qui n'existe que dans le cadre de la police. De plus, on ne devrait pas utiliser la RGAÉ pour « recharacteriser » un PGDG comme une avance sur police²³.
- f) Le PGDG et ses éléments constitutifs respectent une à une les dispositions de la loi qui s'y appliquent, notamment l'article 306 R.I.R. et les alinéas 20(1)c) et 20(1)e.2) L.I.R. Dans une optique plus large, le PGDG et ses éléments constitutifs, considérés comme un tout, ne semblent incompatibles avec aucune politique législative apparente énoncée dans la loi.

²³ Voir les commentaires *supra*, note 16.

**TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ DES STRATÉGIES FINANCIÈRES
ET DES PRODUITS FINANCIERS**



Coordonnatrice

Jocelyne Gagnon

Adm.A., AVA, M. Fisc., Pl. Fin.

Le Groupe financier PPI



Paule Gauthier

CA, LL.M. fisc., TEP

RBC Dominion valeurs mobilières



Ghislain Martineau

Gestionnaire

Agence du revenu du Canada



Guy Goulet

CA, M. Fisc.

Agence du revenu du Canada

Robert Duong
Avocat, M. Fisc.
Ministère des Finances du Canada

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	47:5
1. BAISSÉ DE LA VALEUR DES RÉGIMÉS ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-RETRAITE ET DES FONDS ENREGISTRÉS DE REVENU DE RETRAITE APRÈS LE DÉCÈS.....	47:5
2. DÉDUCTION DES INTÉRÊTS ET FIDUCIE DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT.....	47:7
3. DON D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE ET LES PARAGRAPHES 248(35) À 248(37) L.I.R.	47:9
4. DON.....	47:11
4.1. DON D'UN DROIT DE BÉNÉFICIAIRE DU CAPITAL D'UNE FIDUCIE RÉSIDUAIRE DE BIENFAISANCE ET TITRES NON ADMISSIBLES	47:11
4.2. DON D'UN INTÉRÊT DANS UNE FIDUCIE RÉSIDUAIRE DE BIENFAISANCE ET TITRES NON ADMISSIBLES.....	47:13
5. ROULEMENT D'UN REÉÉR À UNE FIDUCIE TESTAMENTAIRE AU PROFIT DU CONJOINT	47:15
6. REMBOURSEMENT D'UNE DETTE EN DEVISES ÉTRANGÈRES SUR UN BIEN PRODUCTIF OU NON PRODUCTIF DE REVENUS ET GAIN OU PERTE SUR CHANGE ÉTRANGER	47:17
7. ROULEMENT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE LORS D'UNE TRANSACTION PAPILLON.....	47:21
8. SUCCESSION CANADIENNE AU BÉNÉFICE D'HÉRITIERS NON RÉSIDENTS ET DISTRIBUTION D'UN DIVIDENDE EN CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE	47:23
8.1. SUCCESSION CANADIENNE AU BÉNÉFICE D'HÉRITIERS NON RÉSIDENTS ET DISTRIBUTION D'UN DIVIDENDE EN CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE – AGENCE DU REVENU DU CANADA	47:23
8.2. SUCCESSION CANADIENNE AU BÉNÉFICE D'HÉRITIERS NON RÉSIDENTS ET DISTRIBUTION D'UN DIVIDENDE EN CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE – MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA.....	47:25
9. TRANSMISSION D'ENTREPRISE ET L'ARTICLE 84.1 L.I.R.	47:26

10. LIQUIDATION D'UNE CONVENTION DE RETRAITE ET QUALIFICATION À TITRE DE CONVENTION DE RETRAITE..... 47:28
11. AVANCE SUR POLICE D'ASSURANCE VIE AU DÉCÈS 47:29
12. LES REÉR, LES CONVENTIONS DE RETRAITE ET LES ENTITÉS FISCALEMENT TRANSPARENTES SELON LE PROTOCOLE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS 47:31
13. PLANIFICATION *POST MORTEM* PIPELINE..... 47:35
14. ÉCHANGES TRANSFRONTALIERS ET ROULEMENT FISCAL 47:38
15. UTILISATION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE DANS UN GROUPE DE SOCIÉTÉS 47:40
16. RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL ET SERVICES ADMISSIBLES AUPRÈS DE PLUSIEURS EMPLOYEURS REMPLACÉS SUCCESSIVEMENT 47:41
17. RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL ET EMPLOYEUR REMPLACÉ 47:44
18. OPÉRATIONS DE TYPE *LIPSON* 47:46
19. L'IMPOSSIBILITÉ D'AVOIR UNE FIDUCIE À TITRE DE BÉNÉFICIAIRE D'UN REÉR 47:47
20. RÉGIME D'ACCESSION À LA PROPRIÉTÉ ET RETRAITS DANS DES ANNÉES CIVILES DISTINCTES 47:49
21. FINANCEMENT HYPOTHÉCAIRE SUR UNE RÉSIDENCE PRINCIPALE ET COPROPRIÉTÉ AUX FINS D'OBTENTION DU PRÊT 47:50
22. PERTES DÉCOULANT D'INVESTISSEMENTS S'ÉTANT RÉVÉLÉS FRAUDULEUX (DE TYPE *MADOFF*) 47:52
23. TRANSFERT DE PERTES EN CAPITAL LATENTES ENTRE CONJOINTS..... 47:54
24. ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS, NOMBRE D'EMPLOYÉS ET RRI..... 47:55

INTRODUCTION

1. BAISSÉ DE LA VALEUR DES RÉGIMÉS ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-RETRAITE ET DES FONDS ENREGISTRÉS DE REVENU DE RETRAITE APRÈS LE DÉCÈS

À la suite du Budget fédéral du 27 janvier 2009¹, les paragraphes 146(8.92) et 146(8.93) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² pour les régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») non échus ainsi que les paragraphes 146.3(6.3) et 146.3(6.4) L.I.R. pour les fonds enregistrés de revenu de retraite (ci-après « FERR ») ont été introduits dans la législation fiscale. En vertu de ces dispositions, il est désormais possible de réclamer une déduction dans la déclaration finale du rentier décédé correspondant, pour l'essentiel, à la baisse de valeur du REÉR ou du FERR survenue entre la date du décès et le « paiement final » à la succession. Cette modification permet d'éviter une forme de double imposition qui existait avant ces modifications législatives étant donné que la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du REÉR ou du FERR en date du décès est incluse dans la déclaration finale du décédé (sauf lors de transferts à un conjoint ou à un enfant financièrement à charge).

Pour être admissible à cette déduction, le « paiement final » du REÉR ou du FERR doit notamment avoir été effectué après 2008. Or, en raison de la crise financière et économique très particulière survenue à l'automne 2008, plusieurs liquidateurs, dans le cadre de leur charge, ont accéléré en 2008 la réalisation d'actifs boursiers afin de tenter de freiner la dégringolade de valeur. En effet, devant l'ampleur de la crise financière, plusieurs ont jugé bon, en tant qu'administrateurs du bien d'autrui, de prendre les mesures requises pour au moins sauvegarder la plus grande valeur économique possible pour la succession dans le cadre d'une situation économique exceptionnelle.

En agissant cependant ainsi, ils se sont possiblement privés d'une mesure fiscale destinée à corriger une anomalie importante et qui leur était encore inconnue à ce moment, et un fardeau fiscal indu en a découlé.

Dans certains cas, le total des sommes reçues par la succession au titre du REÉR non échu ou du FERR du rentier décédé peut même avoir été

¹ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2009*, 27 janvier 2009.

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

inférieur aux impôts payables par le rentier décédé sur la JVM du REÉR ou du FERR en date du décès. Une détention importante de titres boursiers américains dans le REÉR ou le FERR est un exemple parmi tant d'autres ayant pu provoquer cette situation. Cela étant dit, comme le « paiement final » a eu lieu en 2008 et non pas après 2008, de telles successions ne peuvent envisager le recours aux nouvelles dispositions législatives prévues par le Budget du 27 janvier 2009. Dans de tels cas, il semble que la seule avenue soit la demande d'un « décret de remise » qui se base sur le fait que la perception d'un tel impôt sur la JVM du REÉR ou du FERR serait déraisonnable.

- a) L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») peut-elle nous indiquer si elle a adopté des « lignes directrices » devant de telles situations et dans quelle mesure de telles demandes de décret de remise pourront bénéficier d'une remise partielle des impôts du rentier décédé?
- b) À quelle direction de l'ARC doit-on soumettre une telle demande?
- c) Si toutefois la demande de « décret de remise » n'était pas jugée appropriée par l'ARC, peut-elle nous indiquer par quelles démarches les « représentants légaux » du contribuable décédé pourraient tenter d'obtenir un allègement administratif pour pallier cette situation?

Réponses de l'ARC

- a) Un décret de remise est une mesure extraordinaire qui permet au gouvernement d'accorder un allègement total ou partiel d'une taxe, d'un impôt, d'une pénalité ou d'une autre dette, dans certaines circonstances. Toutes les autres voies d'allègement doivent avoir été utilisées avant de considérer un décret de remise. Dans des situations de baisse de valeur des REÉR non échus ou des FERR après le décès du rentier, un allègement administratif est disponible dans certaines situations pour les années d'imposition antérieures à 2009 (voir réponse c) ci-après) et un décret de remise ne serait pas nécessaire dans ces cas. Tel qu'il est indiqué dans la question, la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été modifiée dans le but de résoudre ce problème pour les années d'imposition 2009 et suivantes. Le Parlement a établi une date limite claire pour l'entrée en vigueur de cette modification et on ne peut pas appliquer rétroactivement une modification de la *Loi de l'impôt sur le revenu* par le biais d'un décret de remise.

- b) En règle générale, les demandes de remise et les documents à l'appui devraient être acheminés au bureau des services fiscaux responsable de la région du contribuable.
- c) Lorsque le paiement final lors de la liquidation du REÉR non échu ou du FERR d'un rentier décédé est effectué avant 2009 et que ce REÉR ou ce FERR a subi une perte de valeur entre le moment du décès du rentier et celui du paiement final, l'allègement énoncé à la question 5 de la *Session de consultation sur les REÉR et les FERR* du 30 octobre 2002³ est disponible. En bref, cet allègement administratif est accordé par l'ARC uniquement dans les situations où tous les fonds versés du REÉR non échu ou du FERR d'un rentier décédé sont totalement transférés dans un véhicule financier décrit à l'alinéa 60l) L.I.R. à un bénéficiaire admissible à ce transfert. L'ARC acceptera les demandes d'allègement présentées par le représentant légal du rentier décédé et des émetteurs autorisés de REÉR et de FERR.

2. DÉDUCTION DES INTÉRÊTS ET FIDUCIE DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT

Dans une interprétation technique⁴, l'ARC s'est exprimée sur la déduction des intérêts à l'égard d'un emprunt effectué pour acquérir des unités d'une fiducie de fonds commun de placement qui distribue régulièrement une partie de son capital (par exemple, dans le cas d'un fonds commun de série T).

Dans la question soumise à l'ARC, l'investisseur utilisait la totalité des distributions de capital pour payer les intérêts sur l'emprunt ayant servi à acquérir les unités du fonds commun de placement. L'ARC a répondu que le paiement d'une dépense d'intérêts déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. se rapportant à une source de revenus est généralement une utilisation admissible. Puis, l'ARC a fait le commentaire suivant :

« En l'espèce, nous sommes d'avis que les fonds reçus lors du remboursement du capital seraient utilisés en partie pour payer les intérêts afférents à la portion de l'Emprunt #1 qui correspond au capital remboursé lors du remboursement de capital (Portion remboursée) et en partie pour payer les intérêts sur l'autre

³ Voir le site Internet de l'ARC à l'adresse suivante : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/rgrstrd/cnsltns/2002rrspnf-fra.html#5>.

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique F2008-0268511E5, 24 septembre 2008.

portion de l'emprunt #1 qui est liée à la participation restante dans la Fiducie #1. À notre avis, la Portion remboursée ne serait pas utilisée en vue de tirer un revenu et conséquemment, les intérêts sur la proportion de l'Emprunt #1 correspondant à cette Portion remboursée cesseraient d'être déductibles⁵. »

L'ARC peut-elle confirmer que le paragraphe précédent signifie que la seule utilisation inadmissible à l'égard de la distribution de capital correspond à la portion de la distribution ayant servi à payer les intérêts sur la « Portion remboursée », mais que la portion de la distribution de capital ayant servi à payer les intérêts sur la participation restante constitue une utilisation admissible?

Réponse de l'ARC

Plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada, et plus précisément dans les affaires *Canada Safeway Ltd. c. MRN*⁶, *Bronfman Trust c. Canada*⁷ et *Shell Canada Limitée c. Canada*⁸, montrent clairement que l'utilisation pertinente est l'utilisation actuelle et non pas l'utilisation initiale de l'argent emprunté. Pour déterminer l'utilisation actuelle de l'argent emprunté, les contribuables doivent établir un lien entre l'argent emprunté et son utilisation actuelle.

Lorsqu'un contribuable a acquis des unités d'une fiducie de fonds commun de placement en vue d'en tirer un revenu et que ce dernier distribue une partie de son capital au détenteur d'unités, le contribuable doit établir à nouveau l'utilisation de l'argent qu'il a emprunté pour acquérir ses unités afin de déterminer quelle portion est utilisée à une fin admissible. À cette fin, il faut établir l'utilisation des fonds reçus lors des distributions de capital. La portion de la distribution ayant servi à payer les intérêts sur la « Portion remboursée » ne constitue pas une utilisation admissible alors que la portion de la distribution de capital ayant servi à payer les intérêts sur la participation restante constitue une utilisation admissible.

⁵ *Id.*

⁶ 57 D.T.C. 1239 (C.S.C.).

⁷ [1987] 1 C.T.C. 117; 87 D.T.C. 5059 (C.S.C.).

⁸ [1999] 4 C.T.C. 313; 99 D.T.C. 5669 (C.S.C.).

3. DON D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE ET LES PARAGRAPHES 248(35) À 248(37) L.I.R.

L'année dernière, lors de cette Table ronde, une question a été posée à l'ARC, dont voici le résumé.

Lors de la Table ronde de 2007, l'ARC nous indiquait qu'en vertu du paragraphe 248(31) L.I.R., le montant admissible d'un don correspond à l'excédent de la JVM d'un bien qui fait l'objet du don sur le montant de l'avantage, le cas échéant, au titre du don.

L'ARC confirmait également qu'il y avait lieu de tenir compte des facteurs énumérés dans la *Circulaire d'information* 89-3⁹ pour établir la JVM d'une police d'assurance vie donnée à un donataire reconnu et que le *Bulletin d'interprétation* IT-244R3¹⁰ doit être lu en tenant compte de cette nouvelle position de l'ARC.

Les paragraphes 248(35) à 248(37) L.I.R. prévoient des règles particulières (antiévitement) afin de déterminer la JVM d'un bien faisant l'objet d'un don.

Le paragraphe 248(35) L.I.R. stipule que si l'un des faits suivants se vérifie, la JVM du bien donné est réputée correspondre au moindre de la JVM déterminée par ailleurs, ou s'il est moins élevé, à son coût :

- Le contribuable a acquis le bien faisant l'objet du don dans le cadre d'un arrangement de don qui est un abri fiscal au sens du paragraphe 237.1(1) L.I.R.;
- Le contribuable a acquis le bien faisant l'objet du don moins de trois ans avant la date du don (sauf si le don est fait par suite du décès); ou
- Le contribuable a acquis le bien faisant l'objet du don moins de 10 ans avant la date du don (sauf si le don est fait par suite du décès du contribuable) et il est raisonnable de conclure, au moment de

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation des biens immobiliers », 25 août 1989.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-244R3, « Dons par des particuliers de polices d'assurance-vie comme dons de charité », 6 septembre 1991.

l'acquisition du bien donné, que l'une des principales raisons de son acquisition visait le don.

Le paragraphe 248(37) L.I.R. exclut plusieurs types de dons de l'application du paragraphe 248(35) L.I.R., dont les suivants :

- don d'inventaire;
- don de biens immeubles ou réels situés au Canada;
- don de biens culturels;
- dons d'actions cotées en Bourse.

Comme nous pouvons le constater, le don de polices d'assurance vie n'est pas exclu de l'application du paragraphe 248(35) L.I.R.; or, il se pourrait fort bien qu'un contribuable fasse l'acquisition d'une police d'assurance pour couvrir un besoin temporaire, lequel disparaîtra à l'avenir, ou que le contribuable planifie faire un don important éventuellement.

Par exemple :

- A) Un contribuable est conscient qu'advenant un décès, la facture d'impôt nécessiterait des liquidités importantes. Il acquiert une police d'assurance sur sa vie pour couvrir les impôts au décès. Deux ans après l'acquisition de la police, il vend son entreprise et s'acquitte de la facture fiscale de son vivant. Il décide donc de donner la police à un organisme de bienfaisance reconnu.
- B) Un contribuable sachant que le coût de l'assurance vie croît avec l'âge prend la décision d'acheter une police d'assurance sur sa vie maintenant avec l'intention de la donner un jour à un organisme de bienfaisance ou à sa fondation de bienfaisance privée qu'il rêve de créer. Après huit ans de détention de la police, il crée enfin sa fondation de bienfaisance privée, et donne sa police à sa fondation pour un montant égal à la JVM de la police. Il continuera de payer la prime chaque année. Il aurait donc droit à un reçu pour la JVM au moment du don, et par la suite un reçu annuel égal au montant de la prime payée.

Le ministère des Finances du Canada est-il prêt à se pencher sur la possibilité d'inclure ou pas les dons de polices d'assurance vie dans la liste des exceptions prévues au paragraphe 248(37) L.I.R.?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Nous connaissons la réponse que l'ARC a fournie à cette question lors de la Table ronde de l'an dernier. Nous n'allons pas nous prononcer à savoir si le ministère des Finances du Canada a l'intention ou pas de recommander des modifications à ce sujet.

4. DON

4.1. DON D'UN DROIT DE BÉNÉFICIAIRE DU CAPITAL D'UNE FIDUCIE RÉSIDUAIRE DE BIENFAISANCE ET TITRES NON ADMISSIBLES

L'ARC a mentionné dans l'interprétation technique E 1999-0006945¹¹ que le don d'un droit de bénéficiaire du capital d'une fiducie résiduaire de bienfaisance ne se qualifierait pas *a priori* de don de titre non admissible, mais que la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») pourrait s'appliquer, par exemple, lorsque les actifs transférés dans la fiducie constituent des titres non admissibles.

Or, la définition de « titre non admissible », qui a été modifiée en 2007, comprend, selon l'alinéa 118.1(18)b.1) L.I.R. : « un droit de bénéficiaire du particulier ou de sa succession dans une fiducie qui, selon le cas : (i) est affiliée au particulier ou la succession immédiatement après ce moment ».

La définition de « personnes affiliées » à l'alinéa 251.1(1)g) L.I.R. inclut :

« une personne et une fiducie, si la personne, selon le cas :

(i) est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie,

(ii) serait affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie en l'absence du présent alinéa ».

Et la définition « bénéficiaire détenant une participation majoritaire » prévue au paragraphe 251.1(3) L.I.R. inclurait le bénéficiaire du revenu en cas de don d'un droit de bénéficiaire du capital d'une fiducie résiduaire de bienfaisance puisqu'elle prévoit l'inclusion d'une personne à l'égard de laquelle la JVM totale de sa participation à titre de bénéficiaire du revenu de

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E 1999-0006945, 1^{er} février 2000.

la fiducie et des participations à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie des personnes auxquelles elle est affiliée excède 50 % de la JVM de l'ensemble des participations à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie.

L'ARC pourrait-elle nous dire si les dons d'un droit de bénéficiaire au capital d'une fiducie résiduaire de bienfaisance, lorsque le donateur se conserve un droit de bénéficiaire dans les revenus, sont maintenant des dons de titres non admissibles?

Le cas échéant, en cas de décès après le délai de cinq ans, le donateur pourra-t-il utiliser, de son vivant ou à son décès, une quelconque valeur à titre de don de bienfaisance pour le bien donné?

Réponses de l'ARC

En vertu du sous-alinéa 118.1(18)b.1(i) L.I.R., la question qui se pose afin de déterminer si le don d'un droit de bénéficiaire du capital d'une fiducie à un organisme de bienfaisance constitue le don d'un titre non admissible est de savoir si la fiducie est affiliée au particulier immédiatement après le moment du don.

Selon le sous-alinéa 251.1(1)g(i) L.I.R., une fiducie et une personne sont affiliées si la personne est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie.

L'expression « bénéficiaire détenant une participation majoritaire » est définie au paragraphe 251.1(3) L.I.R. Selon l'alinéa 251.1(3)a) de cette définition, une personne détient une participation majoritaire d'une fiducie si la JVM de sa participation à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie excède 50 % de la JVM de l'ensemble des participations à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie. De même, selon cette même disposition, une personne détient une participation majoritaire d'une fiducie si la JVM totale de sa participation et de celles des personnes auxquelles elle est affiliée, à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie, excède 50 % de la JVM de l'ensemble des participations à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie.

Par conséquent, dans le cas où le donateur se conserve un droit de bénéficiaire dans les revenus de la fiducie, il est possible que la fiducie soit, en raison de ce droit, affiliée au donateur immédiatement après le moment du don. Il s'agit toutefois d'une question de fait, qui ne peut être résolue qu'à la suite d'un examen de tous les faits pertinents.

Selon le paragraphe 118.1(13) L.I.R., le don, à un moment donné, d'un titre non admissible est réputé ne pas avoir été fait aux fins du crédit d'impôt pour dons de bienfaisance, jusqu'à ce que le titre cesse d'être un titre non admissible ou que le donataire dispose du titre, dans la mesure où l'un ou l'autre de ces événements survient dans les 60 mois suivant le moment donné. Lorsque l'un ou l'autre de ces événements survient à un moment ultérieur au cours des 60 mois suivant le moment donné, l'alinéa 118.1(13)b) ou 118.1(13)c) L.I.R., selon le cas, s'applique et réputé que le particulier a fait le don au moment ultérieur; la JVM de ce don est déterminée selon les règles énoncées à l'alinéa 118.1(13)b) ou 118.1(13)c) L.I.R., selon le cas. Dans la mesure où ni l'un ni l'autre de ces événements ne survient dans les 60 mois suivant le moment donné, le don demeurera, en vertu de l'alinéa 118.1(13)a) L.I.R., réputé ne pas avoir été fait aux fins du crédit d'impôt pour dons de bienfaisance. Par conséquent, le donateur ne pourra utiliser, de son vivant ou par suite de son décès, une quelconque valeur à titre de don de bienfaisance pour le bien donné.

4.2. DON D'UN INTÉRÊT DANS UNE FIDUCIE RÉSIDUAIRE DE BIENFAISANCE ET TITRES NON ADMISSIBLES

L'ARC a mentionné dans l'interprétation technique E 1999-0006945 qu'un don d'un intérêt en capital dans une fiducie résiduaire de bienfaisance ne se qualifierait pas *a priori* de titre non admissible, mais que la RGAÉ pourrait s'appliquer, par exemple, lorsque les actifs transférés dans la fiducie constituent des titres non admissibles.

Or, la définition de « titre non admissible » a été modifiée en 2007 pour inclure l'alinéa 118.1(18)b.1) : « b.1) un droit de bénéficiaire du particulier ou de sa succession dans une fiducie qui, selon le cas : (i) est affiliée au particulier ou la succession immédiatement après ce moment ».

La définition de « personnes affiliées » au paragraphe 251.1(1) L.I.R. inclut :

« g) une personne et une fiducie, si la personne, selon le cas :

(i) est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie,

(ii) serait affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie en l'absence du présent alinéa ».

Et la définition « bénéficiaire détenant une participation majoritaire » prévue au paragraphe 251.1(3) L.I.R. inclurait l'usufruitier ou le bénéficiaire

du revenu en cas de don résiduel de bienfaisance puisqu'elle prévoit l'inclusion d'une personne à l'égard de laquelle la JVM totale de sa participation à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie et des participations à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie des personnes auxquelles elle est affiliée excède 50 % de la JVM de l'ensemble des participations à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie.

Les dons d'intérêts résiduels sont utiles dans beaucoup de situations, notamment celles qui réservent l'usage d'un bien immobilier au donateur qui s'engage à donner le bien à son décès.

Le ministère des Finances du Canada peut-il formuler des commentaires à propos des dons d'intérêts résiduels dans une fiducie résiduelle de bienfaisance?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Le transfert d'un intérêt dans un bien en faveur d'un organisme de bienfaisance, en transférant ce bien à une fiducie et en nommant l'organisme de bienfaisance à titre de bénéficiaire de la fiducie, peut être considéré, dans certaines circonstances, comme un don pouvant être admissible à un crédit d'impôt ou une déduction pour don, malgré le fait que l'organisme de bienfaisance n'ait pas immédiatement l'usage ou la jouissance du bien. Bien que les règles fiscales puissent accorder un avantage fiscal immédiat concernant le don, un tel arrangement ne devrait pas être utilisé afin d'éviter l'application des règles concernant les dons de titres non admissibles. Les règles concernant les titres non admissibles n'ont pas pour objectif de prévenir ou de reporter l'octroi de l'avantage fiscal attribuable à un don lorsque le bien est exempté de l'application de ces règles. Nous nous pencherons sur cette question dans le cadre de notre examen continu des règles de l'impôt sur le revenu.

Dans d'autres situations, le transfert d'un bien par une fiducie à un organisme de bienfaisance (entre autres, lors du décès du constituant) peut être considéré comme un don, selon les circonstances. Cependant, un tel transfert par une fiducie n'est pas considéré comme un don fait par le constituant. L'expiration du délai de cinq ans (délai à l'intérieur duquel les organismes de bienfaisance doivent disposer d'un intérêt dans une fiducie ou d'autres titres non admissibles du constituant) n'a pas d'importance afin de déterminer si le transfert du bien à l'organisme de bienfaisance est un don.

5. ROULEMENT D'UN REÉR À UNE FIDUCIE TESTAMENTAIRE AU PROFIT DU CONJOINT

L'article 146 L.I.R. permet aux contribuables canadiens d'accumuler à l'abri de l'impôt des sommes qui constitueront un actif important à leur retraite ou à leur décès. Généralement, un contribuable voudra faire bénéficier son conjoint de cet actif advenant un décès. Actuellement, la loi permet que les sommes accumulées dans un REÉR soient transmises directement au conjoint sans implication fiscale. Le REÉR devient donc la propriété du conjoint et, à son décès, sera légué selon ses propres volontés.

Or, il arrive souvent que le contribuable, bien qu'il veuille faire profiter son conjoint de son REÉR, désire s'assurer qu'à son décès le REÉR ou le solde soit remis à ses enfants.

Cette planification n'est pas possible puisque le libellé restrictif du mécanisme de roulement d'un régime enregistré prévu à l'article 146 L.I.R. ne permet pas que les sommes soient transférées en fiducie exclusive au conjoint¹².

La situation devient encore plus problématique dans le contexte actuel où il n'est pas rare qu'un contribuable divorce, se remarie ou vive en situation de fait avec une autre personne.

Exemple : M. A est divorcé et est conjoint de fait de M^{me} B depuis près de 20 ans. Deux enfants sont nés du mariage de M. A et de M^{me} A. M^{me} B a également deux enfants nés d'une union antérieure. M. A n'a pas d'enfant avec M^{me} B. Monsieur possède un REÉR d'environ 700 000 \$. Advenant son décès, il désire protéger sa conjointe de fait en lui léguant son REÉR, mais il voudrait également que ces sommes puissent revenir à ses deux enfants au décès de sa conjointe de fait. Actuellement, monsieur ne peut s'assurer d'aucune façon que sa conjointe de fait léguera dans son testament le REÉR qu'il lui a donné. Il est fort probable que M^{me} B désirera avantager ses propres enfants et non pas les enfants de M. A.

¹² L'ARC a confirmé cette interprétation à plusieurs reprises. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9724175, 6 novembre 1997 et 9623645F, 10 septembre 1996.

Ce problème a été soulevé à plusieurs reprises au ministère des Finances du Canada et à cette même Table ronde en 2005¹³.

Dans sa réponse, le ministère des Finances du Canada mentionnait que des modifications législatives seraient apportées afin de permettre que les sommes transférées du REÉR d'un contribuable décédé soient utilisées pour acquérir une rente viagère admissible payable à une fiducie mise sur pied pour subvenir aux besoins, notamment en ce qui concerne le bien-être et l'entretien d'une personne ayant une déficience mentale, à savoir le conjoint ou le conjoint de fait du contribuable décédé, ou son enfant ou petits-enfants et financièrement à sa charge. Le Ministère mentionnait également qu'il réexaminerait les règles fiscales à cet égard et qu'il accorderait une plus grande latitude s'il y avait lieu de le faire.

En général, la politique fiscale permet le roulement au conjoint des biens en fiducie exclusive tout en permettant la conservation d'un contrôle après le décès sur lesdits biens.

Est-ce que le ministère des Finances du Canada a terminé l'examen en ce qui concerne les règles fiscales relativement au roulement d'un REÉR à une fiducie exclusive au conjoint?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Du point de vue de la politique fiscale, le régime des REÉR vise à faciliter et à favoriser l'épargne en prévision de la retraite d'un particulier, ou la retraite conjointe d'un particulier et de son conjoint. Par conséquent, lors du décès du rentier d'un REÉR, un roulement est habituellement disponible dans la mesure où le conjoint survivant acquiert un REÉR, un FERR ou une rente viagère. De plus, le régime des REÉR permet un roulement de l'épargne accumulé dans un REÉR pour des situations particulières visant à fournir un support à des enfants ou petits-enfants mineurs financièrement à charge, ou à des enfants ou petits-enfants de tous âges atteints d'une déficience et étant financièrement à charge.

À la différence de l'épargne ordinaire et de l'accumulation de capital, qui peuvent faire l'objet d'un roulement à la fiducie testamentaire au profit du conjoint au décès du particulier, l'épargne dans un REÉR donne droit à une déduction fiscale initiale. La préservation de la richesse et son transfert

¹³ « Table ronde sur les produits financiers », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 57:1-40, question 2, aux pages 57:6-8.

aux générations suivantes ou à une personne autre que le conjoint ne figurent pas parmi les objectifs du régime fiscal des REÉR. Par conséquent, du point de vue de la politique fiscale, quand des droits dans des actifs d'un REÉR sont transférés à la génération suivante ou à un bénéficiaire autre que le conjoint, ce transfert doit donner lieu à une inclusion dans le revenu aux fins de l'impôt. Dans l'exemple de M. A et M^{me} B, les options disponibles dans les règles de roulement permettent à M. A de déterminer le montant de son REÉR qu'il veut transférer à M^{me} B sur une base de roulement. M^{me} B peut soit transférer ce montant dans un REÉR, soit l'utiliser pour acquérir une rente viagère. Dans la mesure où M. A souhaite que ses enfants majeurs qui lui survivront bénéficient de son REÉR, il peut déterminer le montant de son REÉR qui devra leur être versé directement lors de son décès. Accorder un roulement à une fiducie exclusive au conjoint permettrait alors aux enfants majeurs de M. A de reporter l'impôt sur le revenu sur une période correspondant à la durée de vie de M^{me} B; or, un tel report d'impôt ne fait pas partie des avantages fiscaux prévus par le régime des REÉR.

Les modifications auxquelles vous faites référence, soit le fait d'autoriser aux termes de l'alinéa 60l) L.I.R. l'achat d'une rente pour une fiducie de prestations à vie, étaient incluses dans l'ancien Projet de loi C-10¹⁴ sous la forme d'un nouvel article 60.011 L.I.R. Une fiducie de prestations à vie est, de façon générale, une fiducie pour une personne ayant une incapacité mentale et qui est à la charge du rentier initial du REÉR. À part ces modifications proposées, le ministère des Finances du Canada n'a pas de projet actif visant à élargir la liste des circonstances dans lesquelles le roulement d'un REÉR est autorisé en cas de décès.

6. REMBOURSEMENT D'UNE DETTE EN DEVISES ÉTRANGÈRES SUR UN BIEN PRODUCTIF OU NON PRODUCTIF DE REVENUS ET GAIN OU PERTE SUR CHANGE ÉTRANGER

Le paragraphe 39(2) L.I.R. reconnaît que le gain ou la perte découlant de n'importe quelle transaction sur devise constitue un gain ou une perte en capital, à l'exception des transactions afférentes au revenu et aussi des gains ou pertes inférieurs à 200 \$ (dans le cas des particuliers). Le paragraphe 39(2) L.I.R. constitue une exception aux règles normalement applicables au

¹⁴ CANADA, Chambre des communes, *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, notamment en ce qui concerne les entités de placements étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines expressions de cette loi, et des lois connexes*, Projet de loi C-10 (version du 29 octobre 2007).

calcul des gains et des pertes en capital en vertu des dispositions de la sous-section c de la section B L.I.R.

L'ARC reconnaît que les gains et les pertes découlant de transactions personnelles sur devises étrangères constituent des gains et des pertes en capital en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R. Le *Bulletin d'interprétation IT-95R* prévoit d'ailleurs au paragraphe 5 :

« 5. L'aliénation de monnaies étrangères par des particuliers, comme la conservation de chèques de voyage en monnaie étrangère en dollars canadiens au retour d'un voyage, est considérée comme une transaction afférente au capital. Les pertes sur change étranger subies lors du remboursement d'un emprunt obtenu pour l'acquisition d'un bien à usage personnel sont aussi considérées comme des pertes en capital en vertu du paragraphe 39(2)¹⁵. »
(Notre soulignement)

Dans l'affaire *Bernier c. La Reine*¹⁶, la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt en procédure générale a d'ailleurs reconnu cet état de fait. À la lumière des commentaires ci-dessus, imaginons maintenant la situation d'un contribuable ayant acquis un condominium en Floride au prix de 500 000 \$ US en 2005, utilisé uniquement à des fins personnelles. Il avait alors contracté une hypothèque de 300 000 \$ US. En 2009, à la suite de l'encaissement de sommes provenant d'un héritage important, il décide de liquider le solde de son hypothèque qui s'élève alors à 250 000 \$ US. Au moment où il a contracté son hypothèque de 300 000 \$ US en 2005, le dollar américain valait 1,20 \$ CAN. Au moment où il a remboursé les 250 000 \$ US en 2009, le dollar américain valait 1,10 \$ CAN. Il en a donc résulté un enrichissement pour le particulier en raison de la hausse du dollar canadien entre 2005 et 2009. D'autre part, tout au long de la période de 2005 à 2009, le dollar américain a fortement fluctué par rapport à la devise canadienne, période au cours de laquelle le particulier a remboursé 50 000 \$ en capital sur sa dette hypothécaire par le biais de ses mensualités hypothécaires.

- a) Quel est le traitement fiscal à appliquer à l'égard du gain sur change étranger lors du remboursement du solde de l'hypothèque de 250 000 \$ en 2009?

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-95*, « Gains et pertes sur change étranger », 16 décembre 1980.

¹⁶ 2004 D.T.C. 3235 (C.C.I.).

- b) Quel est le traitement fiscal à appliquer à l'égard du gain sur change étranger lors des multiples remboursements mensuels de capital durant la période de 2005 à 2009?
- c) Quel serait le traitement fiscal à appliquer si le remboursement de l'hypothèque s'effectuait plutôt en même temps que la vente du condominium et comment serait déterminé le gain ou la perte sur change étranger, tant en ce qui a trait à la disposition du condominium que par rapport au remboursement du solde de l'hypothèque?
- d) Est-ce que les conclusions de l'ARC iraient essentiellement dans le même sens dans la situation où un particulier rembourserait plutôt une dette contractée en devises étrangères ayant été utilisée pour produire un revenu de biens, telle qu'une marge de crédit (ou un prêt sur marge) libellée en dollars américains ayant servi à acquérir des actions cotées à la Bourse de New York?

Réponses de l'ARC

- a) Tel que le prévoit le *Bulletin d'interprétation* IT-95R, le remboursement d'un emprunt représente une transaction pouvant donner lieu à un gain ou une perte sur change étranger. Pour déterminer quel doit être le traitement fiscal des gains ou des pertes sur change étranger à l'égard de fonds empruntés en monnaie étrangère, il faut examiner l'utilisation de ces fonds. Dans la présente situation, le contribuable a emprunté les fonds pour acquérir un bien à usage personnel. Tout gain ou toute perte sur change étranger lors du remboursement de l'emprunt serait de nature capital. Tel qu'il est mentionné au paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation* IT-95R, les pertes sur change étranger subies lors du remboursement d'un emprunt obtenu pour l'acquisition d'un bien à usage personnel sont aussi considérées comme des pertes en capital en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R.

Pour déterminer le gain ou la perte sur change étranger, il faut mesurer le montant du remboursement en monnaie canadienne au taux de change en vigueur à la date du remboursement et mesurer cette partie de l'emprunt en monnaie canadienne au taux de change en vigueur à la date où l'emprunt a été contracté. La différence entre les deux montants constitue le gain ou la perte visée au paragraphe 39(2) L.I.R. Ainsi, le montant du remboursement sera de 275 000 \$ (250 000 \$ US multiplié par 1,10, qui représente le taux de change au moment du remboursement). Nous comparons ce montant au montant en monnaie canadienne lorsque l'emprunt a été contracté, soit 300 000 \$ (250 000 \$ US multiplié par

1,20, qui représente le taux de change au moment où l'emprunt a été contracté). Ainsi, le contribuable réalisera un gain en capital en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R. de 25 000 \$.

- b) De la même façon que pour le remboursement du solde effectué en 2009, il faut calculer le gain ou la perte en capital en comparant chacun des montants de remboursement mensuel en monnaie canadienne au taux de change en vigueur à la date du remboursement aux montants en monnaie canadienne au taux de change en vigueur à la date où l'emprunt a été contracté.
- c) Le remboursement de l'emprunt est une transaction distincte de la disposition du bien. Il y aura donc un calcul distinct du gain ou de la perte en capital pour chacune des transactions. Si les fonds utilisés pour rembourser l'emprunt sont des fonds en monnaie étrangère, le traitement fiscal sera celui mentionné en réponse à la première question.

Par ailleurs, relativement à un gain ou à une perte résultant de la disposition d'un bien qui est une immobilisation, la position de l'ARC indique que le paragraphe 39(2) L.I.R. s'appliquera si et seulement si ce gain ou cette perte, tel qu'il est calculé à l'article 40 L.I.R., est uniquement attribuable à la fluctuation de la valeur d'une monnaie étrangère par rapport à la monnaie canadienne. Si ledit gain ou ladite perte n'est pas uniquement attribuable à la fluctuation de la valeur d'une monnaie étrangère par rapport à la monnaie canadienne, c'est le paragraphe 39(1) L.I.R., et non le paragraphe 39(2) L.I.R., qui doit être utilisé afin de calculer le gain en capital ou la perte en capital résultant de la disposition du bien. Lorsque les paragraphes 39(1) et 40(1) L.I.R. s'appliquent à l'égard de la disposition d'une immobilisation, la position de l'ARC est que le gain (ou la perte) en capital doit être calculé en convertissant en monnaie canadienne le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et le produit de disposition de l'immobilisation selon le taux de change en vigueur à l'époque pertinente. De manière plus précise, la position de l'ARC montre que le PBR doit être converti en monnaie canadienne en utilisant le taux de change en vigueur au moment de l'acquisition de l'immobilisation, et que le produit de disposition de l'immobilisation doit être converti en monnaie canadienne en utilisant le taux de change en vigueur au moment de la disposition de l'immobilisation. Toute perte subie lors de la disposition d'un bien à usage personnel sera réputée nulle en vertu du sous-alinéa 40(2)g(iii) L.I.R.

- d) La réponse à votre question dépendra de la nature des actions cotées à la Bourse de New York. Si les actions sont des immobilisations, le traitement fiscal expliqué précédemment s'appliquerait puisque l'emprunt aurait été contracté pour acquérir des immobilisations. Les actions n'étant pas des biens à usage personnel, le sous-alinéa 40(2)g)(iii) L.I.R. ne s'appliquerait pas dans une telle situation.

Par contre, si les actions détenues par le contribuable ne sont pas des immobilisations mais sont des biens en inventaire, tout gain sur change étranger réalisé lors du remboursement de l'emprunt sera considéré comme un accroissement de revenu d'entreprise ou de bien et toute perte sur change subie lors du remboursement de l'emprunt sera considérée comme une perte d'entreprise ou de bien. La façon de calculer le gain ou la perte sur change étranger résultant du remboursement de l'emprunt sera la même que celle mentionnée à l'égard d'un emprunt utilisé pour acquérir des immobilisations. Le gain ou la perte sur change étranger résultant de la disposition des biens en inventaire sera considéré comme étant un revenu ou une perte d'entreprise ou de bien. Ce revenu ou cette perte sera calculé de la même façon en convertissant le coût d'acquisition des actions en monnaie canadienne au taux de change à la date d'acquisition et en convertissant leur produit de disposition en monnaie canadienne au taux de change à la date de disposition.

7. ROULEMENT D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE LORS D'UNE TRANSACTION PAILLON

Une police d'assurance vie n'étant pas un bien en immobilisations ne peut faire l'objet d'un roulement en vertu de l'article 85 L.I.R. Toutefois, il y a deux circonstances où une police d'assurance peut jouir d'un roulement, tel que l'ARC l'a indiqué dans une publication en 1992 :

La question était la suivante :

« Where a corporation owns an interest in a life insurance policy and

a) amalgamates with another corporation, or,

b) winds up into another corporation,

in circumstances where the rules in section 87 or section 88 apply, is rollover treatment applied to the corporation's interest in the life insurance policy?

Department's position

It is our view that, as paragraphs 87(2)j.4) and 88(1)e.2) deem the new corporation and parent, respectively, to be the same corporation as, and a continuation of, each predecessor or subsidiary, as the case may be, for the purpose of establishing the adjusted cost basis of the new corporation or of the parent in a life insurance policy owned by the predecessor or by the subsidiary no amount would be included in the income of a predecessor corporation or subsidiary corporation pursuant to paragraph 56(1)j) of the Act as a consequence of an amalgamation to which section 87 applies or a winding-up to which section 88 applies¹⁷. »

Cela étant dit, il y a des circonstances où nous sommes d'avis que la *Loi de l'impôt sur le revenu* devrait prévoir le roulement d'une police d'assurance vie lors d'une transaction dite « papillon » soumise à l'application de l'article 55 L.I.R., comme l'illustre l'exemple suivant :

MM. A et B sont tous deux actionnaires en parts égales de la Société AB inc., et désirent se partager les actifs pour continuer chacun de leur côté, en utilisant l'article 55 L.I.R.

M. A et M. B incorporent chacun une société soit : Société A et Société B. À la suite des transferts des biens, la Société AB inc. sera liquidée.

Parmi les biens se trouvent une police d'assurance sur la vie de chacun des actionnaires, lesquelles polices devront se retrouver dans leurs sociétés respectives : dans le cas de M. A dans Société A, et pour M. B dans Société B.

Est-ce que le ministère des Finances du Canada pourrait considérer que les polices d'assurance vie dans une transaction papillon puissent être transférées sans incidence fiscale, comme c'est le cas lors d'une fusion ou liquidation?

Dans le cas d'une réponse positive, serait-il possible de nous confirmer votre réponse dans une lettre d'intention?

¹⁷ Claude DÉSY, *The Access Letter*, vol. 2, Report n° 10, Montréal, Les Publications DACFO, octobre 1992; *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, Don Mills, Ont., mai/juin 1992, question 4; *Calu Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2005, question 3.

Dans le cas d'une réponse négative, pourriez-vous nous dire pourquoi l'article 85 L.I.R. n'a pas prévu le roulement d'une police d'assurance vie?

Réponse du ministère des Finances du Canada

L'article 85 L.I.R. prévoit des règles relatives aux transferts avec report d'impôt lorsqu'un contribuable transfère des biens admissibles à une société canadienne imposable en contrepartie d'actions de celle-ci. Les biens admissibles n'incluent pas, à l'heure actuelle, les polices d'assurance vie détenues par le contribuable.

Vous demandez pourquoi l'article 85 L.I.R. ne prévoit pas le roulement d'une police d'assurance vie. Vous proposez aussi que le ministère des Finances envisage d'élargir les règles prévues à l'article 85 L.I.R. aux polices d'assurance vie transférées dans le contexte de transactions papillon.

Un certain nombre de problèmes d'équité fiscale ont été soulevés au fil des ans en ce qui a trait à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* aux polices d'assurance vie. Le ministère des Finances du Canada se penche actuellement sur ces problèmes dans le cadre d'un examen stratégique de la fiscalité de l'assurance vie. Dans ce contexte, il est prêt à étudier votre question, à savoir pourquoi les polices d'assurance vie ne sont pas considérées comme des biens admissibles à un roulement aux termes de l'article 85 L.I.R. dans ce contexte. Cet examen pourrait mener à des recommandations de modifications techniques et stratégiques visant à accroître l'intégrité du régime fiscal ou à assurer un allègement dans les circonstances qui s'imposent.

8. SUCCESSION CANADIENNE AU BÉNÉFICE D'HÉRITIERS NON RÉSIDENTS ET DISTRIBUTION D'UN DIVIDENDE EN CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE

8.1. SUCCESSION CANADIENNE AU BÉNÉFICE D'HÉRITIERS NON RÉSIDENTS ET DISTRIBUTION D'UN DIVIDENDE EN CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE – AGENCE DU REVENU DU CANADA

Lors de la liquidation d'une succession canadienne au profit exclusif de non-résidents, la distribution de dividende en capital par la succession à des bénéficiaires non résidents est réputée constituer du revenu en vertu du paragraphe 212(11) L.I.R. aux fins de l'alinéa 212(1)c) L.I.R., qui prévoit des retenues à la source au non-résident.

Quel taux de retenue à la source s'appliquera à ce paiement?

En vertu de quelle disposition l'impôt de non-résident doit-il être retenu :

- le paragraphe 212(1) « revenu d'une succession ou d'une fiducie », alinéa e) L.I.R.; ou
- le paragraphe 212(2) « impôt sur dividendes » L.I.R.?

Les taux réduits des dividendes prévus à la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis¹⁸ s'appliqueront-ils à la distribution par la succession, s'ils s'étaient appliqués par ailleurs à une distribution de dividende en capital de la société aux non-résidents?

Lorsque la prestation de décès d'une police d'assurance vie payée à la société est acheminée à la succession canadienne par un dividende en capital où elle y est utilisée pour le paiement des impôts successoraux, la distribution du reliquat de la succession aux héritiers serait-elle exclue de l'application du paragraphe 212(11) et de l'alinéa 212(1)c) L.I.R.?

Réponses de l'ARC

Aux fins de l'application de la Partie XIII L.I.R., la distribution d'un dividende en capital par une succession canadienne en faveur de bénéficiaires non résidents sera généralement assujettie à un taux d'impôt retenu à la source de 25 % du montant brut de la distribution en vertu de l'alinéa 212(1)c) L.I.R. Ce taux est toutefois susceptible d'être réduit par l'application d'une convention fiscale internationale.

Le paragraphe 2 de l'Article XXII de la Convention Canada-États-Unis prévoit notamment une réduction à 15 % du taux d'impôt canadien retenu à la source applicable aux revenus distribués par une succession canadienne en faveur d'un bénéficiaire résident des États-Unis. Les dispositions de l'Article X de la Convention Canada-États-Unis ne peuvent être invoquées par le bénéficiaire non résident d'une succession canadienne à l'égard d'une distribution de revenus effectuée par cette dernière.

¹⁸ *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980, telle qu'amendée par les protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997 (ci-après « Convention Canada-États-Unis »).

Enfin, malgré le fait qu'une somme d'argent versée en faveur d'une succession canadienne au titre de dividende en capital soit utilisée pour le paiement des impôts successoraux, la question de déterminer si une distribution effectuée ultérieurement en faveur de bénéficiaires non résidents peut raisonnablement être considérée comme la distribution d'un montant reçu par la succession, ou provenant d'un tel montant, au titre du dividende en capital est une question de fait. Cette détermination doit tenir compte de l'ensemble des circonstances applicables, y compris les modalités de la succession. Le cas échéant, la distribution serait assujettie à un impôt retenu à la source en vertu du paragraphe 212(11) et de l'alinéa 212(1)c) L.I.R.

8.2. SUCCESSION CANADIENNE AU BÉNÉFICE D'HÉRITIERS NON RÉSIDENTS ET DISTRIBUTION D'UN DIVIDENDE EN CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE – MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA

Lors de la liquidation d'une succession canadienne au profit exclusif de non-résidents, la distribution de dividende en capital par la succession à des bénéficiaires non résidents est réputée constituer du revenu par le paragraphe 212(11) L.I.R. aux fins de l'alinéa 212(1)c) L.I.R., qui prévoit des retenues à la source au paiement fait à un non-résident.

Une prestation de décès versée à une société peut normalement être acheminée en grande partie par le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), pour être versé comme dividende en capital non imposable à la succession canadienne. L'effet du paragraphe 212(11) L.I.R. est de rendre le paiement de la prestation de décès imposable en étant assujetti à la retenue à la source lorsqu'il est versé à l'héritier non résident.

Pourtant, lorsqu'une prestation de décès est versée directement à un non-résident, elle est non imposable au Canada.

Quelle raison a-t-on pour imposer la prestation de décès par le paragraphe 212(11) et l'alinéa 212(1)c) L.I.R. à un héritier non résident d'une succession canadienne?

Réponse du ministère des Finances du Canada

La différence survient parce que le bénéficiaire de la police d'assurance vie en question ci-dessus est une société privée, et que la prestation de décès reçue selon les modalités d'une police d'assurance vie par cette société à titre de bénéficiaire est ajoutée en grande partie à son CDC. Même si des dividendes en capital peuvent, de façon générale, être distribués en franchise

d'impôt à des résidents du Canada, cela ne s'applique pas aux non-résidents. Il est prévu en partie au paragraphe 212(2) L.I.R. que les dividendes en capital sont assujettis à l'impôt prévu à la Partie XIII L.I.R.

Le paragraphe 212(11) et l'alinéa 212(1)c) L.I.R. ont été modifiés, au titre des paiements effectués après le 13 juillet 1990, de manière à prévoir que certaines distributions de capital d'une fiducie à un bénéficiaire non résident soient considérées comme des paiements de revenu de la fiducie aux fins de la Partie XIII L.I.R. Cette modification fait en sorte que l'application du paragraphe 212(2) L.I.R. à un dividende en capital ne peut être contournée en acheminant le dividende en capital par l'entremise d'une fiducie. Par conséquent, lorsqu'une prestation de décès reçue par une société en vertu d'une police d'assurance vie est acheminée à une fiducie sous la forme d'un dividende en capital, il n'est pas étonnant que les répercussions prévues à la Partie XIII L.I.R. diffèrent de celles qui surviendraient si la prestation de décès était versée directement à un non-résident.

9. TRANSMISSION D'ENTREPRISE ET L'ARTICLE 84.1 L.I.R.

Présumons la situation suivante : deux partenaires d'affaires (ci-après « A » et « B ») détenant chacun 50 % des actions avec droit de participation et droit de vote en circulation de la compagnie qu'ils exploitent (ci-après « Opco ») sont à l'âge où ils recherchent une relève pour leur entreprise.

A et B n'ont pas de lien de dépendance.

A et B invitent un employé fiable et travailleur (ci-après « C ») à participer à l'actionnariat d'Opco et lui offrent d'acheter la moitié des actions avec droit de participation et droit de vote d'Opco dans un premier temps.

C incorpore Gesco et y investit 100 \$ en actions ordinaires.

A et B vendent tous deux la moitié de leurs actions d'Opco à Gesco pour un prix de vente représentant la JVM des actions d'Opco, payable en versements annuels et consécutifs dont le montant sera en fonction des bénéfices futurs réalisés par Opco.

Situations

C non lié à A et B

Si C n'est lié ni à A ni à B et en présupant qu'il n'est pas question d'un lien de fait, A et B réaliseront un gain en capital à la vente de leurs actions à Gesco et si les actions vendues sont des actions admissibles de petite entreprise, A et B pourront profiter de leur déduction pour gains en capital (en présupant de plus qu'il n'y a aucune considération de perte nette cumulative sur placement ou de perte au titre d'un placement d'entreprise dans les circonstances).

C lié à B

Malgré le fait qu'il s'agisse de la même transaction pour A et pour B, pour le même prix, suivant les mêmes modalités de paiement et aux mêmes conditions de vente, A aura droit à un traitement de gain en capital, tandis que B verra plutôt son gain traité comme un dividende imposable parce que C lui est lié.

Pourtant, la transaction entre les personnes liées B et C s'effectue en même temps que celle entre deux personnes non liées, soit A et C. Il est clair que les conditions de vente faites par B à C ne sont pas plus favorables que celles de A à C.

Pourquoi B subirait-il un traitement fiscal différent de A?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Dans le premier scénario, B et C n'ont pas de lien de dépendance, mais ce n'est pas le cas dans le deuxième scénario. L'article 84.1 L.I.R. a été instauré dans sa forme actuelle par suite de l'instauration de l'exonération cumulative des gains en capital. La règle vise à empêcher que les bénéfices accumulés d'une société, qui seraient imposables entre les mains de l'actionnaire s'ils étaient distribués sous forme de dividendes, soient effectivement réalisés à titre de gain en capital en franchise d'impôt dans le cadre d'une vente avec lien de dépendance. Cette préoccupation n'est normalement pas présente dans le cadre d'une disposition sans lien de dépendance. Tous les efforts possibles ont été déployés afin de restreindre la portée de cette règle antiévitement.

Compte tenu des risques d'abus et de pertes importantes de revenus, il a fallu mettre en œuvre la règle relative aux dispositions d'actions par un

particulier à une société avec laquelle il a un lien de dépendance. La règle actuelle est la conséquence nécessaire d'une politique très généreuse dans le cadre de laquelle jusqu'à 750 000 \$ de gains en capital peuvent être exemptés d'impôt.

Nous signalons aussi que l'article 84.1 L.I.R. ne s'applique que lorsque l'acquéreur est une société. Lorsque l'acquéreur est un particulier, même s'il est lié au vendeur, la règle sur le dividende réputé n'est pas applicable, et le vendeur peut réclamer l'exonération cumulative des gains en capital à l'égard du gain en capital résultant de la vente d'actions admissibles.

10. LIQUIDATION D'UNE CONVENTION DE RETRAITE ET QUALIFICATION À TITRE DE CONVENTION DE RETRAITE

L'ARC s'est prononcée sur la qualification de régimes de retraite à titre de convention de retraite lors de la Table ronde sur les produits financiers au Congrès annuel de 2005 de l'Association de planification fiscale et financière¹⁹.

Certaines conventions de retraite ont été implantées pour des objectifs de retraite, mais il peut arriver que les circonstances d'affaires aient changé après la mise en place du régime, le rendant subséquemment inutile. De plus, les conjonctures économiques peuvent faire en sorte que la convention de retraite soit plus coûteuse que prévue.

La liquidation d'une convention de retraite est alors une option considérée par le fiduciaire, le promoteur et l'employée bénéficiaire.

Dans une interprétation technique²⁰, l'ARC a mentionné que lorsqu'un régime était établi légitimement en tant que convention de retraite et qu'une décision était prise pour mettre fin au régime à la suite des conditions non prévues au départ (telles qu'une prise de contrôle, des frais d'administration ou de cotisation plus élevés que prévus), le régime ne cesserait pas de l'être à cause de sa liquidation précoce :

« Where a plan or arrangement is, in fact, established with a legitimate intent to fund retirement benefits, and a decision is subsequently made to terminate the plan or arrangement early, due to factors unforeseen at the outset (such as a

¹⁹ « Table ronde sur les produits financiers », *loc. cit.*, note 13, question 14, 57:28-29.

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CADADA, lettre d'interprétation 2004-0067871E5, 7 septembre 2004.

corporate takeover or unexpectedly high plan administration and funding expenses), in our view, the plan or arrangement should not generally cease to be an RCA due to the premature termination²¹. »

L'ARC peut-elle confirmer que cette interprétation technique reflète toujours sa position?

Réponse de l'ARC

Un contribuable ou son représentant doit faire preuve d'une très grande prudence lorsqu'il fait référence à une lettre d'interprétation technique, car elle comporte ses propres limites. Nos opinions ne sont pas rédigées de façon à couvrir toutes les circonstances ou situations possibles. De même, les dispositions législatives ou les politiques qui y sont traitées peuvent ne plus être applicables. De plus, il n'existe pas de mécanisme pour mettre à jour ou révoquer les opinions qui y sont énoncées.

L'opinion à laquelle vous faites référence représente généralement la position de l'ARC. Elle a été rendue sous réserve des limites que nous venons d'énumérer et des conditions qui y sont décrites dans un scénario de liquidation de la convention de retraite peu de temps après que les parties eurent décidé d'y mettre fin.

Plusieurs cas réels de liquidation de convention de retraite ont été portés à l'attention de l'ARC et chaque cas est étudié selon son bien-fondé. Nous invitons les contribuables ou leurs représentants qui désirent mettre fin prématurément à une convention de retraite à nous adresser une demande de décision anticipée s'ils le jugent nécessaire pour s'assurer du traitement fiscal.

11. AVANCE SUR POLICE D'ASSURANCE VIE AU DÉCÈS

L'alinéa 60s) L.I.R. permet à un contribuable de déduire dans le calcul de son revenu un montant lorsqu'une avance sur police est remboursée dans une année et qu'un montant avait été inclus dans son revenu lors de l'octroi de l'avance. Voici un exemple.

²¹ *Id.*

Situation 1

M. A est le titulaire et l'assuré d'une police d'assurance vie exonérée de 500 000 \$ dont la valeur de rachat est de 25 000 \$ et le coût de base rajusté est de 20 000 \$. Il obtient une avance sur police de 25 000 \$ et sera donc imposé sur 5 000 \$ dans l'année de la transaction. Quelques années plus tard, M. A rembourse l'avance et peut, selon l'alinéa 60s) L.I.R., déduire de son revenu les 5 000 \$ ayant fait l'objet d'une imposition.

Situation 2

M. A décède et n'a pas remboursé l'avance de 25 000 \$. L'assureur remet un montant net de 475 000 \$ à la succession qui était le bénéficiaire de la police. Le contribuable peut-il déduire les 5 000 \$ dans sa dernière déclaration de revenus?

L'ARC s'est déjà prononcée²² en indiquant que c'est une question de fait et que l'avance ne serait généralement pas considérée comme ayant été remboursée. Ainsi, le contribuable n'aurait pas le droit de déduire les 5 000 \$ sur lesquels il a été imposé lors de l'obtention de l'avance.

La raison invoquée est la suivante : « Normally, where the terms of the policy only provide for a net payment this does not constitute a repayment of the loan²³. »

Les polices d'assurance vie stipulent généralement que toute avance ou tout prêt sur police sera déduit du capital-décès payable, et cela, dans le but d'assurer le remboursement et d'éviter des transactions inutiles. En réalité, l'avance est effectivement remboursée puisque la succession ne recevra que la prestation de décès prévue à la police, nette de l'avance qui n'a pas encore été remboursée.

Est-ce que l'ARC est toujours en accord avec cette interprétation et si oui, pourrait-elle nous donner des précisions sur le fondement de cette position?

²² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9909075, 17 juin 1999.

²³ *Id.*

Réponse de l'ARC

L'alinéa 60s) L.I.R. permet à un contribuable de déduire pour une année d'imposition :

« [...] le total des remboursements faits par le contribuable au cours de l'année sur une avance sur police (au sens du paragraphe 148(9)) L.I.R. consentie dans le cadre d'une police d'assurance-vie, jusqu'à concurrence de l'excédent éventuel du total visé au sous-alinéa (i) sur le total visé au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des montants que le paragraphe 148(1) L.I.R. prévoit d'inclure dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure et qui proviennent d'une disposition visée à l'alinéa b) de la définition de "disposition" au paragraphe 148(9) L.I.R. à l'égard de cette police,

(ii) le total des remboursements faits par le contribuable sur l'avance sur police et qui étaient déductibles dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition antérieure. »

La déduction prévue à l'alinéa 60s) L.I.R. s'applique uniquement au contribuable qui a inclus un montant au titre d'une avance sur police dans son revenu et a fait un paiement en remboursement de ladite avance. Aucun montant ne peut être déduit dans la dernière déclaration de M. A en vertu de l'alinéa 60s) L.I.R. parce que l'avance n'était pas remboursée à son décès.

Il n'existe pas de disposition législative permettant à une succession ou à un héritier de déduire un montant au titre de remboursement d'une avance sur police lorsque le titulaire de la police a déjà inclus une somme dans le calcul de son revenu à l'égard de cette avance.

12. LES REÉR, LES CONVENTIONS DE RETRAITE ET LES ENTITÉS FISCALEMENT TRANSPARENTES SELON LE PROTOCOLE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS

Le cinquième protocole à la Convention Canada-États-Unis²⁴ ne définit pas les termes « entité » ou « transparente sur le plan financier » (ci-après « ETPF »). Toutefois, l'explication technique du Protocole modifiant la

²⁴ CANADA, ministère des Finances, *Protocole modifiant la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, faite à Washington le 26 septembre 1980 et modifiée par les protocoles faits le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995 et le 29 juillet 1997* (ci-après « Protocole »).

Convention Canada-États-Unis²⁵ indique qu'une ETPF est généralement une entité dont le revenu est imposé au niveau de ses membres, bénéficiaires ou participants. Aux fins fiscales américaines, une ETPF inclut les *grantor trusts*. Un REÉR ou une convention de retraite canadienne semblent être des ETPF aux fins américaines lorsqu'elles sont des *grantor trusts*.

Aux fins fiscales canadiennes, l'ARC s'est fait poser la question sur son interprétation de l'expression « transparente sur le plan financier », et la réponse était la suivante :

« The CRA is of the view that an entity is “fiscally transparent” if the income it earns is taxed at the beneficiary, member, or participant level. Entities that are subject to tax, but with respect to which tax may be relieved under an integrated system, are not considered “fiscally transparent”.

Entities that are fiscally transparent for US tax law purposes include limited liability companies that do not check the box.

Entities that are fiscally transparent for Canadian tax law purposes include partnerships. A trust that is not disregarded for Canadian tax purposes would generally not be considered to be an entity that is “fiscally transparent”²⁶. »

Selon cette interprétation technique, nous sommes d'avis qu'un REÉR et une convention de retraite canadienne ne seraient pas des ETPF aux fins fiscales canadiennes. Les fiducies qui se qualifient à titre de REÉR aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont les fiducies présumées selon le paragraphe 248(3) L.I.R., ne devraient pas être considérées comme étant transparentes puisqu'elles sont exonérées d'impôt selon un système que nous percevons intégré. Pour leur part, les conventions de retraite ne sont pas exonérées d'impôt.

Les notes explicatives relatives au paragraphe 7(b) de l'Article IV de l'explication technique indiquent ceci :

²⁵ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Technical Explanation of the Protocol Done at Chelsea on September 21, 2007, Amending the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and Capital Done at Washington on September 26, 1980 as amended by the Protocols Done on June 14, 1983, March 28, 1994, March 17, 1995 and July 29, 1997*, 10 juillet 2008 (ci-après « explication technique »).

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0261901C6, 17 juillet 2008.

« Subparagraphe 7(b) provides that an amount of income, profit or gain is not considered to be paid to or derived by a person who is a resident of a Contracting State (the residence State) where the person is considered under the tax law of the other Contracting State (the source State) to have received the amount from an entity that is a resident of that other State (the source State), but by reason of the entity being treated as fiscally transparent under the laws of the Contracting State of which the person is resident (the residence State), the treatment of such amount under the tax law of that State (the residence State) is not the same as the treatment would be if that entity were not treated as fiscally transparent under the laws of that State (the residence State)²⁷. »

Les conditions énoncées dans ce paragraphe semblent respectées lors du retrait des sommes d'un REÉR ou d'une convention de retraite, qui sont des ETPF aux fins fiscales américaines, mais non transparentes aux fins fiscales canadiennes :

- Le revenu est dérivé d'un pays source (Canada);
- Il est payé à un résident du pays de résidence (États-Unis);
- Par une entité résidente du pays source (le REÉR au Canada); et
- Cette entité est considérée comme étant transparente sur le plan financier selon la fiscalité du pays de résidence (États-Unis) et le traitement aurait été différent si l'entité n'avait pas été transparente sur le plan financier en vertu des lois du pays de résidence (États-Unis).

La conséquence prévue au paragraphe 7(b) de l'Article IV de la Convention Canada-États-Unis est de ne pas considérer le gain comme étant payé à une personne ou dérivé d'une personne du pays de résidence (États-Unis), donc de priver le bénéficiaire de la réduction de taux prévue à la Convention Canada-États-Unis.

- a) Comment concilier les dispositions du Protocole avec l'Article XVIII sur les pensions de la Convention Canada-États-Unis?
- b) Pourriez-vous préciser si les versements provenant des REÉR, qui sont des ETPF aux fins fiscales américaines mais pas aux fins canadiennes, pourront profiter des avantages de la Convention Canada-États-Unis relativement au taux d'impôt qui doit être retenu à la source lorsqu'ils sont payés à des résidents américains?

²⁷ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *op. cit.*, note 25, p. 7.

- c) Pourriez-vous préciser si les versements provenant de convention de retraite, quand il s'agit d'ETPF aux fins fiscales américaines mais pas aux fins canadiennes, pourront bénéficier d'un taux d'impôt retenu à la source réduit en vertu de la Convention Canada-États-Unis lorsqu'ils sont payés à des résidents américains?

Réponses de l'ARC

Les amendements apportés à la Convention par le Protocole doivent être interprétés selon les principes généraux d'interprétation applicables. À cet égard, une interprétation libérale doit être adoptée afin que la Convention soit appliquée conformément aux véritables intentions des États contractants. Il est notamment possible de recourir à des documents extrinsèques afin d'identifier les objectifs recherchés par les États contractants aux fins de la conclusion de l'entente. Plus précisément, soulignons que le gouvernement du Canada souscrit de façon générale au contenu de l'explication technique, tel qu'il est indiqué dans la partie introductive de ce document.

Même si un *grantor trust* est considéré comme une ETPF en vertu de la législation fiscale des États-Unis, les notes explicatives relatives au paragraphe 7(b) de l'Article IV de l'explication technique ne comportent aucune indication selon laquelle les États contractants avaient l'intention que cette disposition s'applique de façon à limiter les bénéficiaires de la Convention Canada-États-Unis pouvant être invoqués par un résident américain à l'égard de paiements provenant de REÉR, de convention de retraite, ou d'autres mécanismes de retraite semblables. De plus, nous ne sommes pas convaincus que le paragraphe 7(b) de l'Article IV de la Convention Canada-États-Unis trouverait généralement application d'un point de vue technique à l'égard de paiements provenant de REÉR ou de conventions de retraite.

L'ARC entend donc généralement appliquer les dispositions de l'Article XVIII de la Convention Canada-États-Unis à de tels paiements. Ainsi, nous sommes d'avis qu'un résident américain, qualifié de « personne admissible » au sens de l'Article XXIX-A de la Convention Canada-États-Unis, qui reçoit un versement provenant d'un REÉR ou d'une convention de retraite pourra invoquer le bénéfice de la Convention Canada-États-Unis à l'égard du taux de retenue à la source canadienne applicable, et le paragraphe 7(b) de l'Article IV n'aurait généralement pas pour effet de réputer que le résident américain n'a pas tiré un revenu ni réalisé un profit ou un gain aux fins de l'application de la Convention Canada-États-Unis.

13. PLANIFICATION POST MORTEM PIPELINE

Depuis que le taux d'imposition du gain en capital est inférieur au taux d'imposition d'un dividende, lors du décès d'un contribuable qui détient des actions d'une compagnie devant être liquidée à court terme, il peut être préférable d'utiliser la technique *post mortem*, dite pipeline, plutôt que le paragraphe 164(6) L.I.R. afin que le montant devenant imposable par suite du décès du contribuable le soit à titre de gain en capital plutôt qu'à titre de dividende.

Par exemple, présumons que le contribuable détient la totalité des actions d'une compagnie canadienne imposable (ci-après « ACO »), qui n'est pas une société exploitant une petite entreprise, ayant une JVM de 100 000 \$ et un coût de 100 \$.

ACO possède une encaisse de 100 000 \$, un capital-actions de 100 \$ et des bénéfices non répartis de 99 900 \$ et n'a aucun passif.

À son décès, le contribuable est présumé avoir disposé de ses actions pour 100 000 \$ et réalise un gain en capital de 99 900 \$.

La succession du contribuable est réputée avoir fait l'acquisition des actions pour une somme de 100 000 \$, laquelle correspond à la fois au coût et à la JVM des actions pour la succession.

La succession constitue une nouvelle société canadienne imposable (ci-après « BCO ») et y souscrit 100 actions ordinaires pour 100 \$.

La succession vend les actions d'ACO à BCO à un prix de 100 000 \$ payable par l'émission d'un billet à demande, sans intérêt. Aucun impôt n'en découle.

ACO est ensuite liquidée dans BCO et tous ses biens sont remis à BCO.

À la réception des biens d'ACO, dont l'encaisse de 100 000 \$, BCO rembourse le billet de 100 000 \$ dû à la succession.

BCO est ensuite dissoute.

Finalement, la succession remet au(x) légataire(s) la somme de 100 000 \$ extraite d'ACO.

Le résultat final est que la plus-value des actions d'ACO sera imposée comme gain en capital entre les mains du contribuable décédé.

Le paragraphe 164(6) L.I.R. aurait plutôt donné lieu à un dividende imposable de 99 900 \$ entre les mains de la succession, provoquant une perte en capital de 99 900 \$ dans la succession, laquelle perte en capital aurait été appliquée par le liquidateur contre le gain en capital réalisé par le contribuable décédé.

Les décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3²⁸ laissent sous-entendre que la succession ne devrait pas procéder à la liquidation d'ACO dans BCO avant qu'il se soit écoulé une période d'au moins une année si elle veut profiter de ces décisions, toutes deux favorables relativement à la non-application de l'article 84.1 L.I.R. ainsi que des paragraphes 84(2) et 245(2) L.I.R.

De plus, dans les deux décisions anticipées mentionnées ci-dessus, il était fait mention que durant l'année d'attente en question, la société donnée, c'est-à-dire ACO, continuerait d'exploiter son entreprise, et ce, de la même manière que cela se faisait auparavant.

Dans l'interprétation technique F 2006-0170641E5²⁹ du 29 juin 2006, l'ARC mentionne que cette attente d'un an de même que le maintien d'ACO comme entité juridique distincte continuant d'exploiter son entreprise pour cette période d'un an faisaient partie des opérations projetées soumises par les contribuables concernés et ne sauraient être qualifiés à proprement parler d'une « exigence » de l'ARC. L'ARC mentionne également qu'elle reconnaît toutefois que ces éléments ont contribué à permettre à la présente Direction de conclure à la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R.

- a) Pourquoi obliger la succession de maintenir la structure d'ACO et BCO en place pendant toute une année et de retarder ainsi le règlement de la succession, puisque le résultat de la dissolution d'ACO dans BCO sera la reconnaissance d'un dividende imposable versé par ACO à BCO de 99 900 \$? Ce dividende n'entraînera aucune imposition puisqu'il sera versé entre deux sociétés canadiennes imposables rattachées.

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, décisions anticipées F 2002-0154223, 1^{er} janvier 2002 et F 2005-0142111R3, 1^{er} janvier 2005.

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique F 2006-0170641E5, 29 juin 2006.

- b) En quoi l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. changerait-elle quelque chose à cet état de fait?
- c) En quoi le report de la dissolution pendant une année changera-t-il quelque chose à l'application ou la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R.?
- d) S'il faut absolument maintenir la structure d'ACO et de BCO pendant une année, est-ce une année civile ou une année financière qui pourrait être plus courte?

Réponse de l'ARC aux questions a) et b)

La question a) fait état d'un dividende inter-société qui résulterait de la liquidation d'une filiale dans sa société mère en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. Normalement, aucun dividende inter-société ne résulte d'une telle liquidation. En effet, l'alinéa 88(1)d.1) L.I.R. édicte que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne s'applique pas à la liquidation de la filiale.

D'autre part, l'application potentielle du paragraphe 84(2) L.I.R. dans une planification *post mortem* de type pipeline entraînerait non pas un dividende inter-société, mais plutôt un dividende réputé versé par une société (ACO dans l'exemple) et réputé reçu par un particulier (la succession dans l'exemple).

Réponse de l'ARC à la question c)

Dans le cadre des décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3, l'ARC a conclu que le paragraphe 84(2) L.I.R. n'était pas applicable aux opérations projetées pour imposer un dividende au particulier qui était ultimement bénéficiaire de la distribution ou de l'attribution. À cet égard, les opérations projetées indiquaient, entre autres, que la société donnée demeurait une entité juridique distincte (c'est-à-dire que cette société n'était pas liquidée dans une autre société ou fusionnée avec une autre société) pour une période d'au moins une année à compter du transfert d'actions du capital-actions de la société donnée par le particulier en faveur de la société nouvellement constituée. De plus, durant cette même période, la société donnée continuait d'exploiter son entreprise, et ce, de la même manière que cela se faisait auparavant. Par la suite, il était prévu que le billet payable serait remboursé (ou que la diminution du capital versé serait effectuée) sur une base progressive.

Si l'on se fonde sur ce qui précède, il était raisonnable, dans les circonstances et dans un contexte de planification *post mortem*, de considérer que les conditions d'application du paragraphe 84(2) L.I.R. n'étaient pas toutes respectées. Ainsi, le paragraphe 84(2) L.I.R. exige que des fonds ou des biens d'une société donnée soient distribués ou autrement attribués, de quelque façon que ce soit, à ses actionnaires ou au profit de ceux-ci, lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de l'entreprise de la société donnée. Dans les décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3, le particulier avait cessé d'être un actionnaire de la société donnée depuis une période d'au moins une année, préalablement à la réception des fonds ou des biens et à la liquidation, cessation de l'exploitation ou réorganisation de l'entreprise de la société donnée.

Par ailleurs, la situation brièvement décrite dans l'énoncé de la présente question nous semble différente de celles décrites dans les décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3. Entre autres, ACO ne semble plus exploiter d'entreprise préalablement au décès du contribuable et la totalité de ses éléments d'actif est constituée de liquidités. En conséquence et compte tenu du fait que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique, nous ne pouvons formuler de commentaires sur l'application potentielle du paragraphe 84(2) L.I.R. dans le cadre de la situation décrite dans l'énoncé.

Réponse de l'ARC à la question d)

Comme vous l'avez soulevé dans l'énoncé de la présente question, l'ARC a mentionné dans l'interprétation technique F 2006-0170641E5 que les éléments des décisions anticipées F 2002-0154223 et F 2005-0142111R3, sommairement décrits ci-dessus, faisaient partie des opérations projetées soumises par les contribuables concernés et ne sauraient être qualifiés, à proprement parler, d'une exigence de notre direction. Par ailleurs, nous tenons à préciser que la position de notre direction est de se prononcer sur l'application potentielle du paragraphe 84(2) L.I.R. au cas par cas, après avoir effectué un examen complet de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée.

14. ÉCHANGES TRANSFRONTALIERS ET ROULEMENT FISCAL

Lors d'acquisitions d'entreprises canadiennes entre elles, on structure souvent les ventes de sociétés publiques ou privées en incluant une contrepartie payée en actions, permettant, dans certains cas, un roulement de

tout ou partie du gain en capital non réalisé sur les actions nouvellement acquises.

Pour un investisseur canadien, ce roulement est possible si plusieurs conditions sont remplies et seulement dans des transactions où des actions de société canadienne sont échangées contre des actions de société canadienne, ou lorsque des actions étrangères sont échangées contre des actions étrangères.

Plusieurs entreprises du Québec sont courtisées par nos voisins du Sud. Lorsque l'acquéreur est étranger, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet actuellement pas de roulement pour des échanges transfrontaliers, c'est-à-dire une action canadienne échangée contre une action étrangère.

Dans l'*Énoncé économique et mise à jour budgétaire de 2000*³⁰, ainsi que dans les budgets qui ont suivi, le gouvernement a exprimé son intention d'élaborer des règles qui établiraient un roulement explicite d'actions entre sociétés canadiennes et étrangères, tout en assurant la protection de l'assiette fiscale canadienne. Dans le Budget 2005³¹, le gouvernement annonçait qu'un document de travail sur les modifications proposées de l'impôt sur le revenu nécessaires à la mise en œuvre de cette initiative devait être publié peu après le Budget de 2005, mais rien n'a été annoncé depuis ce moment.

Le ministère des Finances du Canada pourrait-il nous indiquer si le roulement dans le cadre d'échanges transfrontaliers est toujours à l'étude?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Dans l'*Énoncé économique et la mise à jour budgétaire de 2000* et des budgets qui ont suivi, le ministère des Finances du Canada a exprimé son intention d'élaborer des règles qui établiraient explicitement un roulement d'actions entre sociétés canadiennes et étrangères, tout en assurant la protection de l'assiette fiscale canadienne. La protection de l'assiette fiscale est une exigence de base d'un tel mécanisme de roulement; or, nous n'avons pu élaborer à ce jour une règle qui permettrait d'assurer cette protection comme il se doit.

³⁰ CANADA, ministère des Finances, *Énoncé économique et mise à jour budgétaire de 2000*, 18 octobre 2000.

³¹ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2005*, 23 février 2005.

15. UTILISATION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE DANS UN GROUPE DE SOCIÉTÉS

Il arrive que des sociétés privées acquièrent une police d'assurance vie pour obtenir des fonds lors du décès d'un actionnaire important. Voici une de ces situations :

Un particulier (ci-après « A ») détiendrait 100 % des actions avec droit de vote du capital-actions d'une société donnée (ci-après « Mèreco »). Mèreco détiendrait 100 % des actions avec droit de vote du capital-actions d'une société (ci-après « Filialeco »). Filialeco serait le preneur et le titulaire d'une police d'assurance sur la vie de A et payerait les primes relatives à cette police d'assurance. Le bénéficiaire de la police d'assurance serait Mèreco.

Est-ce que l'ARC peut nous confirmer si le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'appliquerait pas à la situation ci-dessus, comme elle l'a mentionné dans les documents E 2004-006546 et E 9824645³²?

Réponse de l'ARC

La question de déterminer si, aux termes du paragraphe 15(1) L.I.R., une société donnée a conféré un avantage à un actionnaire est généralement une question de fait.

En général, l'ARC considère que le paragraphe 15(1) L.I.R. serait applicable lorsqu'une transaction ou une série de transactions entraînerait un appauvrissement d'une société et un avantage économique pour un actionnaire. Dans l'affaire *Del Grande c. La Reine*³³, le tribunal a indiqué ceci :

[TRADUCTION] « L'alinéa 15(1)c) envisage l'octroi d'un véritable avantage économique à l'actionnaire. Le terme "accorder" sous-entend l'octroi de dons ou de largesses qui procurent un avantage économique au bénéficiaire en entraînant un désavantage économique correspondant pour la corporation. »

³² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2004-0065461C6 et E 9824645, 15 décembre 1998; *Calu Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, 4 mai 2004, question 8.

³³ 93 D.T.C. 133 (C.C.I.).

Selon la définition d'« employeur remplacé » prévue au paragraphe 8500(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*³⁴, un employeur est un employeur remplacé par rapport à un « employeur donné » :

« “Employeur remplacé” Employeur (appelé “vendeur” dans la présente définition) qui dispose, notamment par vente ou cession, de tout ou partie de son entreprise ou de son exploitation, ou de tout ou partie des actifs y afférents, en faveur d'un employeur donné ou d'un autre employeur qui, après la disposition, devient un employeur remplacé quant à l'employeur donné, lorsque l'employé du vendeur devient au moment de la disposition l'employé de l'acquéreur de l'entreprise, de l'exploitation ou des actifs. »

Les périodes de services admissibles sont décrites à l'alinéa 8503(3)a) R.I.R. Les services pour les périodes suivantes prévues aux sous-alinéas 8503(3)a)(i) et 8503(3)a)(ii) R.I.R. peuvent constituer des services pour lesquels une contribution peut être effectuée :

« [...] (i) la période tout au long de laquelle il est au service, au Canada, d'un employeur qui participe au régime et dont il reçoit une rémunération,

(ii) la période tout au long de laquelle il est au service, au Canada, d'un employeur remplacé, quant à un employeur qui participe au régime, dont il reçoit une rémunération, [...]. »

Dans la situation présentée ci-dessus, Société C est un employeur qui participe au régime aux fins de l'application du sous-alinéa 8503(3)a)(i) R.I.R. De plus, Société B est un employeur remplacé quant à la Société C aux fins de l'application du sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R.

Étant donné que l'employé est demeuré au service de la même entreprise tout au long de la période de 15 ans, il serait normal que les services passés pour lesquels la Société C peut contribuer incluent la période de 15 ans et non seulement les 10 dernières années.

Il est à noter qu'il semble que la version anglaise du *Règlement de l'impôt sur le revenu* permet plus facilement de traiter la Société B à titre d'employeur donné, qui est un employeur remplacé par rapport à la Société C, permettant ainsi à la Société A d'être un employeur remplacé par rapport à la Société C.

³⁴ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

Dans la situation présentée ci-dessus, Société A est-elle un employeur remplacé quant à la Société C aux fins de l'application du sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R.?

Dans la situation présentée ci-dessus, Société B est-elle un employeur qui participe au régime (afin que la société A puisse être considérée comme un employeur remplacé aux fins du sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R.)?

Réponses de l'ARC

Les faits dans la situation présentée ci-dessus ne sont pas clairs et ne nous permettent pas de déterminer comment l'entreprise de Société A est devenue une entreprise de Société B, et ensuite une entreprise de Société C. Par exemple, selon les faits présentés, il se pourrait que Société B ait acquis toutes les actions du capital-actions de Société A et que par la suite Société C ait acquis toutes les actions du capital-actions de Société B. Nous ne savons pas si les sociétés auraient été regroupées dans le cadre de liquidations ou fusions.

Par conséquent, nous ne pouvons nous prononcer définitivement quant à l'application de la définition d'employeur remplacé prévue au paragraphe 8500(1) R.I.R. et du sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R., relativement à la situation présentée ci-dessus.

Pour l'application du sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R., l'administrateur du régime doit s'assurer que l'employeur qui crédite le service soit l'employeur participant. Les employeurs précédents, tels que Société A et Société B dans la situation présentée, afin d'être en conformité avec le sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R., doivent être des employeurs remplacés au sens de la définition prévue au paragraphe 8500(1) R.I.R. En plus de se conformer à cette définition, le sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R. ajoute la condition à savoir que le participant ait reçu une rémunération de l'employeur remplacé au cours de la période visée.

Ainsi, dans la situation présentée, la question de savoir si Société A est un employeur remplacé quant à la Société C est une question de fait.

Société A pourrait constituer un employeur remplacé (au sens de la définition prévue au paragraphe 8500(1) R.I.R.) quant à Société C aux fins du sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R., si Société A avait vendu son entreprise en faveur de Société B au début de l'année 6, et que Société B avait ensuite vendu l'entreprise en faveur de Société C au début de l'année 11.

Le sous-alinéa 8503(3)a)(i) R.I.R. pourrait s'appliquer advenant une fusion (au sens prévu au paragraphe 87(1) L.I.R.) de Société B et Société A (après une acquisition de Société A par Société B), qui serait suivie d'une fusion (au sens prévu au paragraphe 87(1) L.I.R.) de Société C et de la société issue de la première fusion (après une acquisition de la société issue de la première fusion par Société C). Étant donné que, dans le cas d'une fusion au sens prévu au paragraphe 87(1) L.I.R., l'alinéa 87(2)q) L.I.R. prévoit qu'une nouvelle société est réputée être la même société que chaque société remplacée et en être la continuation, le sous-alinéa 8503(3)a)(i) R.I.R. pourrait s'appliquer à la suite des fusions afin d'inclure la période tout au long de laquelle l'employé était au service de Société A et Société B et dont il recevait une rémunération.

Le sous-alinéa 8503(3)a)(i) R.I.R. pourrait aussi s'appliquer advenant une liquidation (visée par le paragraphe 88(1) L.I.R.) de Société A dans Société B (après une acquisition de Société A par Société B), qui serait suivie d'une liquidation (visée par le paragraphe 88(1) L.I.R.) de Société B dans Société C (après une acquisition de Société B par Société C). Étant donné que, dans le cas d'une telle liquidation, l'alinéa 88(1)e.2) L.I.R. fait en sorte qu'une société mère est réputée être la même société qu'une filiale liquidée et en être la continuation, le sous-alinéa 8503(3)a)(i) R.I.R. pourrait s'appliquer à la suite des liquidations afin d'inclure la période tout au long de laquelle l'employé était au service de Société A et Société B et dont il recevait une rémunération.

17. RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL ET EMPLOYEUR REMPLACÉ

Un employeur qui a établi un RRI pour son dirigeant principal, et qui veut effectuer des cotisations pour des services passés, pourrait devoir s'assurer que les services sont admissibles en vertu du sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R., d'un employeur remplacé quant à un employeur qui participe au régime, dont il reçoit une rémunération.

La définition suivante de l'expression « employeur remplacé » est prévue au paragraphe 8500(1) R.I.R. :

« “employeur remplacé” Employeur (appelé “vendeur” dans la présente définition) qui dispose, notamment par vente ou cession, de tout ou partie de son entreprise ou de son exploitation, ou de tout ou partie des actifs y afférents, en faveur d'un employeur donné ou d'un autre employeur qui, après la disposition, devient un employeur remplacé quant à l'employeur donné, lorsque l'employé du vendeur devient au moment de la disposition l'employé de l'acquéreur de l'entreprise, de l'exploitation ou des actifs. »

En présumant que toutes les conditions requises par ailleurs sont respectées, pouvez-vous nous confirmer qu'une fusion (au sens prévu au paragraphe 87(1) L.I.R.) de deux sociétés ou une liquidation (visée par le paragraphe 88(1) L.I.R.) d'une filiale dans une société mère pourrait être comprise dans la « vente ou cession, de tout ou partie de son entreprise ou de son exploitation, ou de tout ou partie des actifs y afférents, en faveur d'un employeur donné ou d'un autre employeur » aux fins de l'application du sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R.?

Réponse de l'ARC

Lorsqu'il y a une fusion au sens prévu au paragraphe 87(1) L.I.R., l'alinéa 87(2)q) L.I.R. prévoit que, aux fins des articles 147.1 et 147.2 L.I.R. et des dispositions réglementaires prises en vertu du paragraphe 147.1(18) L.I.R., la nouvelle société (société issue d'une fusion) est réputée être la même société que chaque société remplacée et en être la continuation. L'alinéa 87(2)q) L.I.R. s'applique aux fins de l'alinéa 8503(3)a) R.I.R.

Étant donné que, dans le cas d'une telle fusion, une nouvelle société est réputée être la même société que chaque société remplacée et en être la continuation, le sous-alinéa 8503(3)a)(i) R.I.R. pourrait s'appliquer à la suite de la fusion afin d'inclure la période tout au long de laquelle un participant était au service d'une société remplacée.

Lorsqu'il y a une liquidation d'une filiale dans une société mère qui est visée par le paragraphe 88(1) L.I.R., l'alinéa 88(1)e.2) L.I.R. prévoit que l'alinéa 87(2)q) L.I.R. s'applique à la liquidation avec certaines modifications. L'effet de l'interaction des alinéas 88(1)e.2) et 87(2)q) L.I.R. est que pour l'application des articles 147.1 et 147.2 L.I.R. et des dispositions réglementaires prises en vertu du paragraphe 147.1(18) L.I.R., une société mère est réputée être la même société qu'une filiale liquidée et en être la continuation. L'alinéa 88(1)e.2) L.I.R. s'applique aux fins de l'alinéa 8503(3)a) R.I.R.

Étant donné que, dans le cas d'une telle liquidation, une société mère est réputée être la même société qu'une filiale liquidée et en être la continuation, le sous-alinéa 8503(3)a)(i) R.I.R. pourrait s'appliquer à la suite de la liquidation afin d'inclure la période tout au long de laquelle un participant était au service d'une filiale liquidée.

La question de savoir si le sous-alinéa 8503(3)a)(ii) R.I.R. est applicable dans les situations décrites ci-dessus n'est pas pertinente.

18. OPÉRATIONS DE TYPE *LIPSON*

Nous souhaiterions connaître quelle serait la position actuelle de l'ARC à l'égard d'un dossier où un contribuable s'engageait, en 2009, dans des opérations semblables à celles réalisées par M. Lipson et analysées par la Cour suprême du Canada en janvier 2009³⁵ selon les hypothèses suivantes :

- i) Le particulier effectue plutôt le choix de la JVM lors du transfert d'actions à son conjoint et reçoit une contrepartie égale à la JVM;
- ii) Le particulier applique en tout point la stratégie de M. Lipson et laisse les règles du paragraphe 73(1) L.I.R. s'appliquer au transfert des actions.

Étant donné qu'un contribuable ne peut pas de son propre chef s'auto-appliquer la RGAÉ lors de la production de ses déclarations fiscales, comment le particulier et son conjoint devraient-ils produire leurs déclarations de revenus dans le scénario ii)?

Réponse de l'ARC

Dans la situation décrite dans le scénario i), le particulier transfère les actions qu'il détient à son conjoint et fait le choix de soustraire ces actions à l'application du paragraphe 73(1) L.I.R. En vertu de l'alinéa 74.5(1)c) L.I.R., puisque le particulier choisit de ne pas se prévaloir du roulement prévu au paragraphe 73(1) L.I.R., les règles d'attribution prévues au paragraphe 74.1(1) L.I.R. ne s'appliquent pas au revenu ou à la perte dérivé des actions transférées.

D'une part, cette situation se distingue de l'affaire *Lipson* puisque, dans ce contexte, le particulier réalise, au moment du transfert des actions, le gain en capital sur les actions transférées, le cas échéant. D'autre part, elle se distingue aussi de l'affaire *Lipson* du fait que le revenu ou la perte provenant des actions transférées n'est pas attribué au particulier mais est plutôt imposé à l'égard du conjoint.

Ce dernier pourrait déduire les intérêts sur l'emprunt contracté pour acquérir les actions dans la mesure où toutes les conditions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. sont respectées.

³⁵ *Lipson c. La Reine*, [2009] 1 R.C.S. 3; 2009 CSC 1 (ci-après « *Lipson* »).

Dans la situation décrite dans le scénario ii), le particulier transfère les actions qu'il détient à son conjoint et ne fait pas le choix de soustraire ces actions à l'application du paragraphe 73(1) L.I.R. Par conséquent, sous réserve de dispositions antiévitement spécifiques qui pourraient trouver application et de la RGAÉ, les règles d'attribution prévues au paragraphe 74.1(1) L.I.R. s'appliqueraient normalement au revenu ou à la perte provenant des actions transférées.

Dans l'affaire *Lipson*, la Cour suprême du Canada a qualifié ces opérations d'abusives et a appliqué la RGAÉ de manière à refuser à M. Lipson la déduction des intérêts dans le calcul du revenu ou de la perte qui lui était attribué. Tout comme dans l'affaire *Lipson*, l'ARC appliquerait le paragraphe 245(2) L.I.R. et refuserait au particulier la déduction des intérêts dans le calcul du revenu ou de la perte qui lui serait attribué.

En ce qui concerne la production des déclarations de revenus du particulier et de son conjoint dans une telle situation, il appartient à chaque contribuable de procéder honnêtement, chaque année, à la préparation de sa déclaration de revenus en tenant compte des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* applicables. Cependant, notons que, dans le scénario ii), le particulier et son conjoint prendraient part à des opérations qui ont déjà été qualifiées d'abusives par la Cour suprême du Canada. Dans les circonstances, et tel que nous l'avons déjà mentionné à l'occasion de la Table ronde sur la fiscalité fédérale en 2006³⁶, l'ARC pourrait envisager d'appliquer la pénalité prévue au paragraphe 163(2) L.I.R. Également, l'imposition de pénalités administratives à des tiers pourrait être envisagée, conformément à ce qui est indiqué au paragraphe 77 de la *Circulaire d'information 01-1*³⁷.

19. L'IMPOSSIBILITÉ D'AVOIR UNE FIDUCIE À TITRE DE BÉNÉFICIAIRE D'UN REÉR

À la suite de l'arrêt *Thibault c. La Reine*³⁸, rendu par la Cour suprême du Canada en 2004, plusieurs REÉR sont maintenant saisissables et les

³⁶ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72, question 7, aux pages 53:16-17 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0196021C6.

³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information 01-1*, « Pénalités administratives imposées à des tiers », 12 mai 2001.

³⁸ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758; 2004 CSC 29 (ci-après « *Thibault* »).

travailleurs autonomes ne bénéficient pas toujours de la même protection que celle accordée aux salariés dont les fonds de pension sont généralement insaisissables. L'ARC s'est déjà prononcée à savoir qu'il était impossible de nommer une fiducie à titre de bénéficiaire d'un REÉR, puisqu'il s'agissait d'une modification de régime³⁹.

Le ministère des Finances du Canada est-il prêt à se pencher sur cette situation?

Réponse du ministère des Finances du Canada

L'arrêt *Thibault*, dans la mesure où il a eu une incidence sur le fonctionnement du régime de l'impôt sur le revenu, a donné suite à des modifications du paragraphe 248(3) L.I.R. Un arrangement conclu au Québec qui n'est pas une fiducie aux termes du *Code civil du Québec*⁴⁰ sera réputé être une fiducie pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'il correspond à la définition d'« arrangement admissible » prévue au paragraphe 248(3.2) L.I.R.

Aux termes des lois fédérales sur l'insolvabilité (*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁴¹ et *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*⁴²), les actifs détenus dans un régime de pension enregistré, un REÉR ou un FERR ne sont pas saisissables. Les provinces peuvent prévoir des exemptions à la saisie en vertu de leurs lois concernant les créanciers et les débiteurs. La décision à savoir si un actif doit être insaisissable ou pas aux termes des lois provinciales revient aux autorités provinciales compétentes.

Les REÉR sont destinés à constituer des mécanismes d'épargne pour des particuliers. Le fait de permettre que des fiducies soient bénéficiaires de REÉR exigerait l'instauration de lois complexes et pourrait entraîner des possibilités de planification fiscale non voulues.

³⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0077581E5, 27 juillet 2004.

⁴⁰ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

⁴¹ L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

⁴² L.R.C. (1985), c. C-36.

20. RÉGIME D'ACCESSION À LA PROPRIÉTÉ ET RETRAITS DANS DES ANNÉES CIVILES DISTINCTES

Aux fins du régime d'accès à la propriété (ci-après « RAP »), en vertu de l'alinéa 146.01(2)d) L.I.R., tous les retraits doivent être effectués dans la même année civile pour constituer un « montant admissible » non imposable au moment du retrait. Une petite exception est prévue au sous-alinéa 146.01(2)d)(i) L.I.R. si le particulier reçoit le montant en janvier de l'année suivante (ou à tout moment postérieur que le ministre estime acceptable). Autrement, un retrait effectué dans l'année civile suivante est imposable. Un certain nombre de contribuables ont malheureusement fait les frais de cette disposition législative. Les décisions *Bergeron c. MRN*⁴³ et *Loh c. MRN*⁴⁴ rendues par la Cour canadienne de l'impôt (en procédure informelle) en sont des exemples patents même si le contribuable Loh a bénéficié des largesses du juge de la Cour canadienne de l'impôt. Bien que cette règle existe depuis le début de l'existence du régime, elle est à peu près inconnue des contribuables même si cette information est désormais disponible dans le *Guide RC4135*⁴⁵. Il faut se questionner sur la nécessité de maintenir une telle rigidité. En effet, dans un contexte immobilier où les transactions pour l'achat d'une maison se font à n'importe quel moment de l'année, il y a peu de justification à cette règle rigide.

À titre d'exemple seulement, il se peut fort bien qu'une offre d'achat pour une résidence soit conclue en novembre 2009 avec prise de possession en mars 2010. Dès lors, il se peut que l'acheteur engage des déboursés dès novembre 2009 (frais d'inspection, frais d'évaluation ou règlement de certaines dettes à taux d'intérêt élevés pour mieux se qualifier pour le prêt hypothécaire, etc.), tandis que d'autres déboursés ne seront nécessaires qu'en mars 2010. Il se peut aussi que le contribuable possède ses REÉR dans deux institutions financières différentes où il effectuera des retraits distincts, de telle sorte qu'il est fort possible qu'aucun conseiller des deux institutions financières ne soit au courant des retraits effectués dans des années civiles distinctes. De plus, des délais administratifs ou des délais applicables pour l'encaissement d'un placement détenu par le ou les REÉR peuvent être respectés.

⁴³ C.C.I. n° 98-2730 (IT) I, 30 octobre 1999.

⁴⁴ C.C.I. n° 2006-2606 (IT) I, 7 décembre 2007.

⁴⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide RC4135*, « Régime d'accession à la propriété (RAP) », 16 décembre 2008.

Le ministère des Finances du Canada est-il prêt à se pencher sur cette situation?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances du Canada est prêt à se pencher sur cette question et à déterminer si des préoccupations fiscales sur le plan de la politique, de l'administration ou de l'observation de la loi découlent de la proposition visant à assouplir la date limite pour faire des retraits du RAP afin de tenir compte des opérations qui chevauchent deux années civiles. Nous allons collaborer avec l'ARC afin d'évaluer la portée de l'enjeu et d'examiner les préoccupations que l'ARC pourrait soulever sur le plan de l'administration ou de l'observation de la loi fiscale.

21. FINANCEMENT HYPOTHÉCAIRE SUR UNE RÉSIDENCE PRINCIPALE ET COPROPRIÉTÉ AUX FINS D'OBTENTION DU PRÊT

Dans les dernières années, plusieurs institutions financières ont exigé, dans le cas d'un particulier ayant des revenus insuffisants ou un dossier de crédit insatisfaisant, que son père (ou sa mère ou un frère) se porte conjointement acquéreur de la résidence avec le particulier afin que le financement hypothécaire soit accordé.

En pratique cependant, cette copropriété de la résidence ne vise qu'à satisfaire l'institution financière en ce qui a trait à certaines exigences de crédit. Dans la réalité, seul le particulier habitera généralement ladite résidence principale, en acquittera les mensualités hypothécaires, les impôts fonciers et les frais d'entretien et de réparation.

Dans plusieurs interprétations techniques s'appliquant à des situations semblables mais dans d'autres provinces canadiennes, l'ARC a fait intervenir le concept de *beneficial ownership* par opposition au concept de *legal ownership* lorsque l'intention des parties et les gestes accomplis démontrent clairement que le « réel » propriétaire est uniquement le particulier. Ainsi, lors de la revente de la résidence, le particulier serait reconnu comme le seul propriétaire aux fins du calcul du gain en capital et de la réclamation de l'exemption pour résidence principale.

Comme le concept de *beneficial ownership* n'est pas vraiment une notion reconnue dans le droit civil applicable au Québec :

- a) L'ARC peut-elle confirmer que dans une situation identique à celle susmentionnée (ci-après « situation donnée ») pour un particulier

domicilié au Québec, seul le particulier qui assume toutes les responsabilités et obligations rattachées à la résidence sera considéré comme le seul propriétaire aux fins du calcul du gain en capital lors de la revente et aux fins de la réclamation de l'exemption pour résidence principale si les faits et l'intention des parties le démontrent clairement?

- b) Pour éviter d'avoir à engager des frais inutilement (et souvent aussi parce que les contribuables ne réalisent pas lors de l'acquisition en copropriété des conséquences fiscales potentielles d'un tel geste), l'ARC peut-elle confirmer qu'il n'est pas obligatoire qu'une contre-lettre soit préparée chez le notaire dès l'acquisition (de façon à clarifier le statut réel de l'acquisition)?

Réponses de l'ARC

- a) La propriété d'un bien en droit québécois est entière malgré le fait que les attributs du droit de propriété puissent être démembres. En common law, la propriété est divisible. Ainsi, en règle générale, pour ce qui est du droit québécois, le propriétaire d'un immeuble est celui ou celle au nom de qui l'immeuble est inscrit au registre foncier. En l'espèce, les faits décrits semblent indiquer que la propriété de la résidence au registre foncier est au nom du particulier et de la personne qui lui est liée.

Toutefois, dans la situation décrite précédemment, il est possible que les parties tentent de modifier le contrat apparent – soit l'acte notarié – entre eux au moyen d'une contre-lettre. Aux termes de l'article 1451 C.c.Q., il y a simulation lorsque les parties conviennent d'exprimer leur volonté réelle non point dans un contrat apparent, mais dans un contrat secret appelé contre-lettre. Entre les parties, la contre-lettre l'emporte sur le contrat apparent.

En ce qui a trait aux tierces parties, l'article 1452 C.c.Q. édicte que les tiers de bonne foi peuvent, selon leur intérêt, se prévaloir soit du contrat apparent, soit de la contre-lettre.

Relativement à la question de l'opposabilité d'une contre-lettre à une autorité fiscale, la Cour d'appel fédérale, dans les affaires *Carlo Venneri c. La Reine*⁴⁶ et *Gaston Bolduc c. La Reine*⁴⁷, a établi que,

⁴⁶ 2005 D.T.C. 826 (C.A.F.).

⁴⁷ 2003 D.T.C. 221 (C.A.F.).

dans son rôle de cotiseur, l'autorité fiscale (en l'espèce, l'ARC) devait s'assurer de la relation juridique véritable entre les parties et établir la cotisation en conséquence. Par opposition, dans son rôle de percepteur, l'autorité fiscale n'est pas un tiers au sens de l'article 1452 C.c.Q. et ne peut se voir opposer une contre-lettre pour l'empêcher de percevoir l'impôt déjà établi.

Ainsi, avant de décider si elle accepte d'être liée par une contre-lettre, l'ARC devrait prendre connaissance de l'ensemble des faits, notamment si le membre de la famille s'est comporté en véritable copropriétaire et la nature de la contre-lettre quant à la propriété d'une résidence principale.

- b) Bien que l'ARC ne puisse répondre tout à fait à la question a), aucune disposition du *Code civil du Québec* ne précise qu'une contre-lettre doit être effectuée sous forme de contrat notarié.

22. PERTES DÉCOULANT D'INVESTISSEMENTS S'ÉTANT RÉVÉLÉS FRAUDULEUX (DE TYPE MADOFF)

Au cours des dernières années, des fraudes importantes ont été commises à l'égard d'investisseurs qui avaient injecté des sommes de bonne foi dans des produits financiers (tels que dans des fonds communs ou dans des sociétés en commandite) ou dans des sociétés d'investissement qui étaient censées avoir investi les sommes à des fins de produire un revenu pour le compte des investisseurs. Les affaires *Norbourg*⁴⁸, *Norshield*⁴⁹ et *United States of America v. Bernard L. Madoff*⁵⁰ constituent des exemples plus connus parmi tant d'autres où des investisseurs de bonne foi ont été trompés par des promoteurs peu scrupuleux.

Aux États-Unis, l'Internal Revenue Service a pris une position assez claire sur l'affaire *Madoff* dans le cadre d'informations fiscales rendues publiques le 17 mars 2009.

Cela étant dit, comme la jurisprudence canadienne portant sur des dossiers d'investissements s'étant avérés frauduleux est parfois favorable et parfois défavorable, nous souhaiterions connaître la position de l'ARC à

⁴⁸ *Autorité des Marchés financiers c. Lacroix*, [2008] R.J.Q. 512; 2008 QCCQ 234.

⁴⁹ *Comité du régime de retraite des employées et employés de la Ville de Sherbrooke c. Mercer Consultation en ressources humaines liée*, 2009 QCCS 5059.

⁵⁰ 15 U.S.C. §§ 78j(b), 78ff; 17 C.F.R. § 240.10b-5 (ci-après « *Madoff* »).

l'égard d'un stratagème de type « pyramide de Ponzi » tel que dans l'affaire *Madoff*. Plus particulièrement, nous souhaitons connaître la position de l'ARC :

- a) à l'égard des revenus de placement (intérêts, dividendes, gains en capital) déjà déclarés dans les années antérieures par un contribuable alors que, dans les faits, aucun revenu ne fut réellement gagné par ce dernier;
- b) à l'égard de la perte du capital investi par un particulier relativement à des fonds qu'il a confiés à un tel présumé gestionnaire.

Réponse de l'ARC

De façon préliminaire, notons que l'*Internal Revenue Code*⁵¹ des États-Unis contient des dispositions législatives traitant des pertes découlant de vols ou d'activités frauduleuses. À l'opposé, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient pas de telles dispositions législatives.

Afin de déterminer le traitement fiscal qui doit être accordé au capital investi et subséquemment perdu par un particulier dans le cadre d'un stratagème de type « pyramide de Ponzi », il est nécessaire d'une part de déterminer si le particulier, de par ses activités d'investissement, exploite une entreprise ou s'il acquiert des valeurs mobilières ou autres titres qui donneront lieu à un gain ou une perte en capital lors de leur disposition.

Généralement, lorsqu'un particulier n'exploite pas une entreprise dans une telle situation et qu'il a acquis des valeurs mobilières ou d'autres titres, l'ARC est généralement d'avis que la perte subie par le particulier peut être caractérisée en tant que perte en capital.

Si un contribuable a inclus des revenus de placement à recevoir dans le calcul de son revenu pour une année antérieure, il peut être en droit de réclamer, selon les faits et les circonstances de la situation, une déduction si ces revenus n'ont pas été reçus.

Toutefois, puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* contient plusieurs dispositions législatives traitant de différents types de pertes, la façon dont ces dispositions s'appliqueront dépendra des faits propres à chaque situation.

⁵¹ *Internal Revenue Code of 1986* et mod.

23. TRANSFERT DE PERTES EN CAPITAL LATENTES ENTRE CONJOINTS

La décision *Lipson* rendue par la Cour suprême du Canada en janvier 2009 a mis un certain bémol sur certaines stratégies utilisant les règles d'attribution entre conjoints.

Or, lors d'un transfert de biens entre conjoints à la JVM, parce que le choix que le paragraphe 73(1) L.I.R. ne s'applique pas est fait, dans une situation de perte en capital (ou encore si le conjoint acquiert un bien identique pendant la période de 30 jours avant ou après le jour de la disposition du bien), il en découle un refus de la perte en capital pour le conjoint ayant disposé du bien et un ajout automatique au PBR du bien pour le conjoint ayant acquis un bien identique. Ainsi, la perte en capital « latente » n'est pas perdue mais plutôt transférée à l'autre conjoint. L'ARC avait déjà affirmé dans certaines interprétations techniques (notamment celle portant le numéro 2003-0017075⁵²) qu'elle acceptait ce genre de planification. Évidemment, le résultat d'une telle transaction est que la perte en capital « latente » n'est pas perdue mais qu'elle est potentiellement suspendue dans le temps pour le conjoint acquéreur du bien et qu'il pourra la réclamer lors d'une éventuelle disposition du bien.

L'ARC peut-elle confirmer que ladite position favorable sur le transfert de pertes en capital latentes entre conjoints demeure toujours valide en 2009?

Réponse de l'ARC

L'ARC confirme que, dans une situation comme celle décrite dans l'interprétation technique 2003-0017075, il est possible pour des conjoints d'effectuer le transfert de pertes en capital. Dans un tel cas, conformément aux règles des pertes apparentes à l'article 54 et aux alinéas 40(2)g) et 53(1)f) L.I.R., la perte en capital, initialement subie lors de la disposition du bien par le conjoint vendeur, est ajoutée au PBR du bien pour le conjoint acquéreur, ayant ainsi une incidence sur le calcul du gain ou de la perte en capital pour ce dernier lors de la disposition ultérieure du bien.

Nous tenons à préciser que le transfert de pertes en capital, dans des situations comme celle décrite précédemment, peut seulement se faire

⁵² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0017075, 27 mai 2003.

lorsque les règles d'attribution énoncées au paragraphe 74.2(1) L.I.R. ne s'appliquent pas.

Cependant, dans des situations de transfert de pertes en capital autres que celle décrite ci-dessus, l'ARC pourrait examiner si de tels transferts de pertes peuvent être soumis à l'application de la disposition générale antiévitement prévue au paragraphe 245(2) L.I.R.

24. ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS, NOMBRE D'EMPLOYÉS ET RRI

D'une manière générale, une société est visée par les règles d'« entreprise de prestation de services personnels », au sens du paragraphe 125(7) L.I.R., lorsqu'un particulier fournit des services à une autre personne pour son compte et que ce particulier serait un employé de cette autre personne, n'eût été l'interposition de la société.

A) Nombre d'employés

Par exception, une entreprise d'une société n'est pas une entreprise de prestation de services personnels lorsque la société emploie dans l'entreprise tout au long de l'année plus de cinq employés à temps plein.

Formulons l'hypothèse suivante : six particuliers deviendraient actionnaires et employés d'une société et le temps de chacun serait consacré à fournir des services respectivement à une autre personne qui serait son employeur, n'eût été l'interposition de la société. Ce regroupement pourrait se faire en vue de minimiser les frais comptables et ceux liés à la mise en place, au maintien et à la conformité de plusieurs sociétés. Il leur permettrait également de bénéficier de ce regroupement afin de souscrire à un régime d'assurance collectif, à des programmes d'assurance vie et à un REÉR collectif ou un RRI.

Est-ce que cette situation implique que la société bénéficie de l'exception de plus de cinq employés à temps plein?

En corollaire, pouvez-vous confirmer que, dans une telle situation, l'entreprise de la société ne serait pas considérée comme une entreprise de prestation de services personnels?

Réponse de l'ARC

Lorsqu'un particulier fournit des services pour le compte d'une société, qu'il est un actionnaire déterminé de la société et qu'il est raisonnable de considérer le particulier comme un cadre ou un employé de la personne ou de la société de personnes à laquelle des services sont fournis par la société, l'ARC est généralement d'avis que la société exploite une entreprise de prestation de services personnels.

Toutefois, aux termes de l'alinéa 125(7)c) L.I.R. de la définition d'« entreprise de prestation de services personnels », une société ne sera pas considérée comme exploitant une entreprise de prestation de services personnels si elle emploie dans l'entreprise tout au long de l'année plus de cinq employés à temps plein.

Dans la situation décrite ci-dessus, il appert que, dans la société, chaque particulier exerce une entreprise distincte des autres. Dans un tel cas, l'ARC est d'avis que la société exploite plusieurs entreprises. Chacune de ces entreprises ne pourrait profiter de l'exception de plus de cinq employés à temps plein puisque la société n'emploie pas dans chacune de ces entreprises plus de cinq employés à temps plein.

B) Régime de retraite individuel (RRI)

Pour une entreprise d'une société visée par les règles d'entreprise de prestation de services personnels, l'alinéa 18(1)p) L.I.R. vient refuser toutes les déductions dans le calcul du revenu, sauf celles expressément admises. Parmi les dépenses expressément admises, il y a le « coût, pour la société, de tout autre avantage ou allocation accordé à un employé constitué en société au cours de l'année ».

Par ailleurs, quant à cette exception, est-ce que les coûts et cotisations d'un RRI sont considérés comme des avantages accordés à un employé au sens de l'alinéa 18(1)p) L.I.R.?

Pouvez-vous confirmer que les dépenses engagées relativement au RRI ainsi que les cotisations seraient déductibles pour la société?

Réponse de l'ARC

Les règles applicables à une entreprise de prestation de services personnels visent à miner les avantages fiscaux dont un employé peut vouloir bénéficier en offrant ses services par le biais d'une société créée à

cette fin plutôt que dans le cadre d'une relation employeur-employé. Selon ces règles, les seules dépenses qui peuvent être déduites, dans le calcul du revenu tiré, par une société, d'une entreprise de prestation de services personnels, sont les suivantes :

- la rémunération et les avantages consentis à la personne qui a rendu les services pour le compte de la société;
- les dépenses reliées à la vente ou à la négociation de contrats qu'aurait pu déduire un employé; et
- les frais juridiques engagés pour obtenir paiement des sommes dues à la société en raison de services rendus.

Selon nous, l'alinéa 18(1p) L.I.R. n'interdit pas la déduction des cotisations d'un employeur (effectuées par une société exploitant une entreprise de prestation de services personnels) à un RRI au bénéfice d'un employé constitué en société qui seraient autrement déductibles en vertu de l'alinéa 20(1q) L.I.R.

Note : L'ARC se réserve le droit de modifier les réponses de ce texte avant la publication finale de celles-ci dans le volume du congrès.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ PROVINCIALE



Coordonnateur
Daniel Gosselin
Associé, CGA, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



François Bédard
CGA, M. Fisc.
Mallette s.e.n.c.r.l.



Jean-François Drouin
Associé, avocat, LL. M.
PricewaterhouseCoopers
s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Henri-Louis Fortin
Avocat
Ministère des Finances
du Québec



Denis Valois
M. Sc. Econ.
Investissement Québec



Céline Davidson
CA, M. Fisc.
Revenu Québec



Lucie L. Labbé
Avocate
Revenu Québec

Ginette Pelland
Avocate, CGA, M. Fisc.
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

1.	JETONS DE PRÉSENCE – RETENUES À LA SOURCE	48:5
2.	PRÊT EFFECTUÉ À UNE FIDUCIE – APPLICATION DE L'ARTICLE 467 DE LA <i>LOI SUR LES IMPÔTS</i> PAR SUITE DE L'AFFAIRE <i>HOWSON C. LA REINE</i>	48:6
3.	TAUX GÉNÉRAL D'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS	48:7
4.	SOCIÉTÉS ASSOCIÉES ET IMPACT DU CHOIX DES FIDUCIAIRES	48:9
5.	<i>AFFAIRE FELIX & NORTON INTERNATIONAL INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)</i>	48:11
6.	CRÉDIT D'IMPÔT POUR LES CARREFOURS DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE	48:12
7.	ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS, NOMBRE D'EMPLOYÉS ET RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL	48:16
8.	MOULE ET CATÉGORIE 43	48:18
9.	DOCUMENT DE CONSULTATION SUR LES PLANIFICATIONS FISCALES AGRESSIVES (LIVRE VERT)	48:19
10.	CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT <i>VERSUS</i> CRÉDIT D'IMPÔT – RÉGIONS RESSOURCES	48:21
11.	CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT – BIEN DONNÉ EN LOCATION	48:23
12.	CRÉDIT D'IMPÔT POUR LE DÉVELOPPEMENT DES AFFAIRES ÉLECTRONIQUES	48:25
13.	IMPACT DES MODIFICATIONS AUX PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS : INTRODUCTION DES NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE	48:27
14.	DROIT D'ADHÉSION À UN CENTRE SPORTIF	48:30
15.	CRÉDITS D'IMPÔT QUI PRENNENT FIN POUR LES CARREFOURS DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE, LA CITÉ DU MULTIMÉDIA DE MONTRÉAL ET LE CENTRE NATIONAL DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE QUÉBEC	48:34

16.	SOCIÉTÉ ADMISSIBLE AU CONGÉ FISCAL PARTIEL POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES MANUFACTURIÈRES DES RÉGIONS RESSOURCES ÉLOIGNÉES.....	48:37
17.	CAPITAL VERSÉ – GAIN EN CAPITAL	48:39
18.	CONJOINT GRAVEMENT MALADE, BIGAMIE FISCALE ET MULTIPLES MESURES FISCALES	48:40
19.	FAILLITE ET REMBOURSEMENT D’IMPÔT RELATIF À LA PÉRIODE POST-FAILLITE	48:43
20.	QUESTION SUR LES CLAUSES RESTRICTIVES	48:45
21.	ADMISSIBILITÉ D’ENTREPRISES À DIVERS CRÉDITS D’IMPÔT	48:48
22.	FRAIS DE FINANCEMENT REPORTÉS ET TAXE SUR LE CAPITAL	48:48
23.	DÉLAI ET TAUX DE RÈGLEMENT DES AVIS D’OPPOSITION.....	48:49
24.	DIVULGATION VOLONTAIRE	48:52
25.	EMPLOYÉ À L’ÉTRANGER ET ÉMISSION DE FEUILLETS.....	48:53
26.	DÉDUCTION POUR RISTOURNES ET PERTE AUTRE QU’UNE PERTE EN CAPITAL.....	48:54
27.	ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC ET À L’EXTÉRIEUR DU QUÉBEC.....	48:55
28.	CRÉDIT D’IMPÔT À LA RÉNOVATION	48:58
29.	CRÉDIT D’IMPÔT À L’INVESTISSEMENT ET CRÉDIT DE TAXE SUR LE CAPITAL POUR INVESTISSEMENT	48:58
30.	ACCÈS AU DOSSIER DU CONTRIBUABLE	48:61
31.	FUSION ET NUMÉROS D’INSCRIPTION – MISE À JOUR	48:63
32.	CRÉDIT POUR SERVICES D’ADAPTATION TECHNOLOGIQUE <i>VERSUS</i> CRÉDIT POUR LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL OFFERT PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL	48:64
33.	BUDGET 2009-2010 – SIMPLIFICATION DE LA PROCÉDURE RELATIVE À L’INSCRIPTION D’UNE ACTION VALIDE SUR LA LISTE DE L’AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS	48:66

- 34. GAIN EN CAPITAL *VERSUS* REVENU D'ENTREPRISE 48:67**
- 35. IMPACT DES MODIFICATIONS AUX PRINCIPES
COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS :
INTRODUCTION DU CHAPITRE 3031 DU
MANUEL DE L'ICCA (« STOCKS »)..... 48:69**

1. JETONS DE PRÉSENCE – RETENUES À LA SOURCE

Dans une lettre d'interprétation datée du 13 février 2007¹, Revenu Québec indique que les jetons de présence versés à des administrateurs non résidents dans le contexte de leur participation à des conférences et réunions tenues par l'entremise d'une vidéoconférence ou d'une conférence téléphonique, durant lesquelles ces administrateurs se trouvent physiquement à l'étranger, constituent des paiements pour « services rendus au Québec » visés à l'article 1015R8 du *Règlement sur les impôts*² et doivent donc faire l'objet de la retenue de 9 % prévue à cette disposition. Plus précisément, Revenu Québec indique :

« Or, nous sommes d'avis que la présence des administrateurs aux réunions, même par l'entremise de la vidéoconférence ou de la conférence téléphonique, constitue un service qui est rendu au Québec puisque les réunions des administrateurs ont lieu au Québec, soit au siège social de *****. En effet, nous considérons que la participation à ces réunions par le biais de moyens électroniques, tels que la vidéoconférence ou la conférence téléphonique, ne change pas le fait que ces administrateurs assistent à ces réunions, offrent leurs judicieux conseils et votent sur les résolutions présentées le tout, séances tenantes à Montréal. »

Pourriez-vous nous indiquer si cette interprétation représente toujours la position de Revenu Québec? Si oui, est-ce que cette position se limite aux jetons de présence versés à des administrateurs de sociétés ou est-ce que Revenu Québec applique le même raisonnement à toute rémunération pouvant se rattacher à des services rendus (autrement que dans le cours d'un emploi régulier et continu) par un non-résident physiquement situé à l'étranger, au moyen d'une vidéoconférence, d'une conférence téléphonique ou sous forme de conférence Web? Quel est le critère utilisé par Revenu Québec pour déterminer si des services sont rendus « au Québec » lorsque de tels moyens électroniques de communication sont utilisés?

Réponse

La position exprimée par Revenu Québec dans la lettre d'interprétation 07-010027³ est toujours applicable et, selon les faits propres à une situation donnée, pourrait servir au traitement d'autres cas.

¹ REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 07-010027, 13 février 2007.

² R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

³ REVENU QUÉBEC, *op. cit.*, note 1.

Cependant, nous sommes d'avis qu'elle ne serait pas applicable dans le cas où, par exemple, une personne au Québec consulte, dans le cadre de l'exécution d'un mandat, un tiers résidant à l'étranger et que ce tiers effectue à l'étranger le travail qui lui est confié par cette personne et lui en communique le résultat, ou a des échanges à ce propos avec cette personne, par vidéoconférence, conférence téléphonique ou conférence Web.

2. PRÊT EFFECTUÉ À UNE FIDUCIE – APPLICATION DE L'ARTICLE 467 DE LA LOI SUR LES IMPÔTS⁴ PAR SUITE DE L'AFFAIRE *HOWSON C. LA REINE*⁵

Selon l'article 467 L.I., dont le pendant fédéral est le paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶, lorsqu'une fiducie est constituée de quelque façon que ce soit, et que les biens cédés à la fiducie peuvent être retournés au cédant ou encore qu'ils ne peuvent être aliénés sans son consentement, tous les revenus et tous les gains en capital imposables, notamment, résultant de ces biens, sont réputés être ceux du cédant.

Dans l'affaire *Howson*⁷, la Cour canadienne de l'impôt a précisé que le paragraphe 75(2) L.I.R. était inapplicable dans le cadre d'un prêt à une fiducie, car le droit de retour en faveur du créancier était prévu selon les termes de la convention du prêt et non en vertu de l'acte de fiducie. À diverses reprises, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a reconnu et accepté les conclusions de l'affaire *Howson*.

Quelle est la position de Revenu Québec à la suite du jugement *Howson* quant à l'application de l'article 467 L.I. lors d'un prêt à une fiducie?

⁴ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

⁵ 2006 CCI 644, 7 novembre 2006 (ci-après « *Howson* »).

⁶ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁷ Précité, note 5.

Réponse

À la suite du jugement *Howson*, lorsqu'un prêt est consenti à une fiducie, Revenu Québec est également d'avis, à l'instar de la position de l'ARC relative au paragraphe 75(2) L.I.R., que l'article 467 L.I. ne doit pas recevoir application. Cependant, tout comme l'exprime l'ARC, cette position s'applique uniquement si le prêt est indépendant des modalités de la fiducie.

De plus, lorsqu'un tel prêt est consenti à une fiducie, le revenu provenant des biens acquis avec les montants empruntés ne sera pas assujéti à l'application de l'article 467 L.I., pour autant que les biens ainsi acquis ne soient pas, en eux-mêmes, des biens détenus selon l'une des dispositions prévues à l'article 467 L.I.

3. TAUX GÉNÉRAL D'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS

Un nombre croissant de provinces (dont les plus importantes) ont déjà annoncé que le taux général d'imposition des sociétés serait éventuellement abaissé à 10 % (ou moins) dans les prochaines années, et ce, malgré des finances publiques en sérieuses difficultés. Cette baisse du taux général d'imposition des sociétés par les provinces est donc en bonne partie conforme au désir exprimé en octobre 2007 par le ministre des Finances du Canada qui souhaitait que le taux combiné d'imposition des sociétés se situe à un maximum de 25 % en 2012 à travers le Canada. De plus, un taux provincial d'imposition sensiblement égal d'une province à l'autre permet d'éviter certaines distorsions dans les choix où une société s'établit et élimine en partie une compétition interprovinciale basée sur les taux d'imposition. Ainsi, en excluant l'Alberta, dont le taux général est déjà à 10 %, voici des exemples de provinces qui ont déjà annoncé une baisse du taux général d'imposition des sociétés au cours des prochaines années :

- Ontario : 10 % en juillet 2013;
- Nouveau-Brunswick : 8 % en juillet 2012;
- Colombie-Britannique : 10 % en janvier 2011.

Est-ce que le ministère des Finances du Québec (ci-après « MFQ ») a analysé l'impact des réductions des taux de l'impôt sur le revenu des sociétés annoncées dans plusieurs provinces canadiennes sur la compétitivité du régime fiscal québécois?

Réponse du ministère des Finances

Le ministère des Finances exerce un suivi continu de l'évolution de la fiscalité ailleurs au Canada et dans le monde afin de maintenir la position concurrentielle du régime fiscal du Québec à l'impôt des sociétés, principalement en ce qui a trait à l'attraction et à la rétention des investissements. C'est sur la base de ces analyses que le gouvernement a mis en place des mesures de réduction du fardeau fiscal au cours des dernières années. Ainsi, compte tenu des retards du Québec au chapitre de l'investissement privé, la taxe sur le capital a constitué une priorité pour alléger le poids de la fiscalité sur l'investissement.

Les efforts de réduction du fardeau fiscal à l'impôt des sociétés atteindront 2 G\$ d'ici 2011-2012, ce qui représente une baisse de 20 % par rapport à l'année 2007-2008.

En ce qui a trait à l'impact de ces réductions sur la compétitivité du régime fiscal du Québec, il importe par ailleurs de souligner certains éléments.

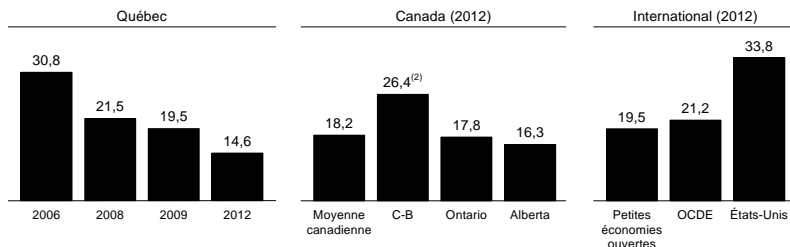
D'une part, le taux combiné d'imposition fédéral-provincial demeure concurrentiel si on le compare à celui des États-Unis. Il en est de même si on le compare à celui des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou au taux moyen des pays à petite économie ouverte, lesquels sont les concurrents du Québec pour l'attraction des investissements.

D'autre part, il importe de rappeler que la compétitivité du régime fiscal doit être analysée dans une perspective plus large que les seuls taux statutaires. Entre autres, le Québec a choisi, dès le début des années 1990, d'introduire une taxe sur la valeur ajoutée (la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») qui réduit de façon importante le coût des investissements pour les entreprises. Certaines provinces entameront prochainement des processus d'harmonisation de leurs taxes de vente afin de la rendre comparable à celle du gouvernement fédéral. L'Ontario, par exemple, aura harmonisé complètement sa taxe de vente à celle du gouvernement fédéral en 2018.

Globalement, malgré un taux général de l'impôt sur le revenu des sociétés qui sera légèrement supérieur à celui de l'Alberta, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, le taux d'imposition effectif sur l'investissement du Québec pour 2012 sera parmi les plus avantageux au Canada.

TAUX EFFECTIFS MARGINAUX D'IMPOSITION SUR L'INVESTISSEMENT (CI-APRÈS « TEMI »)⁽¹⁾

(en pourcentage)



- (1) Les TEMI sont des indicateurs de l'incidence du régime fiscal sur les nouveaux investissements. Ils représentent l'effet de l'ensemble des charges et des règles fiscales qui influencent le rendement du capital investi. Ils tiennent compte, notamment, de la taxe sur le capital, de la taxe de vente, de l'impôt sur le revenu des sociétés, des règles et des taux d'amortissement ainsi que des méthodes de comptabilisation des inventaires.
- (2) L'harmonisation de la taxe de vente de la Colombie-Britannique avec la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») fédérale, si elle est effective, réduira le TEMI de cette province à 15,7 %.

Sources : *Ministère des Finances du Québec et Institut C.D. Howe.*

Ainsi, malgré les réductions de taux annoncées par les autres provinces au chapitre de l'impôt sur le revenu des sociétés, le Québec continue d'offrir un régime fiscal compétitif et attrayant et figure en bonne position au Canada pour attirer et retenir les investissements.

Par ailleurs, tel qu'il est mentionné en introduction, le ministère des Finances demeure vigilant sur l'état actuel de la compétitivité du régime fiscal. Les réductions annoncées par les provinces canadiennes, de même que l'évolution de la fiscalité internationale, justifient une attention continue.

4. SOCIÉTÉS ASSOCIÉES ET IMPACT DU CHOIX DES FIDUCIAIRES

En référence à la question 6 de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2008⁸ de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF »), laquelle faisait elle-même référence à l'interprétation

⁸ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 48:1-98, question 6, aux pages 48:19-23.

technique 2005-0111731E5 de l'ARC⁹, nous demandons la position de Revenu Québec en ce qui concerne la situation hypothétique suivante :

- OPCO 1 et OPCO 2 sont des sociétés privées sous contrôle canadien. Elles ont été constituées il y a plusieurs années respectivement par M. X et M. A, qui n'ont aucun lien de dépendance entre eux.
- Au cours des dernières années, M. X et M. A ont chacun procédé à un gel successoral en faveur d'une fiducie dont les membres de leur famille respective sont bénéficiaires.
- Depuis le gel successoral, M. X détient des actions privilégiées de OPCO 1 qui sont rachetables à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de la société telle qu'établie au moment du gel. Il détient aussi le contrôle de OPCO 1 par l'intermédiaire d'actions « supervotantes » dont le capital versé, le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») et la JVM sont nominaux.

Les actions ordinaires participantes de OPCO 1 sont, depuis le gel, détenues exclusivement par une fiducie familiale discrétionnaire au bénéfice de la famille de M. X (ci-après « Fiducie familiale de M. X »).

Les fiduciaires de la Fiducie familiale de M. X sont M. X, son épouse et leur conseiller juridique, M. Z, lequel n'a aucun lien de dépendance avec M. X, son épouse ou les membres de sa famille.

- M. A détient aussi des actions privilégiées rachetables à la JVM de OPCO 2 telle qu'établie au moment du gel et il détient également le contrôle de OPCO 2 par l'intermédiaire d'actions « supervotantes » dont le capital versé, le PBR et la JVM sont nominaux.

Les actions ordinaires comportant droit de participation de OPCO 2 sont détenues exclusivement par une fiducie familiale discrétionnaire au bénéfice de la famille de M. A (ci-après « Fiducie familiale de M. A »).

Les fiduciaires de la Fiducie familiale de M. A sont M. A, son épouse et M. Z, leur conseiller juridique (le même que pour la famille de M. X), lequel n'a aucun lien de dépendance avec M. A, son épouse ou les membres de sa famille.

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2005-0111731E5, 4 juillet 2006.

- Les modalités contenues aux actes constituant les fiducies susmentionnées précisent que toutes les décisions des fiduciaires sont prises à la majorité.

OPCO 1 et OPCO 2, qui n'ont aucun lien d'affaires ou autres entre elles, sont-elles associées, en vertu des articles 21.20 et suivants L.I., en raison du seul fait que M. Z fait partie des fiduciaires de Fiducie familiale de M. X et de Fiducie familiale de M. A, lesquelles fiducies détiennent respectivement la totalité des actions ordinaires participantes de OPCO 1 et de OPCO 2? Si c'était le cas, en vertu de quel principe ou de quelle disposition fiscale Revenu Québec pourrait-il invoquer l'association des sociétés?

Réponse

Considérant que les modalités contenues dans les actes constituant les fiducies susmentionnées précisent que toutes les décisions des fiduciaires sont prises à la majorité, nous sommes d'avis que les deux fiduciaires de Fiducie familiale de M. X, soit M. X et son épouse, forment un groupe lié qui contrôle OPCO 1 et les deux fiduciaires de Fiducie familiale de M. A, soit M. A et son épouse forment un groupe lié qui contrôle OPCO 2, car chacun de ces groupes liés peut par un vote majoritaire contrôler le vote des actions détenues par la fiducie dans OPCO 1 et OPCO 2¹⁰. Ainsi, considérant qu'aucun membre du groupe lié qui contrôle OPCO 1 n'est lié aux membres du groupe lié qui contrôle OPCO 2, nous sommes d'avis que OPCO 1 et OPCO 2 ne sont pas associées en vertu du paragraphe e) de l'article 21.20 L.I. ou de tout autre paragraphe de cet article. Le fait que M. Z fasse partie des fiduciaires de Fiducie familiale de M. X et de Fiducie familiale de M. A ne fait pas en sorte que OPCO 1 et OPCO 2 soient associées.

5. **AFFAIRE *FELIX & NORTON INTERNATIONAL INC. C. CANADA* (PROCUREUR GÉNÉRAL)**¹¹

Le 10 mars 2009, dans l'affaire *Felix & Norton*¹², la Cour supérieure du Québec a accepté d'annuler, avec effet rétroactif, une résolution corporative adoptée par le contribuable et relative à la déclaration d'un dividende en capital d'une somme totale de 950 000 \$. Le problème découlait du fait que

¹⁰ Voir à cet effet, les causes *Margaret Hickman c. La Reine*, 2000 D.T.C. 2584 (C.C.I.), ainsi que *MRN c. Consolidated Holding Co. Limited*, 72 D.T.C. 6007.

¹¹ 2009 QCCS 919 (ci-après « *Felix & Norton* »).

¹² *Id.*

le contribuable avait découvert, après cette déclaration, que le solde du compte de dividendes en capital était surestimé d'environ 200 000 \$. Selon la preuve présentée et acceptée par le tribunal, toutes les parties intervenantes étaient de bonne foi et, n'eût été cette erreur, la société n'aurait jamais adopté la résolution en cause puisque l'une des conditions *sine qua non* à son adoption était que le dividende ne devait pas donner lieu au paiement d'un impôt quelconque. À l'appui de sa décision, le tribunal a cité notamment différents précédents et a rappelé que le droit fiscal est tributaire des relations juridiques établies par le droit civil.

- Revenu Québec entend-il reconnaître les principes établis dans cette décision?
- Quels sont les commentaires de Revenu Québec à l'égard du constat fait par le tribunal selon lequel le droit fiscal est tributaire du droit civil, particulièrement en ce qui a trait à la rétroactivité?

Réponse

La *Loi sur les impôts* est une loi de conséquence. En corollaire, les résultats fiscaux sont tributaires des situations juridiques auxquelles est partie un contribuable. Ainsi, dans la mesure où un contribuable voit sa situation juridique modifiée rétroactivement dans le cadre d'une décision du tribunal qui annule un contrat ou un acte juridique pour cause d'erreur, Revenu Québec sera lié.

6. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LES CARREFOURS DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE

- 1) Société A est une société déterminée, au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I., dont la date d'entrée en vigueur est le 20 décembre 1999 et la période déterminée se termine le 31 décembre 2010. Société A acquiert toutes les actions du capital-actions de Société B¹³, une société déterminée dont la date d'entrée en vigueur est le 12 février 2004 et la période déterminée se termine le 31 décembre 2013. Quelle est la conséquence de l'acquisition de toutes les actions du capital-actions de Société B sur la date d'entrée en vigueur et sur la période déterminée de Société A ainsi que sur celle de Société B?

¹³ Société A et Société B n'étaient pas associées avant l'acquisition des actions de Société B par Société A.

- 2) Votre réponse à la question 1 serait-elle différente si plutôt que ce soit Société A qui acquiert toutes les actions du capital-actions de Société B, ce soit celle-ci qui acquiert toutes les actions du capital-actions de Société A?
- 3) À la suite de l'acquisition de toutes les actions du capital-actions de Société B, celle-ci et Société A sont fusionnées. Quelle est la conséquence de la fusion, le cas échéant, sur la date d'entrée en vigueur et sur la période déterminée de la société issue de la fusion?
- 4) Société B acquiert l'entreprise (c'est-à-dire, actif et passif et non pas les actions) d'une société admissible au crédit d'impôt pour les Carrefours de la nouvelle économie (ci-après « crédit d'impôt CNÉ ») et dont la date d'entrée en vigueur de l'attestation délivrée à cette société pour sa première année d'imposition est antérieure au 1^{er} janvier 2001. Est-ce que cette acquisition emporte une conséquence à la fois sur la date d'entrée en vigueur et sur la période déterminée de Société B?
- 5) Une société admissible au crédit d'impôt CNÉ jusqu'au 31 décembre 2013 fait de l'impartition avec ses employés dans des secteurs admissibles. Cette société peut-elle avoir droit au crédit d'impôt CNÉ à l'égard des employés faisant l'objet d'impartition?

Réponses – Question 1)

Réponse d'Investissement Québec

Investissement Québec a la responsabilité de déterminer la date d'entrée en vigueur sur les attestations qu'elle délivre. Revenu Québec a la responsabilité de déterminer la date de fin de la période déterminée des sociétés, en fonction des dates d'entrée en vigueur déterminées par Investissement Québec.

Dans ce contexte, il n'y aurait aucun changement quant à la date d'entrée en vigueur apparaissant sur chacune des attestations délivrées aux Sociétés A et B.

Réponse de Revenu Québec – Période déterminée

La période déterminée de Société A se terminera le 31 décembre 2010. Quant à la période déterminée de Société B, indépendamment du fait que cette société ait été l'objet d'une acquisition de contrôle par Société A, elle se terminera le 31 décembre 2013 puisque la date d'entrée en vigueur de son attestation est postérieure au 31 décembre 2003.

Réponses – Question 2)**Réponse d'Investissement Québec**

La réponse à la question 1) demeure inchangée.

Réponses de Revenu Québec

La réponse à la question 1) demeure inchangée.

Réponses – Question 3)**Réponse d'Investissement Québec**

Lorsqu'une société est issue d'une fusion et qu'une des sociétés remplacées était une société déterminée, Investissement Québec peut délivrer une attestation d'admissibilité à la société résultante, et ce, malgré que la demande relative à l'obtention d'une telle attestation ait été formulée après le 11 juin 2003.

Ainsi, la date d'entrée en vigueur qui apparaîtrait sur l'attestation d'admissibilité de la société résultante de la fusion serait le 20 décembre 1999, soit la plus vieille parmi l'ensemble des dates d'entrée en vigueur apparaissant sur les attestations des sociétés remplacées.

Réponse de Revenu Québec

La période déterminée de la société issue de la fusion se terminera le 31 décembre 2010 puisque la date d'entrée en vigueur de l'attestation délivrée à la société pour sa première année d'imposition où elle exploitait ou pouvait exploiter son entreprise dans un site désigné quelconque est antérieure au 1^{er} janvier 2001.

Réponses – Question 4)**Réponse d'Investissement Québec**

En ce qui concerne le pouvoir d'Investissement Québec, il n'y aura aucune conséquence quant à la date d'entrée en vigueur de Société B.

Réponse de Revenu Québec

Compte tenu du fait que la date d'entrée en vigueur de l'attestation de Société B est le 12 février 2004, la période déterminée se terminera le 31 décembre 2013.

Réponses – Question 5)**Réponse d'Investissement Québec**

Pour se qualifier à titre d'« employé déterminé » d'une société, le particulier doit remplir les conditions suivantes :

- 1) il travaille à temps plein pour la société, au moins 26 heures par semaine, pour une période prévue d'au minimum 40 semaines;
- 2) il entreprend, supervise ou soutient directement, dans un site désigné où la société exploite une entreprise, des travaux relatifs à l'exécution d'une activité de la société qui est mentionnée à l'attestation d'activités qui a été délivrée à celle-ci, relativement à ce site, pour l'année pour laquelle la demande d'attestation d'employé est présentée;
- 3) il exerce ses fonctions exclusivement ou presque exclusivement (90 % ou plus) dans le site désigné.

Ainsi, le fait qu'une société fasse de l'impartition avec ses employés n'empêche pas la société d'obtenir une attestation annuelle d'admissibilité à leur égard, pourvu que les critères d'admissibilité soient par ailleurs respectés.

Finalement, pour avoir droit au crédit d'impôt à l'égard des employés déterminés, la société doit également respecter les autres critères prévus par la *Loi sur les impôts*, lesquels relèvent de Revenu Québec dont notamment, le lien d'emploi et le pourcentage de temps consacré à des activités déterminées.

7. ENTREPRISE DE PRESTATION DE SERVICES PERSONNELS, NOMBRE D'EMPLOYÉS ET RÉGIME DE RETRAITE INDIVIDUEL

D'une manière générale, une société est visée par les règles d'entreprise de services personnels (ci-après « ESP »), au sens de la définition prévue à l'article 1 L.I., lorsqu'un particulier fournit des services pour le compte d'une société à une autre personne et que ce particulier serait un employé de cette autre personne n'eût été l'interposition de la société.

A) Nombre d'employés

Par exception, une entreprise d'une société n'est pas une ESP au sens de la définition prévue à l'article 1 L.I. lorsque la société emploie dans l'entreprise, tout au long de l'année, plus de cinq employés à temps plein.

Prenons une première hypothèse où six particuliers ayant une expertise spécifique se regroupent dans une société (ci-après « Serviceco »). Ces six particuliers sont actionnaires et employés de Serviceco qui opère une entreprise de services. Serviceco rend des services à six sociétés non apparentées; chacun des actionnaires de Serviceco serait employé d'une des six sociétés n'eût été l'existence de Serviceco et, à la suite de la mise en place de Serviceco, ne rend des services qu'à la société dont il aurait été par ailleurs employé. Est-ce que dans cette situation, Serviceco pourrait bénéficier de l'exception de plus de cinq employés à temps plein? Par conséquent, pouvez-vous nous confirmer que dans cette situation, l'entreprise de Serviceco ne serait pas considérée comme une ESP?

Dans une seconde hypothèse, six cadres importants d'une société publique (ci-après « Pubco ») décident de former une société (ci-après « Adminco ») qui exploite une entreprise de services administratifs. Ces cadres sont actionnaires et employés de Adminco et rendent des services administratifs exclusivement à Pubco. Les actionnaires de Adminco seraient considérés comme des cadres de Pubco sans l'existence de Adminco. Est-ce que dans cette situation Adminco pourrait bénéficier de l'exception de plus de cinq employés à temps plein? Par conséquent, pouvez-vous nous confirmer que dans cette situation, l'entreprise de Adminco ne serait pas considérée comme une ESP?

B) Régime de retraite individuel

Pour une entreprise d'une société visée par les règles d'ESP, l'article 135.2 L.I. vient refuser toutes les déductions dans le calcul du revenu, sauf celles expressément admises. Parmi les dépenses expressément admises, il y

a le « coût pour elle d'une allocation ou d'un avantage octroyé dans l'année à un employé constitué en société ».

Par ailleurs, quant à cette exception, est-ce que les coûts et les cotisations d'un régime de retraite individuel (ci-après « RRI ») sont considérés comme des avantages accordés à un employé au sens de l'article 135.2 L.I.? Pouvez-vous me confirmer que les dépenses engagées relativement au RRI ainsi que les cotisations seraient déductibles pour la société?

Réponses

A) Nombre d'employés

Nous comprenons de la première hypothèse exposée plus haut que la société est composée de personnes dont chacune exerce une activité distincte des autres. Par conséquent, il pourrait être considéré que la société n'exerce pas une seule entreprise mais plusieurs.

La question de savoir si l'exercice simultané de deux ou plusieurs activités commerciales constitue une seule entreprise dépend du degré de corrélation, d'entrelacement ou d'interdépendance des opérations. Le *Bulletin d'interprétation* IMP.28-5/R1, « Entreprises distinctes », du 26 février 1999¹⁴ expose certains facteurs à prendre en considération afin de déterminer le degré de corrélation, d'entrelacement et d'interdépendance entre des opérations commerciales. Ces facteurs comprennent notamment :

- les facteurs communs entre les opérations (mêmes procédés, produits, clients, services aux clients, employés, machines et matériel);
- l'endroit où les activités sont exercées;
- la complémentarité des opérations;
- des fins d'années financières différentes des entreprises;
- la tenue d'un seul ou de plusieurs systèmes comptables.

¹⁴ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP.28-5/R1, « Entreprises distinctes », 26 février 1999.

S'il est déterminé que la société n'exerce pas une seule entreprise mais plusieurs, chacune d'elles ne pourrait bénéficier de l'exception de plus de cinq employés à temps plein puisque la société n'emploie pas dans chacune de ses entreprises plus de cinq employés à temps plein.

Notre réponse est la même en ce qui concerne la deuxième hypothèse.

B) Régime de retraite individuel

Nous tenons pour acquis qu'un RRI est un régime de pension agréé (ci-après « RPA ») à prestations déterminées, adapté pour atteindre les objectifs de retraite d'un seul employé. Les coûts et cotisations d'un RRI sont considérés comme des avantages accordés à un employé.

Les dépenses engagées par une entreprise de services personnels relatives à un RRI qui constitue un RPA sont déductibles en vertu du paragraphe b) de l'article 135.2 et des articles 137 et 965.0.2 L.I.

8. MOULE ET CATÉGORIE 43

Selon les commentaires du juge dans l'affaire *SMRQ c. Plastiques Simport Ltée*¹⁵, il ne semble pas nécessaire qu'un moule soit intégré à de la machinerie pour être inclus dans la catégorie 43.

À la lumière du jugement *Simport*, quelles caractéristiques doit présenter un moule pour constituer du matériel de fabrication et de transformation constituant une structure et ainsi être inclus dans la catégorie 43?

Réponse

L'entreprise de *Simport* consistait en la fabrication de différents objets en matière plastique pour des fins médicales ou de laboratoire. Pour ce faire, la société utilisait une trentaine de machines à injection auxquelles étaient attachés les divers moules à tour de rôle en fonction des besoins. Les moules étaient composés de deux parties, l'une concave et l'autre convexe, elles-mêmes constituées de différents éléments qui s'emboîtent.

Suivant son analyse, la Cour d'appel a décidé que les moules en question représentaient des structures constituées par du matériel de fabrication ou de transformation, c'est-à-dire un ensemble d'éléments

¹⁵ 2007 QCCA 160 (ci-après « *Simport* »).

concaves et convexes agencés les uns aux autres et formant un ensemble spécifique. La Cour a aussi conclu que les moules pouvaient également être considérés comme partie intégrante d'une machinerie constituant elle-même une structure. Suivant ce raisonnement, les moules pouvaient être visés au paragraphe a) de la catégorie 8 de l'annexe B R.I. et, partant, dans la catégorie 12 de l'époque donnant droit à la déduction supplémentaire.

À la suite du jugement *Simport*, Revenu Québec considère qu'un moule peut être également compris dans la catégorie 43 ou dans la catégorie 29 en fonction de sa date d'acquisition, dans la mesure où les autres conditions prévues à ces catégories sont remplies.

9. DOCUMENT DE CONSULTATION SUR LES PLANIFICATIONS FISCALES AGRESSIVES (LIVRE VERT)

A) À la suite des décisions rendues en 2009 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lipson c. Canada*¹⁶ et par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *OGT Holdings Ltd. c. SMRQ*¹⁷, et pour laquelle la Cour suprême rejetait récemment la requête pour permission d'en appeler présentée par la contribuable, il appert que la règle générale anti-évitement (ci-après « RGAÉ ») dans sa forme actuelle permet aux autorités fiscales de lutter efficacement contre les planifications fiscales agressives (ci-après « PFA »).

Est-ce que le MFQ considère encore qu'il est nécessaire d'introduire un mécanisme de divulgation obligatoire et un régime de pénalités ainsi que de prolonger le délai de prescription pour contrer les PFA?

- B) Le ministère des Finances a reçu plusieurs mémoires recommandant des modifications aux mesures proposées par le Livre vert. Y a-t-il des suggestions ou des recommandations à ce propos qui vous semblent intéressantes?
- C) Avez-vous envisagé un second processus de consultation advenant que votre ministère décide d'aller de l'avant avec les mesures proposées par le Livre vert?

¹⁶ 2009 CSC 1 (ci-après « *Lipson* »).

¹⁷ 2009 QCCA 191 (ci-après « *OGT Holdings* »).

Réponses du ministère des Finances

A) Il faut rappeler qu'à ce jour, la Cour suprême du Canada s'est prononcée à trois reprises sur l'application de la RGAÉ. En octobre 2005, dans les arrêts connexes *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*¹⁸, où elle a décidé que la RGAÉ ne s'appliquait pas, et *Mathew c. Canada*¹⁹, où elle a jugé qu'elle s'appliquait, la Cour suprême a établi, à l'unanimité, le cadre d'analyse qui permet de déterminer s'il y a ou non évitement fiscal abusif. Dans l'affaire *Lipson*²⁰, la Cour suprême a été appelée à préciser le cadre d'analyse dans le cas d'une série d'opérations donnant lieu à plus d'un avantage fiscal. Elle a alors décidé, à la majorité, que la RGAÉ s'appliquait. Enfin, dans l'affaire *OGT Holdings*²¹, la Cour d'appel du Québec a jugé que la RGAÉ québécoise s'appliquait à un cas classique de *Québec Shuffle*. Ces décisions fournissent un éclairage précieux sur les normes d'application de la RGAÉ.

Mis à part une précision quant à la notion d'objets véritables, le document de consultation sur les PFA ne propose pas de modifications aux normes d'application de la RGAÉ.

Les mesures auxquelles vous faites référence (mécanisme de divulgation obligatoire et, lorsque la RGAÉ s'applique, régime de pénalités et augmentation de la période de prescription) visent plutôt à permettre aux autorités fiscales de détecter rapidement les PFA, à altérer le rapport risque/rendement actuellement favorable au contribuable qui participe à une PFA et à décourager le recours à un modèle d'affaires reposant sur la vente et la distribution de « produits fiscaux prêts à l'emploi » par les intermédiaires fiscaux. La jurisprudence évoquée précédemment a son utilité, mais ne permet pas d'atteindre pleinement ces objectifs.

B) Les différents mémoires soumis présentent de nombreuses suggestions et recommandations visant à améliorer ou à autrement parfaire les mesures envisagées dans le document de consultation du 30 janvier 2009.

Parmi celles qui suscitent le plus d'intérêt pour le ministère des Finances, notons, en ce qui concerne la mise en place d'un mécanisme de

¹⁸ [2005] 2 R.C.S. 601.

¹⁹ [2005] 2 R.C.S. 643.

²⁰ Précité, note 16.

²¹ Précité, note 17.

divulgarion obligatoire, l'instauration d'un seuil monétaire minimal pour les opérations devant être divulguées, l'allongement du délai pour faire une divulgation, la mise en place d'un mécanisme pour garantir l'acceptabilité d'une divulgation ainsi que la possibilité pour le contribuable de présenter une défense de diligence raisonnable.

En ce qui concerne l'instauration d'un régime de pénalités lorsque la RGAÉ s'applique, la possibilité pour le ministre du Revenu d'utiliser son pouvoir discrétionnaire pour ne pas appliquer de pénalités ainsi que la possibilité pour les promoteurs de présenter une défense de diligence raisonnable constituent également des avenues intéressantes.

Enfin, concernant le mécanisme de divulgation préventive, la suggestion de limiter les informations à divulguer aux seuls éléments factuels et aux conséquences fiscales en résultant ainsi que celle proposant que ces informations ne puissent être considérées comme un aveu ou une admission sont également des suggestions intéressantes. Ces suggestions ont été aussi formulées à l'égard du mécanisme de divulgation obligatoire.

- C) Non. Le ministère des Finances estime que l'exercice de consultation a offert aux personnes intéressées la possibilité de faire valoir leurs points de vue de façon adéquate et, par conséquent, a permis au ministère des Finances d'obtenir des commentaires pertinents afin d'améliorer les mesures envisagées.

Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que le processus d'adoption d'un projet de loi par l'Assemblée nationale permet à toute personne intéressée, particulièrement à l'étape de l'étude en commission parlementaire, de faire valoir son point de vue et, le cas échéant, d'obtenir des modifications au projet de loi avant son adoption.

10. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT VERSUS CRÉDIT D'IMPÔT – RÉGIONS RESSOURCES

Dans le cadre du Budget du Québec du 13 mars 2008²², le MFQ a instauré un nouveau crédit d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») à l'égard des investissements réalisés dans le matériel de fabrication et de transformation pouvant atteindre 40 %, selon la région où les

²² QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2008-2009, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 13 mars 2008.

investissements sont réalisés. Les investissements admissibles doivent être réalisés, sous certaines conditions, avant le 1^{er} janvier 2016. Par ailleurs, le MFQ a aussi reporté d'une année l'échéance du crédit d'impôt remboursable pour la création d'emplois dans les régions ressources (ci-après « crédit régions ressources »). Ces deux crédits d'impôt ne pouvant être réclamés simultanément, un choix est offert aux sociétés admissibles au crédit régions ressources afin que celles-ci puissent réclamer un CII, renonçant ainsi au crédit régions ressources.

Revenu Québec peut-il nous confirmer qu'une société admissible au crédit régions ressources, qui n'effectue pas le choix de réclamer un CII pour un de ses exercices financiers terminés les 31 décembre 2008, 2009 ou 2010, pourra quand même bénéficier d'un CII sur un investissement admissible réalisé dans un de ses exercices financiers terminés les 31 décembre 2011 à 2015, soit après l'échéance du crédit régions ressources?

Réponse

Pour pouvoir bénéficier du CII, une société doit remplir certaines conditions dont notamment celle d'être une « société admissible ». À cet égard, c'est l'article 1029.8.36.166.40 L.I. qui prévoit les définitions qui s'appliquent à la section II.6.14.2 L.I. Ainsi, on y retrouve la définition de l'expression « société admissible » pour une année d'imposition, qui prévoit entre autres que la société ne doit pas être une société exclue. Quant à l'expression « société exclue », elle est définie de la façon suivante :

« "société exclue" pour une année d'imposition désigne l'une des sociétés suivantes :

a) une société qui est exonérée d'impôt pour l'année en vertu du livre VIII, autre qu'un assureur visé au paragraphe *k* de l'article 998 qui n'est pas ainsi exonéré d'impôt sur la totalité de son revenu imposable pour l'année en raison de l'article 999.0.1;

b) une société qui serait exonérée d'impôt pour l'année en vertu de l'article 985 si ce n'était l'article 192;

c) une société de production d'aluminium pour l'année;

d) une société de raffinage du pétrole pour l'année;

e) une société soit qui exploitait une entreprise reconnue, pour l'application de la section II.6.6.6.1, avant le 1^{er} avril 2008 et qui n'a pas fait le choix prévu à l'article 1029.8.36.72.82.3.1 pour l'année ou une année d'imposition antérieure, soit qui est associée à une telle société dans l'année. » (Notre soulignement)

C'est donc le paragraphe e) de cette définition qui fait en sorte qu'une société ne peut bénéficier du CII si elle, ou une société à laquelle elle est associée, a réclamé un crédit régions ressources.

Étant donné que le choix prévu à l'article 1029.8.36.72.82.3.1 L.I. s'applique à l'égard des années d'imposition dans lesquelles se termine l'une des années civiles 2007 à 2010, et que pour les années civiles 2011 à 2015 un tel choix ne sera plus possible, et en conséquence le paragraphe e) ne sera plus applicable, la société qui remplira les conditions d'admissibilité prévues à la section II.6.14.2 L.I. pourra bénéficier du CII pour ses investissements admissibles réalisés dans ses années d'imposition 2011 à 2015.

11. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT – BIEN DONNÉ EN LOCATION

Une société (le locateur), dont l'entreprise principale consiste à louer des biens au Québec, fait l'acquisition d'un bien neuf après le 13 mars 2008. Ce bien est loué à un locataire qui l'utilise principalement dans le cadre de ses activités de fabrication et de transformation, au Québec, de marchandises à vendre ou à louer.

Revenu Québec peut-il nous confirmer que le locateur pourra réclamer un CII relatif au matériel de fabrication et de transformation à l'égard du bien acquis?

Réponse

Pour pouvoir bénéficier du CII, une société doit avoir engagé des « frais admissibles » à l'égard d'un « bien admissible ». L'article 1029.8.36.166.40 L.I. prévoit qu'un « bien admissible » d'une société est :

« [...] un bien prescrit qui est acquis par la société ou la société de personnes, selon le cas, et qui remplit les conditions suivantes :

- a) le bien est acquis après le 13 mars 2008 et avant le 1^{er} janvier 2016, mais n'est pas un bien acquis conformément à une obligation écrite contractée avant le 14 mars 2008 ou dont la construction, le cas échéant, par l'acquéreur ou pour son compte, était commencée le 13 mars 2008;
- b) le bien commence à être utilisé dans un délai raisonnable suivant cette acquisition;

c) le bien est utilisé uniquement au Québec et principalement dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, autre qu'une entreprise reconnue dans le cadre de laquelle un projet majeur d'investissement est réalisé ou est en voie de l'être;

d) le bien n'a été, avant son acquisition, utilisé à aucune fin ni acquis pour être utilisé ou loué à quelque fin que ce soit; [...] »

Étant donné que le règlement décrivant ce qui constitue un bien prescrit n'a pas encore été édicté, il faut s'en remettre aux Discours sur le budget du Québec du 13 mars 2008 et du 19 mars 2009²³, qui prévoient que les biens admissibles sont ceux qui se qualifient comme matériel de fabrication et de transformation, soit les biens de la catégorie 29 (s'ils sont acquis après 2007 et avant 2012) ou de la catégorie 43 de l'annexe B.R.I. De façon générale, la classification d'un bien aux fins d'amortissement est principalement une question de fait qui dépend de la nature et des caractéristiques propres à chaque bien.

Ainsi, tant un bien de la catégorie 43 qu'un bien de la catégorie 29 doivent remplir certaines conditions. Il peut s'agir d'un bien acquis par le contribuable ou dont le contribuable a terminé la fabrication et qui doit être loué dans le cours ordinaire de l'exploitation de son entreprise au Canada à un locataire qui peut raisonnablement être considéré comme devant l'utiliser, directement ou indirectement au Canada, principalement dans le cadre de ses activités de traitement préliminaire au Canada ou de ses activités de fabrication ou de transformation d'articles destinés à la vente ou à la location. Dans ce contexte, le contribuable doit être une société dont la principale entreprise est le louage de biens, la fabrication de biens pour la vente ou la location, le prêt d'argent, l'achat de contrats de vente, de comptes clients, de créances hypothécaires mobilières, d'effets de commerce ou d'autres titres représentant la totalité ou une partie du prix de vente d'un bien ou d'un service, la vente, l'entretien ou la réparation d'un type de biens que la société loue également, ou la combinaison de l'une ou l'autre de ces activités.

Le locateur qui respecte les conditions permettant de qualifier son bien donné en location de biens de la catégorie 29 ou de la catégorie 43 pourrait bénéficier du CII à l'égard de ce bien dans la mesure où les autres conditions sont remplies par ailleurs. De plus, en conformité avec l'article 1029.8.36.166.45 L.I., le taux du crédit qui est applicable selon la région

²³ *Id.*; QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2009-2010, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 19 mars 2009.

administrative sera fonction de l'endroit où le bien sera principalement utilisé par le locataire.

À noter que lorsqu'à l'égard d'un bien de la catégorie 29 ou de la catégorie 43, le choix prévu à l'article 125.1 L.I. a été effectué²⁴, l'article 1029.8.36.166.51 L.I. prévoit que c'est le locataire qui est réputé avoir acquis le bien pour l'application de la section II.6.14.2 L.I., faisant en sorte que le locateur ne peut bénéficier du CII à l'égard de ce bien.

12. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LE DÉVELOPPEMENT DES AFFAIRES ÉLECTRONIQUES

1) Qualification d'une société

Pour qu'une société soit admissible, une proportion d'au moins 75 % du revenu brut devra être réalisée parmi les activités regroupées sous les sept codes du Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (ci-après « codes SCIAN ») admissibles à la mesure fiscale. De plus, une condition additionnelle doit être respectée, soit celle qu'au moins 50 % du revenu brut de la société provienne des activités regroupées sous les codes SCIAN 511210 (Éditeurs de logiciels), 541510 (Conception de systèmes informatiques et services connexes) ou une combinaison de ces activités. Enfin, une proportion d'au moins 75 % des activités regroupées sous le code SCIAN 541510 devront consister soit en des services fournis ultimement à une personne avec laquelle la société n'a aucun lien de dépendance, soit en des services relatifs à des applications développées par la société et qui sont utilisées exclusivement à l'extérieur du Québec, soit en une combinaison de ces deux éléments. Actuellement, Investissement Québec demande aux entreprises de produire une demande complète, soit de déterminer que les conditions ci-dessus sont respectées et de qualifier chacun des employés avec leur description de tâches. Est-ce qu'Investissement Québec envisage de rendre des opinions sur les activités se qualifiant aux codes SCIAN décrits ci-dessus d'une entreprise sans qu'une demande complète soit produite?

2) Investissement Québec peut-il nous soumettre certaines statistiques sur le nombre de demandes reçues des entreprises jusqu'à maintenant, le

²⁴ L'article 125.1 L.I. prévoit qu'un locataire et un bailleur qui ont fait un choix conjoint à l'égard duquel ils ont transmis le formulaire prescrit avec leurs déclarations, fait en sorte notamment, aux fins du calcul du revenu du locataire, que le bail est réputé ne pas en être un et qu'ainsi le locataire est réputé avoir acquis le bien du bailleur.

nombre de dossiers pour lesquels des certificats ont été délivrés et quel est le délai de traitement d'un dossier?

Réponses

- 1) D'entrée de jeu, il convient de rappeler qu'une société désirant bénéficier du crédit d'impôt pour le développement des affaires électroniques (ci-après « CDAÉ ») doit déposer une demande complète d'attestation annuelle d'admissibilité, de manière à permettre à Investissement Québec de déterminer si elle respecte la totalité des critères d'admissibilité caractérisant la mesure. Le dépôt d'une demande complète d'attestation d'admissibilité est la seule façon d'obtenir une réponse définitive quant à l'admissibilité de la société pour l'exercice financier visé par ladite demande. Puisqu'il s'agit d'un test annuel, le respect des critères d'admissibilité s'évalue à l'égard de chaque année d'imposition pour laquelle la société présente une demande annuelle d'attestation d'admissibilité.

Cela étant dit, Investissement Québec n'envisage pas de rendre des opinions sur la qualification des activités en lien avec les codes SCIAN, et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la détermination du code SCIAN applicable à une activité donnée requiert une analyse complète du dossier de la société. Le modèle d'affaires de la société et le type de contrat conclu avec ses clients doivent être étudiés. Sans analyse complète du dossier, Investissement Québec pourrait croire qu'il s'agit, par exemple, de revenus provenant d'une activité visée par le code SCIAN 541510, alors qu'il s'agit de revenus provenant d'une activité de location de personnel visée par le code SCIAN 561320.

De plus, certaines sociétés pourraient interpréter une opinion négative comme un refus valable pour plusieurs années. Cependant, dans certains cas, il serait dommage qu'une telle interprétation soit formulée dans un contexte où, de façon générale, l'évolution de la nature des activités réalisées par une société diffère de celle des critères d'admissibilité d'une mesure fiscale tel le CDAÉ, faisant en sorte qu'un test annuel peut parfois mener à des résultats différents d'une année à l'autre.

Investissement Québec considère qu'il existe une probabilité non nulle qu'une opinion sur la détermination des activités d'une société se qualifiant aux codes SCIAN soit interprétée faussement, voire traduite comme si elle représentait une attestation d'admissibilité. Ce genre d'interprétation est d'autant plus problématique lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une société étrangère qui envisage de réaliser des activités au

Québec. Ainsi, l'émission d'opinions fragmentaires sur l'admissibilité d'une société au CDAÉ, telle que sur la détermination des revenus découlant d'une activité se qualifiant ou non aux codes SCIAN de la mesure, peut non seulement mener à une interprétation erronée, mais provoquer de la confusion inutile auprès de la clientèle.

- 2) Depuis l'instauration du CDAÉ, le 13 mars 2008, Investissement Québec a reçu plus de 250 demandes annuelles d'attestation d'admissibilité et plus d'une vingtaine de demandes de lettres d'intérêt.

Dans le rapport annuel 2008-2009, Investissement Québec mentionne que 34 attestations annuelles d'admissibilité ont été délivrées dans le cadre du CDAÉ. Le nombre de demandes a évidemment augmenté considérablement depuis le 31 mars 2009, il sera donc intéressant de consulter le rapport annuel 2009-2010 pour obtenir le nombre exact d'attestations annuelles délivrées au 31 mars 2010.

Parmi les demandes reçues, certaines ont été refusées. La majorité des demandes refusées concernent des sociétés qui ont des revenus liés à des activités non visées, parmi les sept codes SCIAN permis, dans une proportion de plus de 25 % ou qui n'ont pas un minimum de six emplois admissibles en tout temps au cours de l'année d'imposition visée par la demande.

Le délai de traitement moyen d'une demande annuelle d'attestation d'admissibilité pour l'application de la mesure CDAÉ est d'environ huit semaines.

13. IMPACT DES MODIFICATIONS AUX PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS : INTRODUCTION DES NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE

Les sociétés canadiennes qui appliqueront les normes internationales d'information financière (ci-après « IFRS ») en 2011 et dont la fin d'exercice est en décembre seront tenues de présenter ce qui suit :

- les états financiers de 2011 conformément aux IFRS;
- les données comparatives de 2010 retraitées.

Les IFRS exigent que l'entité prépare et présente un état de la situation financière (bilan) d'ouverture à la date de transition aux IFRS. En préparant son premier jeu d'états financiers IFRS, l'entité doit utiliser des conventions

comptables conformes aux IFRS en vigueur à la fin de la première période annuelle où elle applique les IFRS, soit les IFRS en vigueur au 31 décembre 2011 pour une entité dont la fin d'année correspond à une année civile. L'un des principes clés des IFRS est d'exiger de l'entité une application rétrospective complète, en se prévalant d'un nombre restreint d'exemptions facultatives et obligatoires, au moment de l'adoption initiale. Selon les options choisies, il pourrait arriver que des actifs et passifs constatés selon les critères de comptabilisation des principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») du Canada ne le soient plus et, inversement, il pourrait y avoir des éléments qui soient constatés selon les IFRS alors qu'ils ne répondaient pas aux critères de comptabilisation des PCGR canadiens. De plus, les IFRS offrent plus d'options quant à la réévaluation des actifs à la juste valeur, si bien que même si les catégories d'actif restent les mêmes, les valeurs comptables pourraient changer de façon importante. La plupart des ajustements qui découleront de la transition des PCGR du Canada aux IFRS seront comptabilisés dans les capitaux propres d'ouverture dans l'état de la situation financière d'ouverture de l'entité, le cas échéant.

Bien que la détermination du bénéfice fiscal ne soit pas directement liée au résultat déterminé selon les PCGR, on peut penser que Revenu Québec et l'ARC seront disposés à accepter que le revenu fiscal soit établi à partir des IFRS dans la mesure où ces derniers ne dérogent pas aux principes dégagés par la jurisprudence. C'est dans l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada*²⁵ que la Cour suprême du Canada a énoncé les principes guidant la détermination du bénéfice fiscal. Le premier est la recherche de l'« image fidèle », le deuxième est qu'un « contribuable est libre d'adopter toute méthode qui n'est pas incompatible avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les principes dégagés par la jurisprudence ou les règles de droit établies ou les principes commerciaux reconnus ».

On sait que les sociétés devront retraiter les états financiers pour 2010 pour refléter l'application des IFRS, ce qui impliquera un ajustement du montant du bénéfice comptable publié antérieurement. Comme le bénéfice comptable est le point de départ du calcul du bénéfice fiscal, nous pensons que l'ajustement au bénéfice comptable doit être reflété sur le Formulaire CO-17.A.1 (Annexe 001 de la déclaration de revenus au fédéral) pour l'exercice financier terminé le 31 décembre 2011, dans tous les cas où les valeurs comptables sont utilisées pour calculer le revenu fiscal, à moins que ces éléments n'aient été ajoutés ou déduits au revenu fiscal dans une année antérieure.

²⁵ [1998] 1 R.C.S. 147.

Nous vous demandons de confirmer que :

- Dans l'hypothèse d'une fin d'année au 31 décembre, la société n'aura pas à produire de déclaration de revenus amendée pour ses exercices financiers terminés avant le 31 décembre 2011.
- Dans les situations où les produits et les charges reconnus aux fins comptables servent à l'établissement du revenu fiscal, tout ajustement découlant d'une réévaluation des produits et des charges d'un exercice antérieur devrait être ajouté ou déduit le cas échéant au revenu fiscal pour l'exercice terminé le 31 décembre 2011.

Réponse

- 1) Dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité provinciale du Congrès 2008 de l'APFF²⁶, nous avons répondu à une question relativement à l'impact sur le calcul du revenu net fiscal de l'introduction du chapitre 3855 du *Manuel de l'ICCA*, intitulé « Instruments financiers – Comptabilisation et évaluation »²⁷. Nous vous avons alors mentionné, tout comme vous nous en faites part dans votre question, qu'en matière d'impôt sur le revenu, la jurisprudence nous enseigne que la détermination du bénéfice est une question de droit et que la bonne façon d'aborder cette question est que le contribuable doit adopter une méthode de calcul qui soit conforme à la loi, aux autres règles de droit établies et aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires, et qui donne une image fidèle du revenu du contribuable pour une année d'imposition donnée. De plus, nous avons insisté sur le fait que dans l'établissement de l'image fidèle du revenu du contribuable, le « principe de réalisation » revêt une grande importance²⁸.

L'introduction des normes internationales d'information financière et l'obligation de retraiter, aux fins de comparaison, les postes des états financiers de l'exercice financier terminé en 2010 n'entraîneront pas

²⁶ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 47:1-70, question 8, aux pages 47:15-17.

²⁷ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chap. 3855, « Instruments financiers – Comptabilisation et évaluation » (ci-après « *Manuel de l'ICCA* »).

²⁸ De même, le gain ou la perte en capital résulte de l'aliénation d'un bien (art. 231 et suiv. L.I.).

l'obligation de produire une déclaration modifiée pour un exercice financier précédant l'exercice où les normes internationales entrent en vigueur. De plus, étant donné que dans la mesure du bénéfice fiscal on ne réfère pas spécifiquement aux PCGR, les ajustements aux résultats d'un exercice antérieur ne devraient pas influencer les résultats d'un exercice postérieur.

Par ailleurs, nous sommes disposés à considérer vos représentations dans les situations où vous êtes d'avis que les nouvelles normes comptables ont un impact significatif sur les assiettes fiscales d'impôt et de taxe sur le capital et, s'il y a lieu, à les transmettre au MFQ afin d'examiner si des ajustements devraient être apportés.

14. DROIT D'ADHÉSION À UN CENTRE SPORTIF

Le guide de Revenu Québec portant sur les avantages imposables pour les employés semble au même effet que le guide fédéral relativement aux frais d'inscription à un club sportif payés à un employé par un employeur. D'ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 134 L.I. prévoit qu'un montant déboursé ou dépensé par un contribuable à titre de cotisation ou droits, y compris une cotisation de membre, un droit d'inscription ou autre, à un club dont l'objet principal est de fournir à ses membres des installations pour les loisirs, le sport ou les repas, ne peut être déduit, à moins que l'entreprise du contribuable ne consiste à fournir ces services dans le cours normal de ses affaires. Par conséquent, il s'agit de la concordance provinciale au sous-alinéa 18(1)(ii) L.I.R.

Le paragraphe 12 du *Bulletin d'interprétation* IT-148R3 du 21 juillet 1997, « Biens récréatifs et cotisations à un club »²⁹, énonce les lignes directrices permettant de déterminer si le paiement des droits d'adhésion à un centre sportif constitue un avantage imposable pour les employés. Voici une reproduction dudit paragraphe :

« 12. En règle générale, le paiement ou le remboursement par l'employeur des cotisations à un club ou des droits d'adhésion serait considéré comme un avantage imposable pour l'employé. Toutefois, comme le précise la dernière version du bulletin IT-470, *Avantages sociaux des employés*, si l'employeur assume les droits d'adhésion à un club social ou à un club d'athlétisme, on ne considère pas que l'employé a touché un avantage imposable si l'adhésion profite principalement à l'employeur plutôt qu'à l'employé. Normalement,

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-148R3, « Biens récréatifs et cotisations à un club », 21 juillet 1997.

l'utilisation que fait l'employé d'installations récréatives ou d'installations de conditionnement physique internes appartenant à l'employeur et destinées aux employés ne donne pas lieu à un avantage imposable pour ces derniers. De plus, aucun avantage imposable ne découle généralement d'une situation dans laquelle l'employeur assume, pour ses employés, les frais d'utilisation de telles installations fournies par une organisation à laquelle l'employeur est lié ou non, pourvu que tous les employés aient droit, au même titre, à l'utilisation des installations ou à l'adhésion. En revanche, si l'adhésion au club tient d'un avantage social qui profite peu ou pas à l'entreprise de l'employeur, les droits d'adhésion sont considérés comme un avantage imposable pour l'employé et entrent dans le calcul du revenu de ce dernier. Toutefois, ils ne donnent droit à aucune déduction à l'employeur, conformément à l'alinéa 18(1)l). Il incombe à l'employeur et à l'employé de faire la preuve que l'adhésion à un club profite principalement à l'employeur. » (Notre soulignement)

Nos questions portent sur l'imposition ou non d'un avantage imposable lorsqu'une municipalité paie des droits d'adhésion à un centre sportif, pour les catégories suivantes d'employés municipaux :

- 1) les pompiers et les policiers;
- 2) les cadres.

Selon l'Agence de santé publique du Canada³⁰, les bienfaits de l'activité physique pour les adultes sont notamment d'améliorer la satisfaction au travail et la productivité des employés, tout en réduisant l'absentéisme.

Selon une étude de la compagnie d'assurance Canada-Vie³¹, les personnes qui participent à un programme de conditionnement physique affichent une productivité supérieure à celle de leurs collègues inactifs. Une vie active réduit l'absentéisme pour cause de maladie, de blessure et de stress.

L'activité physique apporte plusieurs bénéfices sur le plan du travail, notamment :

³⁰ AGENCE DE SANTÉ PUBLIQUE DU CANADA (en ligne : http://www.phac-aspc.gc.ca/pau-uap/condition-physique/benefits_f.html#2).

³¹ AGENCE DE SANTÉ PUBLIQUE DU CANADA (en ligne : http://www.phac-aspc.gc.ca/pau-uap/condition-physique/benefits_f.html).

- Capacité d'adaptation au stress
 - L'augmentation du stress chez les travailleurs engendre une augmentation des maladies professionnelles et des journées de maladie. Les absences reliées au stress coûtent aux employeurs canadiens 3,5 G\$ chaque année.
- Blessures, accidents, invalidité et coûts d'indemnisation connexes
 - Les travailleurs qui jouissent d'une bonne forme physique se blessent moins souvent et leurs blessures ont tendance à guérir plus rapidement. Par conséquent, elles coûtent moins cher.
- Absentéisme
 - Selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS), les programmes d'activités physiques en milieu de travail peuvent réduire de 32 % les congés de maladie.
- Moral des employés
 - L'activité physique agit positivement sur le moral de ses adeptes.
- Productivité
 - Santé Canada indique que le rendement du personnel au travail peut s'améliorer de 4 % à 15 % grâce à la pratique régulière de l'activité physique.
- Performance au travail en général
 - La performance au travail est augmentée par l'activité physique.

La municipalité souhaite améliorer la condition physique de ses pompiers, policiers et cadres. Afin de respecter son budget, la municipalité ne souhaite pas devenir propriétaire d'installations sportives. Par conséquent, la solution choisie est de rembourser les cotisations effectuées par les employés visés qui s'inscrivent à un centre de conditionnement physique et qui fréquentent régulièrement l'établissement.

À cet effet, les clauses suivantes sont incluses dans les conventions collectives de ses cadres, pompiers et policiers.

Pour les policiers et pompiers

« Pour inciter les pompiers/policiers à maintenir une condition physique appropriée à leurs fonctions, l'Employeur rembourse au pompier/policier les coûts d'inscription à un programme de conditionnement physique, et ce, jusqu'à un montant maximum annuel de 200 \$ sur présentation d'un reçu d'inscription et d'une preuve de fréquentation régulière audit programme. » (Notre soulignement)

Pour les cadres

« L'employeur reconnaît que la bonne condition physique constitue un facteur important dans un contexte où ce dernier favorise une approche de gestion de la présence au travail. Pour inciter les cadres à maintenir et améliorer leur condition physique, l'Employeur rembourse au cadre qui en fait la demande, les coûts d'inscription à un programme de conditionnement physique offert par des entreprises spécialisées dans le domaine, jusqu'à concurrence d'un montant annuel de 250,00 \$. Un reçu officiel d'inscription et une preuve de participation audit programme doivent être présentés par le cadre. » (Notre soulignement)

- 1) Étant donné la nature du travail effectué par les pompiers et les policiers, lequel requiert une bonne santé physique de leur part, et ce, autant pour assurer leur propre sécurité que celle des citoyens de la municipalité, est-ce que l'employeur (la municipalité) peut considérer que le paiement des droits d'adhésion à un centre sportif pour les pompiers et les policiers de la municipalité ne devrait pas être considéré comme un avantage imposable?
- 2) Comme l'indique la convention collective entre les cadres et la municipalité, la mesure visant à rembourser les frais de cotisation à un centre sportif cherche à diminuer le taux d'absentéisme. Dans ce contexte, est-ce que l'employeur peut considérer que le paiement des droits d'adhésion à un centre sportif pour ses cadres ne devrait pas être considéré comme un avantage imposable, puisque la municipalité prévoit diminuer les coûts liés à l'absentéisme et au stress au travail grâce à cette mesure?
- 3) Si tous les policiers, pompiers et cadres de la municipalité ont accès à cette mesure (et non seulement certains d'entre eux), est-ce que Revenu Québec considérera qu'il s'agit, de ce fait, d'une mesure applicable à tous les employés et, par conséquent, qu'il ne s'agit pas d'un avantage imposable?

Réponses

L'article 37 L.I. prévoit que les montants qu'un particulier doit inclure dans le calcul de son revenu comprennent la valeur de la pension, du logement et des autres avantages que le particulier reçoit ou dont il bénéficie en raison ou à l'occasion de sa charge ou de son emploi, ainsi que les allocations qu'il reçoit et dont il n'a pas à justifier l'utilisation, pour frais personnels ou de subsistance ou pour toute autre fin.

- 1) Nous sommes d'avis que le remboursement par l'employeur (la municipalité) des droits d'adhésion à un centre sportif pour les pompiers et les policiers de la municipalité constitue un avantage imposable à l'employé. Revenu Québec est d'avis que ce sont surtout les pompiers et les policiers qui sont les principaux bénéficiaires.
- 2) Nous sommes d'avis que le remboursement par l'employeur des droits d'adhésion à un centre sportif pour ses cadres constitue un avantage imposable à l'employé. Revenu Québec est d'avis que ce sont surtout les cadres qui sont les principaux bénéficiaires.
- 3) Lorsque l'employeur paie un droit d'adhésion ou une cotisation individuelle à un centre sportif à l'égard de chacun des employés, la valeur de l'avantage pour un employé donné est facilement quantifiable et devra généralement être incluse dans le calcul du revenu de l'employé.

15. CRÉDITS D'IMPÔT QUI PRENNENT FIN POUR LES CARREFOURS DE LA NOUVELLE ÉCONOMIE, LA CITÉ DU MULTIMÉDIA DE MONTRÉAL ET LE CENTRE NATIONAL DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE QUÉBEC

Plusieurs crédits d'impôt prendront fin en 2010 et en 2013 pour de nombreuses entreprises au Québec dans les CNÉ, la Cité du multimédia de Montréal (CMM) ainsi que le Centre national des nouvelles technologies de Québec (CNNTQ). Plusieurs emplois et entreprises seront en péril compte tenu de la disparition de ces crédits. Le CDAÉ ainsi que le crédit d'impôt à la recherche et développement (ci-après « R & D ») ne comblent pas la disparition de ces crédits pour plusieurs entreprises.

Le ministère des Finances peut-il commenter ce dossier important pour la survie de plusieurs entreprises au Québec?

Réponse du ministère des Finances

Technologies de l'information et productivité

De nombreuses études ont démontré que les entreprises utilisant plus intensivement les technologies de l'information (ci-après « TI ») dans leurs processus d'affaires sont plus susceptibles d'améliorer leur niveau de productivité. À cet égard, le Groupe de travail sur l'investissement des entreprises (ci-après « comité Fortin ») a fait ressortir que la faiblesse relative de l'investissement dans les TI au Canada par rapport aux États-Unis expliquait en partie l'écart qui séparait les deux pays en matière d'investissement en équipement de production.

D'autre part, le Groupe de travail sur les aides fiscales aux régions ressources et à la nouvelle économie (ci-après « comité Gagné ») a constaté que, malgré une main-d'œuvre qualifiée et la présence de mesures fiscales appuyant les entreprises installées dans les sites désignés, le Québec arrivait difficilement à maintenir sa place au Canada dans le secteur des TI.

Dans son rapport, le comité Gagné soutient que le secteur des TI constitue un secteur en forte croissance dont les applications bénéficient à l'ensemble des sphères d'activités, de sorte que ces technologies ont des retombées économiques importantes en termes de productivité. Toutefois, plusieurs pays disposant d'une main-d'œuvre abondante, bien formée et peu coûteuse offrent des mesures fiscales attrayantes dans le secteur des TI. Ce secteur est soumis à une vive concurrence internationale. En conséquence, des aides sont nécessaires et doivent être maintenues à condition d'être mieux ciblées et d'en corriger les lacunes.

Par ailleurs, le rapport mentionne que la politique des sites désignés comportait des lacunes :

- effets de synergie surestimés;
- installation et infrastructures parfois inadéquates;
- incidence sur le développement immobilier et sur le prix des loyers;
- aide fiscale versée à l'égard d'emplois à faible valeur ajoutée et pouvant facilement être déplacés dans les pays émergents; et
- soutien financier accordé pour des emplois simplement déplacés sur le territoire québécois.

Discours sur le budget 2008-2009

Inspiré des constats tirés du rapport du comité Fortin et du rapport du comité Gagné, le gouvernement a mis en place, lors du Discours sur le budget 2008-2009³², un crédit d'impôt remboursable favorisant le développement des affaires électroniques jusqu'au 31 décembre 2015. Cette aide fiscale :

- s'applique aux activités à forte valeur ajoutée dans le secteur des affaires électroniques, et ce, pour l'ensemble du Québec;
- favorise l'implantation et l'expansion d'entreprises innovantes dans un secteur prometteur tout en encourageant la création et le maintien d'emplois spécialisés;
- renforce la position concurrentielle du Québec dans le secteur des TI;
- accroît la productivité des entreprises qui utilisent ces technologies.

À cette occasion, le gouvernement a réitéré sa volonté de mettre fin à l'expérience des sites désignés et d'appuyer plutôt la mise en place d'une aide mieux ciblée favorisant la création d'activités à forte valeur ajoutée dans le secteur des TI.

Autres considérations

Les entreprises bénéficiaires de l'aide fiscale disponible dans les sites désignés sont informées depuis près de 10 ans que ces mesures doivent prendre fin sous peu. Il est donc raisonnable de croire que la planification financière de ces entreprises a été adaptée pour tenir compte de cette réalité.

Cette période devrait normalement permettre à la majorité d'entre elles d'atteindre une taille respectable et d'assurer leur développement à long terme.

De plus, le ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation dispose de programmes budgétaires permettant d'appuyer les projets particuliers des entreprises de ce secteur. Ces programmes font partie de la Stratégie québécoise de la recherche et de l'innovation.

³² QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 22, p. 11.

16. SOCIÉTÉ ADMISSIBLE AU CONGÉ FISCAL PARTIEL POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES MANUFACTURIÈRES DES RÉGIONS RESSOURCES ÉLOIGNÉES

- A) Une société admissible au congé fiscal partiel pour les petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») manufacturières des régions ressources éloignées réalise un revenu net de 200 000 \$ pour une année d'imposition. Cette société a, par ailleurs, une perte autre qu'une perte en capital d'un montant de 150 000 \$ qu'elle a subie dans une année antérieure. Cette société doit-elle déduire préalablement cette perte de 150 000 \$ afin de déterminer sur quel montant sera calculée la déduction du revenu imposable de 75 % relative au congé fiscal partiel pour les PME manufacturières?

Dans le cas où la réponse à la question précédente serait négative et que la société ferait le choix de déduire seulement 50 000 \$ de perte autre qu'une perte en capital, Revenu Québec est-il d'avis que le revenu imposable, à la suite de la déduction relative au congé fiscal partiel pour les PME manufacturières des régions ressources, sera de 0 \$?

Est-il exact d'affirmer que la perte autre qu'une perte en capital de la société après le report prospectif de 50 000 \$ sera de 100 000 \$?

- B) Une société réalise pour une année d'imposition un revenu de 200 000 \$ provenant d'une entreprise admissible et déduit dans le calcul de son revenu imposable pour cette année un montant correspondant à 75 % de ce montant en raison du congé fiscal partiel pour les PME manufacturières avec comme résultat un revenu imposable de 50 000 \$ pour cette année d'imposition. L'année suivante, cette société subit une perte de 300 000 \$ dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise admissible et fait le choix de reporter rétrospectivement un montant de 50 000 \$ à l'année précédente. Est-il exact d'affirmer que le revenu imposable de la société pour cette année précédente sera de 0 \$ à la suite de ce report rétrospectif?

Est-il exact d'affirmer que la perte autre qu'une perte en capital à la suite du report rétrospectif de 50 000 \$ sera de 250 000 \$?

Réponses

Question A)

La société pourra déduire dans le calcul de son revenu imposable, sous réserve des règles de report de pertes énoncées au titre VII du livre IV de la Partie I L.I., à la fois un montant de 50 000 \$ en guise de perte autre qu'une perte en capital (art. 727 L.I.) et un montant de 150 000 \$ en tant que déduction relative aux entreprises de fabrication ou de transformation dans les régions ressources (art. 737.18.26 L.I.). Il convient de noter qu'aux fins du calcul du revenu imposable, le montant de 50 000 \$ se déduit en premier lieu et celui de 150 000 \$ en second lieu, le tout selon l'ordre d'application prévu au deuxième alinéa de l'article 693 L.I.

Ainsi, suivant les règles énoncées au titre VII du livre IV de la Partie I L.I. et plus particulièrement des dispositions de l'article 734 L.I., la perte autre que la perte en capital à laquelle il est fait référence dans votre exemple sera égale à un montant de 100 000 \$ pour une année d'imposition ultérieure à l'année d'imposition à l'égard de laquelle le montant de 50 000 \$ est réclamé en guise de perte autre qu'une perte en capital.

Question B)

L'article 733.0.6 L.I. prévoit des ajustements aux calculs des pertes d'une société admissible au congé fiscal partiel pour les PME manufacturières des régions ressources éloignées.

Le paragraphe a) du premier alinéa de l'article 733.0.6 L.I. prévoit qu'une perte subie dans une année d'imposition par une société admissible à un tel congé n'est pas réduite de la partie du revenu provenant de l'exploitation d'une entreprise et qui aurait été par ailleurs admissible en déduction en vertu de l'article 737.18.26 L.I.

Quant au paragraphe b) du premier alinéa de l'article 733.0.6 L.I., il prévoit, aux fins de calculer une perte autre qu'en capital notamment, qu'une perte ou une partie d'une perte subie dans une année d'imposition et provenant d'une entreprise admissible est réduite d'une fraction du revenu de la société provenant pour cette année d'imposition d'une entreprise admissible.

Donc, il ne peut y avoir réduction d'une perte autre qu'une perte en capital, en vertu du paragraphe b) du premier alinéa de l'article 733.0.6 L.I.,

que si, d'une part, la société exploite plus d'une entreprise admissible et que, d'autre part, l'une de celles-ci génère un revenu d'entreprise admissible.

Par conséquent, sous réserve des règles énoncées au titre VII du livre IV de la Partie I L.I. et en partant de l'hypothèse que la société à laquelle vous réferez dans votre question n'exploite qu'une entreprise admissible, elle pourra déduire dans le calcul de son revenu imposable dans l'année d'imposition à l'égard de laquelle elle a réalisé un revenu de 200 000 \$, un montant de 50 000 \$ à titre de perte autre qu'une perte en capital.

Quant à la perte autre qu'une perte en capital de 300 000 \$, en vertu des dispositions de l'article 734 L.I., elle se trouvera réduite de 50 000 \$.

17. CAPITAL VERSÉ – GAIN EN CAPITAL

En conséquence des dispositions prévues à l'article 1, à la définition de « capital versé » au paragraphe 570a) L.I. et de l'article 570R1 R.I., le capital versé fiscal, aux fins de l'application de la *Loi sur les impôts*, correspond au capital versé fiscal calculé en conformité avec les règles édictées à cet égard dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans certaines circonstances, cette référence au calcul de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut être la source de conséquences fiscales inattendues. En voici un exemple. Une société roule, en conformité avec les dispositions de l'article 518 L.I., une immobilisation, ayant un coût fiscal inférieur aux fins de la *Loi sur les impôts* à celui établi aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en faveur d'une filiale détenue à 100 %. Dans un tel cas, le montant convenu aux fins provinciales sera inférieur à la somme convenue aux fins fédérales. Tant pour l'application future de la *Loi sur les impôts* que de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le capital versé des actions reçues par la société mère sera fixé en conformité avec les règles édictées par le paragraphe 85(2.1) L.I.R. En conséquence, dans une telle situation, le PBR des actions (établi en conformité avec les dispositions de l'article 518 L.I.) serait inférieur au capital versé (correspondant ultimement à la somme convenue établie en conformité avec les dispositions de l'article 85 L.I.R.).

Lorsque la société mère procédera à la liquidation de sa filiale à 100 %, elle sera réputée avoir aliéné, en conséquence de l'application des dispositions de l'article 558 L.I., des actions de sa filiale pour un produit correspondant généralement à leur capital versé. Puisque, dans l'exemple décrit, ce capital versé est supérieur au PBR des actions en cause, il en résulte la réalisation d'un gain en capital pour la société mère.

Revenu Québec est-il d'avis que la réalisation d'un gain en capital par la société mère dans de telles circonstances est un résultat souhaitable? Le MFQ peut-il expliquer pour quel motif le capital versé aux fins de la *Loi sur les impôts* est défini en fonction des paramètres fédéraux et n'est pas calculé de façon autonome?

Réponse de Revenu Québec

Le résultat de l'application des dispositions législatives en cause décrit dans la question correspond à notre compréhension de la législation actuelle.

Réponse du ministère des Finances

Le choix de définir le capital versé pour l'application de la *Loi sur les impôts* en faisant référence à celui calculé pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été fait afin de simplifier le régime fiscal québécois.

Il n'apparaît pas souhaitable que des règles autonomes de calcul du capital versé soient introduites dans le régime fiscal québécois puisque cela aurait pour effet de complexifier de façon trop importante la *Loi sur les impôts* par rapport aux bénéficiaires qui pourraient en résulter en termes d'équité et d'intégrité. Pour la même raison, il n'apparaît pas souhaitable d'apporter des ajustements particuliers à la *Loi sur les impôts* afin de corriger les résultats négatifs pouvant résulter de ce choix.

De plus, les règles actuelles permettent aux contribuables et à leurs conseillers de déterminer clairement les conséquences fiscales d'une transaction et ainsi de la structurer de façon appropriée.

18. CONJOINT GRAVEMENT MALADE, BIGAMIE FISCALE ET MULTIPLES MESURES FISCALES

Autrefois un concept fiscal plus susceptible de soutirer un sourire qu'autre chose, les situations de bigamie fiscale se multiplient désormais plus souvent qu'on ne le croit, notamment dans le cas d'un conjoint atteint d'une maladie grave ou dégénérative. Les règles fiscales applicables peuvent alors devenir étourdissantes. Imaginons brièvement la situation suivante : M. A et M^{me} A sont légalement mariés. À la suite d'un AVC, M^{me} A a été placée de façon permanente dans un centre spécialisé offrant des soins de longue durée en raison de lourdes incapacités physiques et mentales, et ce, depuis déjà quelques années. M. A et M^{me} A vivent donc séparés non pas « en raison de l'échec de leur mariage », mais plutôt en raison de la grave maladie qu'a eue M^{me} A.

M. A, de son côté, vit désormais en union de fait avec M^{me} B depuis un peu plus de 12 mois. Nous sommes donc en présence d'une situation de bigamie fiscale pour M. A. De plus, tel qu'il est mentionné ci-dessus, bien que M. A vive séparé de M^{me} A (tout en étant toujours légalement marié avec celle-ci), ce n'est pas **en raison** de l'échec de leur mariage (voir notamment la lettre d'interprétation 05-010684 du 13 février 2006³³ et la décision *Lawin c. La Reine*³⁴). Par conséquent, plusieurs mesures fiscales peuvent alors trouver application à la fois à l'égard de M^{me} A et de M^{me} B ou encore pour M^{me} A **ou** M^{me} B. Dans la législation fiscale québécoise, deux expressions sont utilisées, soit les notions de « conjoint » ou de « conjoint admissible ». Cette différence est importante, car dans le cas où seule l'expression « conjoint » intervient (sans référence directe ou indirecte au concept de « conjoint admissible »), il semble possible de bénéficier des règles fiscales pour deux conjoints. Prenons simplement l'exemple du crédit pour frais médicaux. M. A paie de lourds frais médicaux en 2009 pour M^{me} A à l'égard de son séjour dans un centre spécialisé et subvient donc à ses besoins. De plus, M^{me} B a également engagé des frais médicaux importants en 2009. M. A pourrait donc techniquement réclamer des frais médicaux à la fois pour M^{me} A et pour M^{me} B. En effet, comme la *Loi sur les impôts* ne fait référence qu'au concept de conjoint au premier alinéa de l'article 752.0.12, M. A pourrait réclamer des frais pour les deux conjointes. Par contre, les frais médicaux seront réduits du total de 3 % du revenu du particulier et de son « conjoint admissible ». Il ne peut cependant y avoir qu'un seul « conjoint admissible » aux fins du test de revenu de 3 %.

Revenu Québec peut-il nous confirmer que lorsque seule l'expression « conjoint » est utilisée, il peut alors être possible d'appliquer la règle fiscale s'y rattachant aux deux conjoints contrairement à la situation prévalant lorsque l'expression utilisée est « conjoint admissible », auquel cas il ne peut y en avoir qu'un seul pour une année donnée et il s'agira alors du même conjoint pour toutes les dispositions législatives spécifiques utilisant cette expression?

Réponse

La *Loi sur les impôts* fait effectivement référence aux deux notions distinctes que sont les notions de « conjoint » et de « conjoint admissible ».

³³ REVENU QUÉBEC, lettre d'interprétation 05-010684, 13 février 2006.

³⁴ 2006 D.T.C. 2768 (C.C.I.).

La notion de « conjoint » d'un contribuable à un moment quelconque s'entend d'une personne qui est légalement mariée ou unie civilement avec lui à ce moment et dont l'union n'est pas dissoute. Elle comprend aussi, par extension, conformément à l'article 2.2.1 L.I. tel qu'il est actuellement libellé, la personne de sexe différent ou de même sexe qui, à ce moment, vit maritalement avec le contribuable et soit a ainsi vécu avec le contribuable tout au long d'une période de 12 mois se terminant avant ce moment, soit est le père ou la mère d'un enfant dont le contribuable est le père ou la mère. Cet article de la *Loi sur les impôts* prévoit que pour l'application de la notion de « conjoint », le particulier et la personne qui y sont visés (conjoints de fait) qui vivent maritalement à un moment quelconque sont réputés vivre ainsi à un moment donné après ce moment, sauf s'ils vivaient séparés au moment donné en raison de l'échec de leur union et si cette séparation s'est poursuivie durant une période d'au moins 90 jours qui comprend le moment donné.

Par ailleurs, la notion de « conjoint admissible » d'un particulier pour une année d'imposition se retrouve à l'article 776.41.1 L.I. et désigne généralement la personne qui est le conjoint du particulier à la fin du 31 décembre de l'année et qui, à ce moment, ne vit pas séparée du particulier. À cet égard, l'article 776.41.2 L.I. prévoit qu'une personne n'est considérée comme vivant séparée d'un particulier à un moment quelconque d'une année d'imposition que si elle vit séparée du particulier, à ce moment, en raison de l'échec de leur mariage ou de leur union et si cette séparation s'est poursuivie pendant une période d'au moins 90 jours qui comprend ce moment. Par ailleurs, l'article 776.41.3 L.I. précise que lorsqu'un particulier aurait, en l'absence de cet article, plus d'un conjoint admissible pour une année d'imposition, le particulier est réputé n'avoir qu'un seul conjoint admissible pour l'année et n'être le conjoint admissible pour l'année que de cette personne. De plus, il faut noter que dans une même année d'imposition, le conjoint admissible d'un particulier auquel fait référence une disposition de la *Loi sur les impôts* n'est jamais une personne différente de celle ainsi désignée comme son conjoint admissible en vertu des autres dispositions de la *Loi sur les impôts*.

Il est tout à fait plausible, dans une situation donnée, qu'un particulier ait plus d'un conjoint à un moment donné dans une année d'imposition. Cependant, il est important de s'en remettre aux différentes dispositions de la *Loi sur les impôts* dans lesquelles on fait référence à la notion de « conjoint » afin de connaître les conditions d'application particulières de ces dispositions.

Toutefois, même s'il ne suffit pas que des conjoints vivent physiquement séparés pour conclure à l'échec de leur mariage, nous considérons que, dans la situation que vous nous présentez, le fait pour M. A, qui est toujours légalement marié avec M^{me} A, de vivre en union de fait avec M^{me} B représente de sa part un retrait de son engagement matrimonial envers M^{me} A et traduit son intention de mettre fin à sa vie de couple avec elle. En conséquence, nous considérons donc ici que, aux fins de la notion de « conjoint admissible », c'est M^{me} B qui est le conjoint admissible de M. A.

Pour répondre plus précisément à l'aspect de la question qui se rapporte au crédit d'impôt pour frais ou soins médicaux prévu à l'article 752.0.11 L.I. et compte tenu des faits présentés, M. A pourra considérer les frais médicaux payés en 2009 au bénéfice à la fois de M^{me} A et de M^{me} B, qui répondent toutes deux à la notion de conjoint pendant l'année d'imposition 2009, soit l'année d'imposition au cours de laquelle les frais ont été engagés, et ce, selon les termes de l'article 752.0.12 L.I. Par contre, pour le calcul du 3 % de l'ensemble, pour l'année, du revenu du particulier et du revenu de son conjoint admissible pour l'année, c'est le revenu de M^{me} B qui sera considéré et non celui de M^{me} A.

19. FAILLITE ET REMBOURSEMENT D'IMPÔT RELATIF À LA PÉRIODE POST-FAILLITE

À la suite des modifications apportées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*³⁵ en 2008, l'alinéa 67(1)c) L.F.I. prévoit désormais que les biens du failli qui font partie du patrimoine attribué à ses créanciers incluent :

« c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération, y compris les remboursements qui lui sont dus au titre de la Loi de l'impôt sur le revenu relativement à l'année civile – ou à l'exercice lorsque celui-ci diffère de l'année civile – au cours de laquelle il a fait faillite, mais à l'exclusion de la partie de ces remboursements qui :

(i) soit sont des sommes soustraites à l'application de la présente loi,

(ii) soit sont des sommes qui lui sont dues et qui sont saisissables en vertu d'un bref de saisie-arrêt signifié à Sa Majesté en application de la Loi d'aide à

³⁵ L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I. »).

l'exécution des ordonnances et des ententes familiales dans lequel il est nommé comme débiteur; [...] » (Notre soulignement)

Par conséquent, contrairement à la situation qui existait avant les modifications législatives, il semble (tout au moins dans le cas du fédéral) que les remboursements d'impôt relatifs à l'année d'imposition comprise entre la date de la faillite et le 31 décembre de ladite année (ci-après « période post-faillite ») et qui peuvent être dévolus au failli **avant sa libération** font automatiquement partie du patrimoine attribué à ses créanciers. Ainsi, dans un tel cas, le chèque de remboursement d'impôt **au fédéral** relatif à la période post-faillite sera envoyé systématiquement au syndic au bénéfice des créanciers du failli. Par contre, dans le cas des chèques de remboursement d'impôt au Québec (pour la période post-faillite), il appert que Revenu Québec les envoie systématiquement au particulier.

Dans bien des cas, il est fort possible que le remboursement d'impôt soit clairement attribuable à la période postérieure à la date de la faillite. Pensons simplement à des retenues d'impôt à la source sur des chèques de paie (pour la période post-faillite) qui sont supérieures à l'impôt réel à payer. Pensons aussi à certains crédits d'impôt remboursables, tels que le crédit remboursable pour frais médicaux et la prime au travail et qui seraient entièrement attribuables à la période post-faillite. Alors que la faillite est censée libérer une personne de ses créanciers (sous réserve du « revenu excédentaire » à verser pendant la période avant la libération de la faillite et qui est assez souvent inapplicable ou encore représente des montants peu élevés), plusieurs particuliers qui ont fait faillite en 2008 ont eu la surprise de ne jamais bénéficier de leur remboursement d'impôt **fédéral** pour la période post-faillite contrairement à leur chèque québécois.

Revenu Québec peut-il commenter la situation et notamment nous préciser si les remboursements d'impôt versés par Revenu Québec pour la période post-faillite constituent, de l'avis de Revenu Québec, des biens du failli qui peuvent lui être dévolus avant sa libération et ainsi se rajouter au patrimoine attribué aux créanciers du failli dans la mesure où il n'a pas encore obtenu sa libération?

Réponse

Revenu Québec n'a pas à commenter la position prise par le fédéral concernant l'application de l'alinéa 67(1)c) L.F.I. aux remboursements d'impôt dus selon leur législation.

Sur le plan de la législation fiscale québécoise, le premier alinéa de l'article 33 de la *Loi sur le ministère du Revenu*³⁶ prévoit que toute somme due par l'État à l'égard d'une loi fiscale à titre de remboursement est incessible et insaisissable.

La position de Revenu Québec publiée dans le *Bulletin d'interprétation* LMR. 33-1, « Incessibilité d'une somme due par la Couronne en vertu d'une loi fiscale », publié le 31 août 1992³⁷, est de refuser l'envoi d'un chèque de remboursement à une autre personne que celle à qui les sommes sont dues. Cette position n'est pas modifiée en raison du nouveau texte de l'alinéa 67(1)c) L.F.I.

Par conséquent, après avoir procédé à l'affectation aux termes des articles 31 et 31.1 L.M.R., le cas échéant, le chèque de remboursement d'impôt sera envoyé au failli.

20. QUESTION SUR LES CLAUSES RESTRICTIVES

Le 15 mai 2009, l'Assemblée nationale adoptait le Projet de loi 2³⁸ donnant suite au Discours sur le budget du 24 mai 2007³⁹, à la déclaration ministérielle du 1^{er} juin 2007 concernant la politique budgétaire 2007-2008 du gouvernement et à certains autres énoncés budgétaires. L'article 117 de ce projet de loi⁴⁰ contient le chapitre VII du titre V du livre III de la Partie I L.I. relatif aux clauses restrictives.

Ces dispositions se veulent en complète harmonisation avec les dispositions contenues au paragraphe 71(1) du Projet de loi C-10⁴¹ (adopté par la Chambre des communes le 29 octobre 2007, en deuxième lecture

³⁶ L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

³⁷ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* LMR. 33-1, « Incessibilité d'une somme due par la couronne en vertu d'une loi fiscale », 31 août 1992.

³⁸ QUÉBEC, Assemblée nationale, Projet de loi 2, sanctionné le 15 mai 2009.

³⁹ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 24 mai 2007.

⁴⁰ L.Q. 2009, c. 5.

⁴¹ CANADA, Chambre des communes, *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, notamment en ce qui concerne les entités de placements étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines dispositions de cette loi, et des lois connexes*, Projet de loi C-10 (ancien Projet de loi C-33, version du 29 octobre 2007).

devant le Sénat le 4 décembre 2007, mort au feuilleton et non représenté jusqu'à présent).

Le paragraphe 3 de l'article 71 du Projet de loi C-10 mentionnait alors ce qui suit :

« 3. Pour l'application du paragraphe 1 à une clause restrictive accordée par un contribuable avant le 9 novembre 2006, [...] »

e) le choix prévu au paragraphe 56.4(14) [...] est réputé être produit dans le délai imparti s'il est produit au plus tard 180 jours après la date de sanction de la présente loi (*donc du projet de loi C-10*). »

Toutefois, rien n'est prévu en ce qui concerne le délai qui sera accordé aux contribuables pour produire le choix prévu au paragraphe 56.4(14) L.I.R. proposé dans le cas où la clause est accordée après le 8 novembre 2006. Dans le cadre de l'harmonisation des dispositions de la *Loi sur les impôts* à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui concerne les clauses restrictives, le paragraphe 117(3) 5^o du Projet de loi 2 reprend la même formulation.

Questions à Revenu Québec

- 1) Suivant la formulation actuelle, il semble que les contribuables ayant accordé une clause restrictive après le 8 novembre 2006 ne bénéficient pas du même délai de 180 jours suivant le 15 mai 2009, date de la sanction du Projet de loi 2, pour produire leur choix aux termes de l'article 333.15 L.I. dans le cas où ce délai est plus tardif que les délais de production prévus à l'article 333.15 L.I.

Est-ce que cette position est exacte?

Par exemple, un contribuable ayant accordé une clause restrictive le 1^{er} décembre 2006 au cours de son année d'imposition se terminant le 31 décembre 2006 pourra-t-il produire le choix prévu à l'article 333.15 L.I. ou sera-t-il à l'extérieur des délais de production?

- 2) Dans le cas où la réponse à la question précédente est négative :

Puisque les dispositions relatives aux clauses restrictives n'ont pas encore été adoptées par le gouvernement fédéral, il est possible que des modifications soient apportées à ces dispositions, particulièrement en ce qui concerne les délais de production des choix prévus à l'article 56.4 L.I.R. proposé à la suite de la présentation d'un nouveau projet de loi.

Dans le cas où des modifications sont apportées à la loi de façon à accorder un délai suivant l'adoption des dispositions pour produire le choix prévu au paragraphe 56.4(14) (ou l'équivalent) L.I.R. en présence de toute clause restrictive, qu'elle soit accordée avant ou après le 9 novembre 2006, est-ce que Revenu Québec a l'intention de modifier les dispositions correspondantes et d'accorder le même délai aux contribuables pour produire leur choix aux fins de l'imposition du Québec?

Réponse

En vertu du sous-paragraphe 5 du paragraphe 3 de l'article 117 du chapitre 5 des lois de 2009 (Projet de loi 2, sanctionné le 15 mai 2009), seules les clauses restrictives accordées par un contribuable avant le 9 novembre 2006 peuvent bénéficier de l'extension de délai de 180 jours suivant le 15 mai 2009, prévue à ce sous-paragraphe, pour présenter un choix au ministre en vertu de l'article 333.15 L.I. Ainsi, un choix à l'égard d'une clause restrictive accordée après le 8 novembre 2006 ne bénéficiera pas de cette extension de délai et devra être présenté dans les délais prévus à l'article 333.15 L.I.

Il convient cependant de rappeler que le MFQ a, par le passé, annoncé que les règles fiscales sur les clauses restrictives seront harmonisées aux règles fédérales en la matière, qu'elles tiendront compte des changements qui pourront être apportés avant la sanction de toute loi fédérale et qu'elles seront applicables aux mêmes dates qu'elles le seront pour l'application de l'impôt fédéral⁴². Par conséquent, en conformité avec cette annonce, dans l'hypothèse où la loi fédérale comporterait une date d'application de l'extension de délai différente de celle prévue par le Projet de loi C-10 (c'est-à-dire autre que le 9 novembre 2006), une modification à la *Loi sur les impôts* serait proposée afin d'y substituer cette nouvelle date. Dans le même esprit, une modification à la *Loi sur les impôts* sera proposée subséquemment à la sanction de la loi fédérale afin que l'extension de délai pour présenter les choix fiscaux prévus à l'article 333.15 L.I. coïncide avec l'extension de délai prévue par la loi fédérale pour présenter les choix fiscaux en vertu de la disposition fédérale correspondante.

⁴² QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2003-7, « Modifications d'ordre technique visant à accroître l'intégrité et la cohérence du régime fiscal », 12 décembre 2003; QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2006-2007, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 23 mars 2006.

En terminant, il convient de noter qu'il n'existe pas encore, à ce jour, de formulaire prescrit fédéral ou québécois pour effectuer les choix fiscaux relatifs aux clauses restrictives. L'ARC exige la production d'une lettre type qui est mise à la disposition du public sur son site Internet. Pour sa part, Revenu Québec a pour politique d'accepter tout choix valablement effectué auprès de l'ARC selon cette procédure, pour autant qu'une copie de la lettre type acceptée par l'ARC lui soit transmise.

21. ADMISSIBILITÉ D'ENTREPRISES À DIVERS CRÉDITS D'IMPÔT

Plusieurs dossiers sont traités chaque année par Investissement Québec concernant l'admissibilité d'entreprises à divers crédits d'impôt. Existe-t-il un processus d'opposition ou d'appel à l'égard des décisions rendues par Investissement Québec?

Réponse

L'instauration de la loi cadre, annoncée par le MFQ dans le *Bulletin d'information* 2007-10 du 20 décembre 2007⁴³, prévoit une procédure uniforme de révision des décisions qui sont rendues par les organismes publics. Cette procédure de révision constitue un mécanisme en vertu duquel l'organisme public doit jeter un second regard sur la décision qu'il a rendue et la réviser à la lumière des paramètres non fiscaux qu'il a le mandat d'administrer. Le processus de révision n'est pas un processus contradictoire ayant lieu devant une tierce partie.

22. FRAIS DE FINANCEMENT REPORTÉS ET TAXE SUR LE CAPITAL

En vertu du paragraphe 57 du chapitre 3855 du *Manuel de l'ICCA*, les sociétés peuvent comptabiliser les frais de financement reportés reliés à une dette à long terme en diminution de celle-ci.

La convention comptable dans les états financiers est présentée comme suit :

Les frais d'émission pour l'octroi d'une dette à long terme sont comptabilisés en réduction de la dette à long terme et sont amortis suivant la

⁴³ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2007-10, « Bonification du crédit d'impôt pour services de production cinématographique et autres mesures fiscales », 20 décembre 2007.

méthode de l'amortissement linéaire sur la durée de la dette à long terme correspondante.

Par exemple, si une société a un solde d'emprunt de 40 M\$ à la fin de son exercice et des frais de financement reportés non amortis de 1 M\$, elle présentera une dette à long terme de 39 M\$ dans ses états financiers.

Quelle est la position de Revenu Québec concernant le montant à inclure dans le calcul du capital versé (39 M\$ ou 40 M\$) en considérant que la *Loi sur les impôts* fait référence aux PCGR?

Réponse

En fonction des seules informations mentionnées ci-dessus, nous sommes d'avis que le montant à inclure à l'égard du prêt en vertu du sous-paragraphe d) du paragraphe 1) de l'article 1136 L.I. sera de 39 M\$ dans la mesure où ce montant est conforme aux PCGR. Toutefois, il y a lieu de noter que si cette dette est relative à l'émission d'obligations, aucun montant ne pourra être déduit en vertu du paragraphe b) de l'article 1137 L.I.

23. DÉLAI ET TAUX DE RÈGLEMENT DES AVIS D'OPPOSITION

Question 23 a) – Délai d'opposition

- 1) Quel est le délai de traitement moyen des avis d'opposition en ce moment?
- 2) Revenu Québec est-il satisfait de ces délais et, le cas échéant, quelles mesures sont envisagées?

Question 23 b) – Taux de règlement des avis d'opposition

Revenu Québec dispose-t-il des statistiques suivantes à l'égard des avis d'opposition déposés par les contribuables :

- 1) Nombre de dossiers enregistrés annuellement?
- 2) Pourcentage des dossiers qui se terminent par un rejet, par une acceptation partielle et par une acceptation complète?
- 3) Pourcentage des dossiers rejetés ou acceptés partiellement qui sont devant la Cour du Québec?

Réponses

Question 23 a) – Délai d'opposition

1) Quel est le délai de traitement moyen des avis d'opposition en ce moment?

Objectif de la déclaration de services aux citoyens et aux entreprises :

- décisions en six mois ou moins dans 75 % des cas.

Objectif opérationnel :

- décisions en 12 mois ou moins dans 90 % des cas.

Mois Résultats	sur l'objectif de 75 % (6 mois ou moins)	Résultats sur l'objectif de 90 % (12 mois ou moins)
Juin 2009	83,7 %	91,9 %
Mai 2009	79,7 %	92,4 %
Avril 2009	75,6 %	95,1 %
Mars 2009	79,7 %	92,0 %
Février 2009	74,2 %	90,7 %
Janvier 2009	72,0 %	92,2 %
Décembre 2008	70,1 %	91,5 %
Novembre 2008	71,2 %	89,6 %
Octobre 2008	76,9 %	89,3 %
Septembre 2008	73,2 %	91,0 %
Août 2008	76,0 %	90,3 %
Juillet 2008	76,2 %	91,6 %
Taux moyen	75,7 %	91,5 %

2) Revenu Québec est-il satisfait de ces délais et, le cas échéant, quelles mesures sont envisagées?

Revenu Québec est très satisfait, compte tenu du niveau élevé des entrées, du volume des inventaires actuel et du personnel en place pour effectuer le travail.

Question 23 b) – Taux de règlement des avis d’opposition

Revenu Québec dispose-t-il des statistiques suivantes à l’égard des avis d’opposition logés par les contribuables :

1) Nombre de dossiers enregistrés annuellement?

Exercices financiers	Nombre de dossiers
2008-2009	12 000
2007-2008	11 948
2006-2007	12 785
2005-2006	10 920
2004-2005	11 752

2) Pourcentage des dossiers qui se terminent par un rejet, par une acceptation partielle et par une acceptation complète?

Les statistiques disponibles tiennent compte uniquement des cotisations maintenues (« rejets ») et des cotisations modifiées à la baisse. Quant à ces dernières, aucune statistique n’est tenue différenciant les « acceptations partielles » des « acceptations complètes ».

Exercices financiers	Pourcentage des cotisations maintenues (avec blocs)	Pourcentage des cotisations maintenues (sans blocs)
2008-2009	53,4 %	53,4 %
2007-2008	64,4 %	60,6 %
2006-2007	62,7 %	51,3 %
2005-2006	58,1 %	56,6 %
2004-2005	51,4 %	51,4 %

Parmi les dossiers terminés dans un exercice donné, peut se trouver un certain nombre de dossiers formant des blocs de dossiers semblables, d’où les pourcentages des décisions maintenues « avec » et « sans » les blocs de dossiers. À noter qu’en 2008-2009 et en 2004-2005, il n’y a pas eu de blocs significatifs parmi les dossiers terminés. Le taux de maintien des cotisations peut varier notamment en raison des faits additionnels ou nouveaux soumis par les opposants.

3) Pourcentage des dossiers rejetés ou acceptés partiellement qui sont devant la Cour du Québec?

Exercices financiers	Nombre de dossiers d'opposition terminés	Nombre de dossiers en appel devant les tribunaux (*)	Pourcentage Dossiers en appel
2008-2009	12 686	1 169	9,2 %
2007-2008	13 741	1 207	8,8 %
2006-2007	16 043	1 123	7,0 %
2005-2006	10 125	908	9,0 %
2004-2005	8 088	959	11,9 %

* Total de dossiers en appel (y compris en appel sommaire), toutes lois confondues.

24. DIVULGATION VOLONTAIRE

Certains praticiens ont constaté une diminution du volume des divulgations volontaires depuis que le gouvernement fédéral a modifié sa politique.

Est-ce que Revenu Québec a constaté cette diminution?

Revenu Québec dispose-t-il de statistiques à cet égard, par exemple pour comparer les résultats de la dernière année avec ceux des années précédentes?

Si oui, Revenu Québec peut-il fournir ces statistiques, en les regroupant, si possible, selon les catégories suivantes :

- dossiers ouverts *versus* dossiers complétés;
- dossiers de TPS/TVQ *versus* dossiers d'impôt sur le revenu (avec possiblement volet de TPS/TVQ);
- pour chaque catégorie, nombre de dossiers en cause et argent récupéré.

Réponse

Pour la période du 1^{er} avril 2007 au 31 mars 2008, Revenu Québec a traité 426 dossiers de divulgation volontaire représentant des cotisations en droits et intérêts de 31,2 M\$ selon les lois provinciales et 41 dossiers en TPS représentant des cotisations en droits et intérêts de 2,7 M\$.

Pour la période du 1^{er} avril 2008 au 31 mars 2009, Revenu Québec a traité 476 dossiers de divulgation volontaire représentant des cotisations en droits et intérêts de 37 M\$ selon les lois provinciales et 242 dossiers en TPS représentant des cotisations en droits et intérêts de 15,2 M\$.

25. EMPLOYÉ À L'ÉTRANGER ET ÉMISSION DE FEUILLETS

Un nombre croissant d'entreprises québécoises ont parmi leurs employés des individus québécois qui travaillent à l'étranger, notamment aux fins de démarcher de nouvelles occasions d'affaires. Plusieurs quittent la province pour une période prolongée et cessent de résider, au sens fiscal du terme, au Québec. Bien que résidant à l'étranger, ces individus peuvent, à l'occasion, travailler au Québec. Il est fréquent que ces employés viennent assister à des réunions au Québec ou doivent y séjourner pour de courtes périodes à des fins d'affaires.

Dans la majorité des cas, le lien d'emploi demeure avec l'employeur du Québec et la rémunération est fréquemment versée à partir d'un établissement situé au Québec.

Dans la mesure où l'employé n'a pas à se présenter à un établissement de l'employeur au Québec ou ne le fait qu'en de rares occasions (par exemple, réunion au siège social québécois), celui-ci a-t-il l'obligation d'émettre un Relevé 1 et, le cas échéant, ce relevé doit-il indiquer le revenu de l'employé pour toute l'année ou simplement celui afférent aux jours travaillés au Québec? Dans la mesure où seuls les jours travaillés au Québec doivent être considérés, quelle est la responsabilité de l'employeur dans la détermination de ceux-ci?

Réponse

Si l'employé n'est pas requis de se présenter au travail à un établissement de l'employeur, mais qu'il est payé à partir d'un établissement de l'employeur situé au Québec, l'employeur a l'obligation de produire un Relevé 1 à l'égard des traitements, salaires et autres rémunérations versés à son employé durant toute l'année.

Si l'employé se présente au travail uniquement à un établissement de l'employeur situé à l'extérieur du Québec, l'employeur n'a pas à produire de Relevé 1 pour cet employé.

Si l'employé se présente au travail à un établissement de l'employeur situé à l'extérieur du Québec et à un établissement de l'employeur situé au

Québec, peu importe à quelle fréquence, l'employeur doit produire un Relevé 1 à l'égard des traitements, salaires et autres rémunérations attribuables aux périodes de l'année où l'employé s'est présenté à l'établissement de l'employeur situé au Québec.

La question de savoir si un employé se présente à un établissement de l'employeur est une question de fait qui doit être appréciée en fonction des particularités propres à chaque situation. Il appartient à l'employeur d'effectuer une telle détermination des faits. Cependant, cette détermination pourra ultérieurement faire l'objet d'une révision par Revenu Québec.

26. DÉDUCTION POUR RISTOURNES ET PERTE AUTRE QU'UNE PERTE EN CAPITAL

L'article 726.28 L.I. prévoit, dans le calcul du revenu imposable, la déduction d'une ristourne reçue sous la forme d'une part privilégiée. De plus, l'article 726.29 L.I. prévoit, toujours dans le calcul du revenu imposable, l'inclusion de la ristourne déduite en vertu de l'article 726.28 L.I., lorsque la part privilégiée relative à cette ristourne est aliénée.

L'article 728 L.I., quant à lui, définit l'expression « perte autre qu'une perte en capital ». Selon cette définition, certains éléments seulement, faisant partie du calcul du revenu imposable, sont spécifiquement pris en compte dans le calcul de la perte autre qu'une perte en capital. Cet article ne fait pas référence à la déduction prévue à l'article 726.28 L.I. et à l'inclusion prévue à l'article 726.29 L.I.

- A) Dans le cas où une société aurait, au cours d'une même année d'imposition, une perte nette de 10 000 \$ et demanderait une déduction pour ristournes, selon l'article 726.28 L.I., de 10 000 \$ (aucun autre élément dans le calcul du revenu imposable), à combien se chiffrerait la perte autre qu'une perte en capital de cette année d'imposition? Tiendrait-elle compte de la déduction pour ristournes?
- B) Dans le cas où une société aurait, au cours d'une même année d'imposition, une perte nette de 10 000 \$ et devrait inclure une ristourne déduite dans les années antérieures, selon l'article 726.29 L.I., de 10 000 \$ (aucun autre élément dans le calcul du revenu imposable), à combien se chiffrerait la perte autre qu'une perte en capital de cette année d'imposition? Tiendrait-elle compte de l'inclusion de la ristourne?

Réponses

- A) La déduction pour ristournes prévue à l'article 726.28 L.I. n'entre pas dans le « calcul de l'excédent » prévu à l'article 728.0.1 L.I. aux fins d'établir la perte autre qu'une perte en capital d'un contribuable. Donc, la perte autre qu'une perte en capital de cette année d'imposition se chifferrait à 10 000 \$ et ce calcul ne tiendrait pas compte de la déduction pour ristournes. Ainsi, considérant que la société ne peut profiter de la déduction pour ristournes puisque son revenu imposable est nul, il serait alors préférable qu'elle ne demande pas cette déduction dans l'année. Ainsi, lors de l'aliénation dans une année subséquente de cette part privilégiée, la société n'aura pas à inclure cette ristourne dans le calcul de son revenu imposable pour cette année puisque la ristourne n'avait pas été déduite en vertu de l'article 726.28 L.I.
- B) L'inclusion d'un montant prévu à l'article 726.29 L.I. dans une année d'imposition ne modifie pas le calcul de la perte autre qu'une perte en capital pour cette année. Techniquement, à l'égard de la situation B), le contribuable aurait à la fois une perte autre qu'une perte en capital de 10 000 \$ et un revenu imposable de 10 000 \$ pour la même année d'imposition. La législation ne permet pas de déduire dans le calcul du revenu imposable pour une année une perte autre qu'une perte en capital subie dans cette même année (art. 727 L.I.). Nous croyons que ce résultat n'est pas souhaitable et une modification technique sera proposée à la législation afin que dans une situation semblable la perte autre qu'une perte en capital puisse être réduite, si le contribuable fait un choix dans ce sens, du montant qui aurait dû être inclus dans le calcul du revenu imposable.

Commentaire du ministère des Finances concernant la question 26 B)

La position énoncée par Revenu Québec selon laquelle le résultat actuel n'est pas souhaitable et la modification technique qui sera proposée à la législation dans le but de permettre un résultat plus approprié sont conformes à la politique fiscale annoncée par le ministère des Finances concernant la déduction pour ristournes.

27. ÉTABLISSEMENT AU QUÉBEC ET À L'EXTÉRIEUR DU QUÉBEC

Une société admissible au CDAÉ possède un établissement au Québec ainsi qu'un autre à l'extérieur du Québec. De façon sommaire, le crédit est calculé sur la base du salaire versé à un employé admissible.

- 1) Comment procédera (critères et méthode) Investissement Québec pour déterminer l'admissibilité de la dépense reliée au salaire de l'employé d'une société réalisant des activités hors Québec dans les cas suivants :
 - a) un employé travaille à un bureau au Québec, mais réalise des activités à l'extérieur du Québec;
 - b) un employé travaille à un bureau hors Québec, mais réalise des activités au Québec;
 - c) dans l'un ou l'autre de ces scénarios, le lieu de résidence de l'employé influe-t-il la qualification d'un employé à titre d'employé admissible?

Réponses d'Investissement Québec

Pour obtenir un crédit d'impôt à l'égard d'un employé admissible à une mesure fiscale gérée en partie par Investissement Québec, la société admissible doit respecter certains critères qui relèvent de la compétence d'Investissement Québec et certains critères qui relèvent de la compétence de Revenu Québec.

Lorsque les critères d'admissibilité d'une mesure fiscale exigent qu'un employé soit rattaché à un établissement de la société situé à un endroit donné (par exemple, la province de Québec ou une région administrative du Québec), ce sont les règles de rattachement prévues dans la *Loi sur les impôts* qui s'appliquent et ces règles relèvent de la compétence de Revenu Québec.

L'obtention d'une attestation d'admissibilité délivrée par Investissement Québec à l'égard d'un employé ne libère pas la société de son obligation de respecter, le cas échéant, les autres critères d'admissibilité prévus dans la *Loi sur les impôts* et qui relèvent de la compétence de Revenu Québec.

L'attestation d'admissibilité délivrée par Investissement Québec à l'égard d'un employé certifie que les critères d'admissibilité qui relèvent de la compétence d'Investissement Québec sont respectés. Tel qu'il est annoncé dans le *Bulletin d'information* 2007-10, publié le 20 décembre 2007⁴⁴, les paramètres non fiscaux des mesures fiscales incitatives qui impliquent la

⁴⁴ *Id.*

participation d'un organisme public autre que Revenu Québec seront regroupés prochainement dans une loi cadre.

Pour terminer, Investissement Québec considère que le lieu de résidence de l'employé n'a généralement aucune incidence sur le respect des critères d'admissibilité à un crédit d'impôt relevant de sa compétence.

Réponses de Revenu Québec

Tout comme le CDAÉ, certains crédits d'impôt prévoient qu'un employé admissible doit se présenter à un établissement de la société qui est situé au Québec. Le cas échéant, la détermination de l'admissibilité de cet employé au regard de son rattachement à un tel établissement relève de Revenu Québec.

Dans le cadre du CDAÉ, lorsqu'un employé se présente au travail, au cours d'une partie ou de la totalité d'une année d'imposition, à un établissement d'une société admissible situé au Québec ainsi qu'à un établissement de celle-ci situé à l'extérieur du Québec, le deuxième alinéa de l'article 1029.8.36.0.3.79 L.I. prévoit certaines présomptions pour l'application de la définition de l'expression « employé admissible ».

Ainsi, un tel employé est réputé pour cette période :

- i) sauf si le sous-paragraphe ii) s'applique, ne se présenter au travail qu'à cet établissement situé au Québec;
- ii) ne se présenter au travail qu'à cet établissement situé à l'extérieur du Québec lorsque, au cours de cette période, il se présente au travail principalement à un tel établissement de la société.

Toujours selon ce même deuxième alinéa, dans l'éventualité où, au cours d'une partie ou de la totalité d'une année d'imposition, un employé n'est pas requis de se présenter au travail à un établissement d'une société admissible et que son salaire, relativement à cette période, est versé d'un tel établissement situé au Québec, l'employé est réputé se présenter au travail à cet établissement si les tâches qu'il accomplit au cours de cette période le sont principalement au Québec.

Mentionnons que ces règles relatives au rattachement à un établissement ne sont pas identiques à celles qui sont utilisées par Revenu Québec pour l'assujettissement aux retenues à la source et à la préparation du Relevé 1.

Finalement, le fait que cet employé ne réside pas au Québec n'est pas pertinent aux fins de déterminer si celui-ci se présente ou non à un établissement situé au Québec.

28. CRÉDIT D'IMPÔT À LA RÉNOVATION

Les gouvernements du Québec et du Canada ont annoncé des mesures fiscales visant à encourager la rénovation domiciliaire, à savoir un crédit d'impôt pour les particuliers admissibles. Pour les praticiens de la fiscalité, ces crédits comportent au départ certaines complexités associées aux différences notables entre les règles fédérales et provinciales, lesquelles s'ajouteront aux défis posés par ce qui est couramment appelé la « saison d'impôt des particuliers ».

Revenu Québec entend-il mettre de l'avant des mesures visant à encourager des coûts d'observance de ce crédit d'impôt qui soient les moins élevés possible (par exemple, formulaire simplifié, lignes directrices, politique souple à l'égard des pièces justificatives, etc.).

Réponse

Le formulaire sera conforme à la politique fiscale établie par le MFQ à l'égard du crédit d'impôt pour la rénovation et l'amélioration résidentielles. En ce qui concerne les pièces justificatives, le contribuable n'aura pas à les fournir avec le formulaire, mais elles devront être conservées aux fins de vérifications ultérieures par Revenu Québec. À cet égard, le délai qui sera applicable à la conservation de ces pièces justificatives sera soumis à la règle générale selon laquelle quiconque doit tenir des registres doit les conserver, ainsi que toute pièce à l'appui des renseignements qu'ils contiennent, pendant six ans après la dernière année à laquelle ils se rapportent.

29. CRÉDIT D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT ET CRÉDIT DE TAXE SUR LE CAPITAL POUR INVESTISSEMENT

Mise en situation :

Une société en commandite (ci-après « SEC ») exploitant une entreprise au Québec acquiert des biens se qualifiant d'investissements admissibles donnant droit à l'un ou l'autre des crédits d'impôt suivants :

- CII;
- crédit de taxe sur le capital pour investissement.

La fin de l'exercice financier de cette SEC est le 31 octobre. La fin d'année d'imposition des commanditaires est le 31 décembre.

Chaque année, la SEC attribue à chacun de ses commanditaires les crédits d'impôt auxquels ils ont droit, en fonction de leur part, et indique un montant à cet égard sur le Relevé 15. Les commanditaires réclament les crédits dans leur déclaration de revenus pour une année d'imposition selon le Relevé 15 reçu de la SEC pour l'exercice terminé le 31 octobre de la même année.

Notre compréhension, basée sur l'article 101.4 L.I., est que la SEC doit réduire sa partie non amortie du coût en capital (ci-après « PNACC ») lorsque le commanditaire a reçu ou qu'il est en droit de recevoir le crédit. Cependant, en date du 31 octobre, la SEC n'est pas en mesure de savoir si les commanditaires utiliseront ou se verront rembourser les crédits d'impôt visés.

- A) Au cours de quel exercice la SEC doit-elle procéder à la réduction de ses PNACC compte tenu du fait qu'au 31 octobre, la SEC n'est pas en mesure de savoir si les commanditaires utiliseront les crédits visés? Si c'est pendant l'année en cours, la SEC doit-elle procéder à une déclaration modifiée et revoir le revenu net attribué à chacun de ses commanditaires lorsque le montant de chacun des commanditaires est connu?
- B) La réduction des PNACC au niveau de la SEC entraîne nécessairement une rétroaction des commanditaires quant au montant utilisé ou remboursé dans l'année. Comment gérer le tout lorsqu'il y a des centaines, voire des milliers de commanditaires?
- C) Les Formulaires actuels (CO-1139 et CO-1029.8.36.IN) sont conçus de façon que le commanditaire doive, lors de la réclamation du crédit, faire une brève description des biens et indiquer la totalité des investissements admissibles réalisés par la SEC. Par la suite, le commanditaire indique sa quote-part de l'investissement admissible. Les commanditaires, particulièrement ceux ayant un faible pourcentage des parts n'ont pas accès à ces informations. Ils n'ont que le montant indiqué sur le Relevé 15.

Comment doivent s'y prendre les commanditaires pour réclamer les crédits lorsqu'ils n'ont que le montant du Relevé 15? Est-ce que le Relevé 15 sera accepté comme pièce justificative lors d'une vérification par Revenu Québec du crédit réclamé par le commanditaire? Est-ce que

Revenu Québec envisage de modifier les Formulaires (CO-1139 et CO-1029.8.36IN) afin que le commanditaire puisse inscrire seulement sa quote-part du crédit ou envisage-t-il de modifier le Relevé 15 afin que la SEC soit tenue de fournir l'ensemble des informations requises afin que le commanditaire puisse réclamer le crédit?

D) Quel est le délai pour demander les crédits? Est-ce que la règle des 18 mois s'applique ou s'agit-il du délai de prescription?

Réponses

A) Conformément à l'article 101.4 L.I., pour l'application de l'article 101 L.I., soit dans le but d'établir le coût en capital d'un bien, tant le crédit de taxe sur le capital que le crédit à l'investissement est réputé avoir été reçu par la SEC et ainsi, il réduit le coût en capital du bien acquis par la SEC et par le fait même, la PNACC de la catégorie dans laquelle se trouve le bien acquis par la SEC.

Cette réduction du coût en capital du bien a lieu au moment où le commanditaire a reçu ou est en droit de recevoir le crédit. Ainsi, relativement à la situation présentée, le commanditaire est en droit de recevoir un crédit lorsqu'il a rempli toutes les obligations et conditions rattachées à ce crédit, soit à la fin de l'année d'imposition où il réclame un crédit (incluant le CII reporté rétrospectivement). L'article 101.4 L.I. mentionne que la SEC est réputée avoir reçu le crédit à ce moment, soit au 31 décembre. Ainsi, la SEC est réputée avoir reçu le crédit dans l'exercice financier suivant celui où elle a acquis le bien et c'est dans cet exercice financier que la SEC doit réduire le coût en capital du bien et conséquemment la PNACC. Nous sommes d'avis que toute partie d'un crédit qui est reportée par un des commanditaires à une année subséquente devra réduire le coût en capital du bien et, conséquemment la PNACC, de la SEC dans l'exercice financier de celle-ci, qui comprend la fin de l'année d'imposition où le crédit de taxe sur le capital sera déduit dans le calcul de la taxe sur le capital ou qu'un report du crédit à l'investissement sera demandé par le commanditaire.

B) La SEC devra mettre en place des procédures afin d'obtenir l'information auprès des commanditaires.

C) Actuellement, sur la base des informations apparaissant sur le Relevé 15, il est difficile, voire impossible, d'accepter comme pièce justificative uniquement ce relevé.

Afin de permettre la réclamation d'un crédit par ses membres, qui sont des sociétés, il est de la responsabilité de la SEC de fournir à chacun d'eux les informations requises permettant la réclamation d'un crédit. Revenu Québec n'envisage pas de modifier l'un ou l'autre des Formulaire CO-1139 ou CO-1029.8.36.IN afin que le commanditaire puisse inscrire seulement sa quote-part du crédit. Revenu Québec envisage plutôt la possibilité de modifier les informations requises sur le Relevé 15.

- D) En ce qui a trait au délai pour réclamer le CII, l'article 1029.6.0.1.2 L.I. s'applique. Ainsi, cette disposition fait en sorte qu'une société commanditaire de la SEC dispose d'un délai de 12 mois suivant la date d'échéance de production applicable à une année d'imposition dans laquelle l'exercice financier de la SEC s'est terminé et dans lequel la SEC a engagé des frais admissibles pour présenter sa réclamation. Dans la situation où la société commanditaire utilise dans une année subséquente une partie inutilisée du crédit d'impôt, ce délai de 12 mois de l'article 1029.6.0.1.2 L.I. s'appliquera à compter de la date d'échéance de production de l'année d'imposition où ce montant ou une partie de ce montant doit être utilisé.

L'article 1029.6.0.1.2 L.I. ne s'applique pas au crédit de taxe sur le capital. Par conséquent, une société commanditaire de la SEC qui aurait omis de faire la réclamation de ce crédit lors de la production de sa déclaration originale pourra le réclamer en produisant une demande de modification de sa déclaration fiscale dans le délai à l'intérieur duquel le ministre peut faire une nouvelle cotisation conformément aux sous-paragraphes a) et a.1) du paragraphe 2) de l'article 1010 L.I.

30. ACCÈS AU DOSSIER DU CONTRIBUABLE

Les pouvoirs dont disposent les autorités fiscales fédérales et provinciales pour obtenir des informations ou des renseignements détaillés sur un contribuable sont nombreux et importants, et ce, tel que la jurisprudence l'a démontré amplement au cours des dernières années. Cela étant dit, le réel pouvoir d'un contribuable d'accéder à des informations sur son « dossier fiscal » réside dans l'article 69.0.0.2 L.M.R. qui précise clairement ceci :

« **69.0.0.2.** Toute personne a le droit d'être informée de l'existence, dans son dossier fiscal, de tout renseignement qui la concerne, d'en recevoir communication et de consulter tout document contenant un tel renseignement. »
(Notre soulignement)

L'accès d'un contribuable (ou de son représentant) à son dossier fiscal, y compris le droit de bien comprendre les raisons et motifs exacts pour lesquels il a été cotisé sur un revenu additionnel ou encore pourquoi une déduction ou un crédit lui a été refusé est fondamental et essentiel. Or, nous avons noté à maintes reprises dans les dernières années que bien qu'une telle demande d'accès au dossier fiscal du contribuable pour obtenir des renseignements importants ait été effectuée à l'étape du dépôt d'un avis d'opposition, des difficultés se présentent. Dans certains cas, aucune information n'est transmise (bref, la demande est ignorée). Dans d'autres cas, des représentants de Revenu Québec évoquent des frais (sans en préciser la nature ou le montant) ou des délais impossibles à préciser dans le temps. Dans de plus rares cas, il a fallu intervenir auprès de personnes de plus haut niveau à Revenu Québec pour obtenir les informations demandées. En d'autres mots, on semble rendre complexes, à Revenu Québec, les démarches en vue d'obtenir ce qui est légitime, important et clairement prévu dans la *Loi sur le ministère du Revenu*.

Quelles démarches entend prendre la direction de Revenu Québec pour que les contribuables obtiennent satisfaction complète lors d'une demande d'information afin que les « règles du jeu » soient comparables à celles applicables lorsque c'est plutôt Revenu Québec qui initie une telle demande auprès d'un contribuable?

Réponse

Afin de permettre l'accès au dossier fiscal d'une personne, Revenu Québec préfère que le demandeur s'adresse directement à la personne susceptible de détenir l'information requise. Par exemple, le rapport de vérification sera demandé au vérificateur ou encore le mémoire d'opposition à l'agent d'opposition.

Cependant, lorsqu'une personne s'est vu refuser l'accès qu'elle estime légitime à un renseignement ou à un document, elle peut formuler une demande d'accès afin de s'assurer d'un droit de recours en révision devant la Commission d'accès à l'information. La demande d'accès se distingue par son caractère formel, elle est écrite et adressée au responsable de l'accès ou elle invoque la loi en appui à la demande. Une décision est rendue par le responsable dans les délais prévus par la loi (20 ou 30 jours).

Les directions générales ont désigné un conseiller en accès afin d'apporter un soutien aux employés de leur direction qui reçoivent des demandes d'accès de leur clientèle.

Revenu Québec a pris des mesures concrètes afin de diffuser cette information à l'ensemble de son personnel susceptible de recevoir de telles demandes, à savoir :

- un cadre normatif concernant l'accès à l'information;
- un guide administratif pour le traitement des demandes d'information ou d'accès;
- une table de concertation, où les conseillers et le responsable adjoint se réunissent deux fois par année, afin d'uniformiser le traitement des demandes d'accès en vue d'améliorer le service à la clientèle;
- des rappels lors de réunions d'équipe.

Des vérifications ont été faites auprès des diverses directions impliquées dans ce genre de demandes et toutes mentionnent que leur personnel est sensibilisé à ces mesures concernant l'accès à l'information.

31. FUSION ET NUMÉROS D'INSCRIPTION – MISE À JOUR

Lors de la Table ronde sur la fiscalité provinciale du Congrès 2008 de l'APFF⁴⁵, Revenu Québec était questionné concernant la possibilité de conserver les numéros d'identification de l'une ou l'autre des sociétés remplacées lors d'une fusion.

La réponse de Revenu Québec indiquait que, depuis la prise en charge de la déclaration annuelle au registre des entreprises, Revenu Québec traitait majoritairement les fusions comme le registre des entreprises les avait traitées afin de s'acquitter adéquatement du jumelage de la déclaration annuelle et de la déclaration de revenus, plus particulièrement de la cotisation du droit d'immatriculation. Ainsi, dans le cas où une fusion était dite « ordinaire », le registre des entreprises attribuait un nouveau numéro d'entreprise du Québec (ci-après « NEQ »); Revenu Québec attribuait donc un nouveau numéro d'identification à la société résultante. Dans le cas où la fusion était dite « simplifiée », le NEQ d'une société fusionnée était conservé par le registre des entreprises; Revenu Québec pouvait donc dans ce cas conserver le numéro d'identification d'une société fusionnée. Les systèmes de Revenu Québec devaient toutefois être modifiés en novembre

⁴⁵ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », *op. cit.*, note 26.

2008 pour bonifier le traitement du jumelage des déclarations et la décision de conserver les identifiants d'une société fusionnée, en présence d'une fusion ordinaire, devait alors être reconsidérée.

Dans le cas d'une fusion dite « ordinaire », est-il maintenant possible pour la société issue de la fusion de conserver le numéro d'identification d'une société fusionnée?

Réponse

Le 7 novembre 2008, une amélioration a été apportée aux systèmes de Revenu Québec afin de bonifier le traitement du jumelage des déclarations. Il est désormais possible pour une société issue d'une fusion de conserver le numéro d'identification d'une société que l'on a fusionné, et ce, sans causer de problème à la cotisation du droit d'immatriculation.

32. CRÉDIT POUR SERVICES D'ADAPTATION TECHNOLOGIQUE VERSUS CRÉDIT POUR LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL OFFERT PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Une dépense peut-elle se qualifier à titre de dépense admissible aux fins de l'application du crédit d'impôt remboursable pour services d'adaptation technologique prévu aux articles 1029.8.21.17 et suivants L.I. lorsqu'une telle dépense est admissible aux fins du crédit d'impôt pour la recherche scientifique et le développement expérimental (ci-après « RS & DE ») offert par le gouvernement fédéral?

Réponse

À cet égard, il convient de rappeler que le crédit d'impôt remboursable pour services d'adaptation technologique, propre à la législation fiscale québécoise, a été instauré à l'occasion du Budget de mars 1999⁴⁶ pour aider les entreprises à préciser leurs besoins, pour faciliter la mise en relation et la communication entre les intervenants, ainsi que pour accompagner les entreprises dans les étapes de réalisation de leur projet d'innovation.

Plus particulièrement, pour l'application de la définition de l'expression « service de liaison et de transfert admissible » prévue au premier alinéa de l'article 1029.8.21.17 L.I., l'article 1029.8.21.17R4 R.I. prévoit diverses

⁴⁶ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1999-2000, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 9 mars 1999.

dépenses admissibles pouvant être engagées par la société admissible au cours de son année d'imposition auprès d'un centre de liaison et de transfert admissible ou d'un centre collégial de transfert de technologie admissible, selon le cas.

Ces dépenses admissibles sont le repérage et le courtage de résultats de recherche, l'évaluation des besoins des entreprises, la mise en relation d'intervenants, la réalisation d'études de faisabilité technique et d'évaluation du potentiel commercial de projets d'innovation, l'accompagnement d'entreprises dans les étapes de réalisation de projets d'innovation ainsi que les tests d'homologation de logiciels.

En second lieu, dans un contexte d'harmonisation de la notion de dépenses admissibles de RS & DE aux différentes mesures fédérales qui furent intégrées à la législation et à la réglementation fiscales fédérales au fil des ans, la définition de l'expression « recherches scientifiques et développement expérimental », prévue au paragraphe 2) de l'article 222 L.I., désigne notamment :

« [...] une recherche systématique d'ordre technique ou scientifique au moyen :

soit de la recherche pure ou appliquée effectuée pour l'avancement de la science;

soit du développement expérimental effectué dans l'intérêt du progrès technologique en vue de la création de nouveaux matériaux, produits, dispositifs ou procédés ou de l'amélioration, même légère, de ceux qui existent. »

De plus, le paragraphe 4) de l'article 222 L.I. exclut spécifiquement certains travaux pour l'application de la définition de l'expression « recherches scientifiques et développement expérimental »; il s'agit des travaux qui se rattachent à l'une des activités suivantes :

- a) l'étude du marché ou la promotion des ventes;
- b) le contrôle de la qualité ou la vérification courante des matériaux, produits, dispositifs ou procédés;
- c) la recherche dans le domaine des sciences sociales ou des humanités;
- d) la prospection, l'exploration ou le forage pour des minéraux, du pétrole ou du gaz naturel ou la production de ceux-ci;

- e) la production commerciale d'un matériau, d'un produit ou d'un dispositif nouveau ou amélioré ou l'utilisation commerciale d'un procédé nouveau ou amélioré;
- f) les modifications de style;
- g) la collecte courante de données.

Ainsi, à la lumière de définitions divergentes, nous ne pouvons, de manière générale, cautionner une interprétation qui impliquerait un parallélisme entre une dépense donnée pouvant se qualifier à titre de dépense admissible pour l'application du crédit d'impôt remboursable pour services d'adaptation technologique prévu aux articles 1029.8.21.17 et suivants L.I. et une dépense admissible à l'égard de RS & DE effectuées dans le cadre d'un contrat de recherche admissible prévu aux articles 1029.8.1 et suivants L.I.

De manière corollaire, à la lumière des définitions dont il est précédemment fait mention, bien que chaque cas doive être examiné selon les faits qui lui sont propres, nous sommes d'opinion qu'un encouragement fiscal prévu à titre de dépense admissible aux fins du crédit pour la RS & DE ne peut donner ouverture au sein d'un même contrat à un choix entre le crédit d'impôt pour la recherche et le développement effectué par un centre de recherche public admissible et le crédit pour services d'adaptation technologique.

33. BUDGET 2009-2010 – SIMPLIFICATION DE LA PROCÉDURE RELATIVE À L'INSCRIPTION D'UNE ACTION VALIDE SUR LA LISTE DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS

À la suite de l'introduction de la politique fiscale visant la simplification de la procédure relative à l'inscription d'une action valide sur la liste de l'Autorité des marchés financiers (ci-après « AMF ») dans le cadre du Budget du 19 mars 2009, la production du formulaire prescrit « Demande d'inscription d'une action valide sur la liste de l'AMF » est-elle suffisante afin d'obtenir une réponse favorable de Revenu Québec visant à reconnaître l'admissibilité d'une catégorie d'actions concernée d'une société à la liste de l'AMF?

Réponse

Revenu Québec doit recueillir les renseignements pertinents afin de respecter les obligations du régime d'épargne-actions II. Ces renseignements, tels qu'ils sont précisés au Budget du 19 mars 2009 et

réitérés aux lignes directrices du Formulaire prescrit « Demande d'inscription d'une action valide sur la liste de l'AMF » (CO-965.MF), comprennent notamment la description du capital-actions de la société désirant obtenir l'inscription d'une action valide à la liste de l'AMF ainsi que ses états financiers consolidés et non consolidés pour le dernier exercice financier terminé avant la date de la demande.

En conséquence, en l'absence de présentation des documents mentionnés ci-dessus, la seule production du Formulaire prescrit CO-965.MF ne permettra pas à Revenu Québec de communiquer à l'AMF le nom de la société et la désignation de la catégorie d'actions du capital-actions constituant des actions valides.

34. GAIN EN CAPITAL VERSUS REVENU D'ENTREPRISE

Le débat gain en capital *versus* revenu d'entreprise n'est certes pas nouveau et a déjà fait couler son lot d'encre fiscale. Au cours des derniers mois, de nombreux contribuables corporatifs (sociétés de gestion) ont vu le traitement du gain réalisé à la suite de la disposition d'actifs financiers, telles des actions cotées en Bourse, remis en cause par Revenu Québec. Cette remise en cause s'effectuait par le biais de lettres types adressées aux contribuables et semblait viser un grand nombre de contribuables.

Revenu Québec a-t-il modifié son approche en matière d'interprétation de la détermination de la nature du gain réalisé par une société de gestion ou un particulier à la disposition d'actifs financiers? Aussi, a-t-il modifié son approche de vérification?

Réponse

Généralement, lorsqu'une personne se livre de façon habituelle à des activités pouvant lui rapporter un profit, cette personne fait des affaires ou exploite une entreprise, même si ces activités sont différentes et distinctes de ses occupations ordinaires. Lorsqu'une telle activité est poursuivie de façon peu fréquente, ou même une seule fois, plutôt qu'habituellement, il est aussi possible de soutenir que cette personne se livre à une transaction commerciale si, selon la définition du mot « entreprise », il peut être démontré qu'elle est engagée dans « un projet comportant un risque ou une affaire à caractère commercial » et que la perte ou le profit qui en résulte doit être traité comme un revenu provenant d'une entreprise.

La *Loi sur les impôts* ne précise pas dans quelles circonstances une perte ou un gain provenant de l'aliénation d'un bien doit être considéré comme

étant un revenu ou une perte d'entreprise ou comme un gain ou une perte en capital. Cependant, les tribunaux ont établi certains critères pour déterminer si une transaction constitue un projet comportant un risque ou une affaire à caractère commercial.

Les critères que Revenu Québec utilise dans son approche sont les mêmes que ceux retenus par les tribunaux, à savoir :

- l'intention du contribuable au moment de l'achat;
- l'objet de la transaction relative à l'activité habituelle du contribuable;
- la durée de possession du bien avant l'aliénation;
- le nombre et la fréquence des transactions similaires;
- l'attitude générale du contribuable (but de la société);
- les circonstances entourant l'aliénation;
- le caractère commercial ou non de l'initiative.

Aucun de ces points n'est un facteur concluant en soi et leur importance dans la distinction du genre de profit en cause dépend des circonstances entourant chaque cas. Revenu Québec n'a pas modifié son approche en matière d'interprétation de la détermination de la nature du gain réalisé par une société de gestion ou un particulier à la disposition d'actifs financiers. Le *Bulletin d'interprétation* IMP.232-1, « Distinction entre un gain en capital et un revenu provenant d'une entreprise »⁴⁷, qui établit les critères mentionnés ci-dessus, est toujours en vigueur, et ce, depuis le 28 février 1994.

Revenu Québec n'a pas, non plus, modifié son approche de vérification en cette matière.

⁴⁷ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP.232-1, « Distinction entre un gain en capital et un revenu provenant d'une entreprise », 28 février 1994.

35. IMPACT DES MODIFICATIONS AUX PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS : INTRODUCTION DU CHAPITRE 3031 DU MANUEL DE L'ICCA (« STOCKS »)

- Évaluation au moindre du coût et de la valeur nette de réalisation (ci-après « VNR »)

Malgré l'absence d'indication précise en ce sens dans l'ancien chapitre 3030, la plupart des entreprises évaluaient leurs stocks au moindre du coût et de la valeur du marché (ci-après « VM »). Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-473R de l'ARC du 21 décembre 1998⁴⁸, on précise que la méthode servant à déterminer la JVM aux fins de l'impôt sur le revenu devrait normalement être la même que celle qui sert à déterminer la VM pour l'établissement des états financiers qui, selon le dictionnaire de la comptabilité, correspond soit :

- au coût de remplacement;
- à la valeur de réalisation nette;
- à la valeur de réalisation nette réduite de la marge de profit normale.

Le nouveau chapitre 3031 exige que les stocks soient évalués au plus faible du coût et de la VNR. La VNR correspond au prix de vente estimé dans le cours normal des activités, diminué des coûts estimés pour réaliser la vente.

Or, si la méthode d'évaluation choisie par l'entreprise pour déterminer la VM était par exemple celle du coût de remplacement, l'introduction du nouveau chapitre 3031 entraînera peut-être un ajustement aux états financiers pour refléter l'écart entre le coût de remplacement et la VNR, si écart il y a.

Aux fins fiscales, l'article 83 L.I. (art. 10 L.I.R.) prévoit que le stock d'une entreprise qui ne constitue pas un « projet comportant un risque ou une affaire à caractère commercial » peut être évalué au moindre du coût d'acquisition et de la JVM pour chacun des articles, et l'article 83R2 R.I.

⁴⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-473R, « Évaluation des biens figurant à un inventaire », 21 décembre 1998.

(art. 1802 R.I.R.) prévoit que tous les biens peuvent être évalués à leur JVM.

- Disposition transitoire

Le chapitre 3031 s'applique aux états financiers intermédiaires et annuels des exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2008. Une entité applique ce chapitre :

- a) aux stocks d'ouverture de la période et ajuste le solde d'ouverture des bénéfices non répartis pour tenir compte de l'écart dans l'évaluation des stocks d'ouverture (les chiffres des périodes antérieures ne sont pas retraités); ou
- b) rétrospectivement et retrace les chiffres des périodes antérieures en conformité avec le chapitre 1506, « Modifications comptables ».

- Considérations fiscales

Selon l'article 84.1 L.I. (par. 10(2.1) L.I.R.), le contribuable doit obtenir l'approbation de Revenu Québec pour changer la méthode d'évaluation de ses stocks. Cependant, l'article 84.1 L.I. (par. 10(2.1) L.I.R.) s'applique seulement lorsqu'il y a un changement dans la méthode d'évaluation des biens figurant à un inventaire (c'est-à-dire lorsque l'on passe de l'évaluation à la JVM à une évaluation au moindre du coût et de la JVM, ou vice versa) et non à un changement dans la façon de déterminer le coût ou la JVM.

Ainsi, lorsqu'il y aura un ajustement au stock d'ouverture au comptable en raison d'un changement dans la façon de déterminer la valeur des stocks, nous comprenons que ce changement ne sera pas considéré comme un changement de la méthode d'évaluation des biens figurant à l'inventaire qui nécessite une approbation de Revenu Québec.

Par ailleurs, bien que l'article 84 L.I. (par. 10(2) L.I.R.) exige que le solde d'ouverture des biens figurant à l'inventaire corresponde au solde de fermeture de l'exercice précédent, il est mentionné dans le *Bulletin d'interprétation* IT-473R⁴⁹ que, même si la méthode d'évaluation doit être appliquée systématiquement d'une année à l'autre, un changement est néanmoins accepté si la nouvelle méthode est plus réaliste dans les

⁴⁹ *Id.*

circonstances et reflète mieux le revenu du contribuable. Puisque la position des autorités fiscales est que la méthode servant à déterminer la JVM aux fins de l'impôt sur le revenu devrait normalement être la même que celle qui sert à déterminer la valeur du marché pour l'établissement des états financiers, nous comprenons également qu'il est justifié d'utiliser la VNR comme JVM des stocks aux fins fiscales.

Nous vous demandons de confirmer que :

- Lorsqu'une société applique le chapitre 3031 et ajuste son stock d'ouverture de la période et le solde d'ouverture des bénéfices non répartis pour tenir compte de l'écart dans l'évaluation des stocks d'ouverture (les chiffres des périodes antérieures n'étant pas retraités), la société devra refléter le montant de l'ajustement à la baisse ou à la hausse de la valeur des stocks sur le Formulaire CO-17.A.1 (Annexe 001 de la déclaration de revenus au fédéral) de l'année d'entrée en vigueur des nouvelles normes comptables.
- Lorsqu'une société applique le chapitre 3031 rétrospectivement et retraite les chiffres des périodes antérieures en conformité avec le chapitre 1506, « Modifications comptables », la société n'aura pas à produire de déclaration de revenus amendée puisque l'évaluation de l'inventaire pour les années antérieures (selon le chapitre 3030) produisait une image fidèle du revenu. Comme l'ajustement aux années antérieures va se refléter dans le stock d'ouverture dans l'année du changement des normes comptables, la société devra déduire l'ajustement à la baisse de la valeur des stocks ou ajouter l'ajustement à la hausse de la valeur des stocks sur le Formulaire CO-17.A.1 (Annexe 001 de la déclaration de revenus au fédéral) pour l'année du changement des normes comptables.

Réponse

- 2) Revenu Québec accepte dans la détermination de la JVM d'un bien décrit dans l'inventaire d'un contribuable que celui-ci utilise le coût de remplacement ou la valeur de réalisation nette. Lorsque le contribuable a fait son choix, il doit utiliser cette méthode systématiquement d'une année à l'autre. On comprend que les modifications introduites par le chapitre 3031 du *Manuel de l'ICCA* entraînent une dérogation au principe de la continuité dans l'établissement du coût d'un bien d'une année à l'autre. Revenu Québec accepte ce genre de changements dans la mesure où ils sont réalistes et qu'ils permettent une meilleure détermination du bénéfice du contribuable.

Les modifications apportées au chapitre 3031 du *Manuel de l'ICCA* concernent l'établissement du coût de l'inventaire et ne constituent pas un changement dans la méthode d'évaluation des biens décrits dans l'inventaire du contribuable. Ainsi, l'article 84.1 L.I. ne s'applique pas pour faire en sorte que le contribuable soit dans l'obligation d'obtenir l'accord du ministre.

En ce qui a trait à l'ajustement du solde d'ouverture de l'inventaire de l'exercice financier dans lequel survient le changement des normes comptables pour tenir compte du chapitre 3031 du *Manuel de l'ICCA*, nous sommes d'avis que l'ajustement du solde d'ouverture, que l'on décide de retraiter ou non les chiffres des exercices financiers antérieurs, devrait faire l'objet d'une correction lors de la conciliation du revenu net comptable avec le revenu net fiscal. Cela en raison de l'article 84 L.I., qui prévoit que le contribuable doit évaluer les biens décrits dans son inventaire au début de l'année au même montant que celui auquel ils étaient évalués à la fin de l'année précédente aux fins du calcul du revenu pour cette année précédente. Par ailleurs, aucune déclaration modifiée ne devrait être présentée à l'égard des exercices financiers antérieurs étant donné qu'ils respectaient les normes comptables alors en vigueur dans ces exercices.

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE



Coordonnateur
Marcel Lemay
FCA, associé
Hardy Normand &
Associés s.e.n.c.r.l. CA



Stéphane Leblanc
CA, associé
Ernst & Young
s.r.l./s.e.n.c.r.l.



René Roy
Avocat, CA,
M. Fisc.
Fasken Martineau
DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.



François Bordeleau
Avocat
Agence du revenu
du Canada



Alain Godin
Gestionnaire
Agence du revenu
du Canada



Stéphane Prud'Homme
Notaire, M. Fisc.
Agence du revenu
du Canada

ainsi que **Robert Duong**, avocat, M. Fisc.
Ministère des Finances du Canada

TABLE DES MATIÈRES

DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION DE LA LOI	49:5
1. SENS DE « DROIT À DES ACTIONS, OU DE LES ACQUÉRIR OU D'EN CONTRÔLER LES DROITS DE VOTE » PRÉVU À L'ALINÉA 251(5)B) ET AU PARAGRAPHE 256(1.4) L.I.R.	49:5
2. DÉFINITION D'« ENTREPRISE DE PLACEMENT DÉTERMINÉ » AU PARAGRAPHE 125(7) L.I.R.	49:7
3. DÉPENSES LIÉES À LA PÉRIODE DE CONSTRUCTION	49:10
4. QUALIFICATION D'UN CHOIX FISCAL À TITRE D'OPÉRATION AUX FINS DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTI-ÉVITEMENT	49:12
5. STATUT D'ORGANISME À BUT NON LUCRATIF	49:14
6. APPLICATION DU PARAGRAPHE 5(2) L.A.E.	49:16
7. EMPLOI ASSURABLE	49:19
8. CATÉGORIE D'AMORTISSEMENT 16	49:22
9. DÉFINITION DE « BIEN À ÉVALUER »	49:23
10. SOCIÉTÉS RATTACHÉES	49:24
11. ACTIFS ADMISSIBLES ET QUALIFICATION À TITRE D' ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE	49:26
FISCALITÉ TRANSACTIONNELLE	49:28
12. PRÊTS ENTRE CONJOINTS	49:28
13. ENGAGEMENT À NE PAS SOLLICITER DES EMPLOYÉS ET DISPONIBILITÉ DU CHOIX DE L'ALINÉA 56.4(3)C) L.I.R.	49:30
14. RÉSULTATS INÉQUITABLES DÉCOULANT DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 56.4 L.I.R.	49:31
15. PARAGRAPHE 256(9) L.I.R. <i>VERSUS</i> ALINÉA 256(1.2)C) L.I.R.	49:34
16. DÉSIGNATION DE DIVIDENDE DÉTERMINÉ ET SOCIÉTÉ DE PERSONNES	49:37

17.	DIVIDENDE DÉTERMINÉ REÇU PAR UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE	49:39
18.	ARTICLES 86 ET 85 L.I.R.	49:40
19.	REVENU PROTÉGÉ ET DÉDUCTION EN VERTU DE L'ALINÉA 20(1)E) L.I.R.	49:42
	FIDUCIES ET PLANIFICATION SUCCESSORALE	49:44
20.	CHOIX SELON LE PARAGRAPHE 104(13.1) L.I.R.	49:44
21.	ATTRIBUTION DU REVENU GAGNÉ	49:46
22.	VALEUR MARCHANDE D'UNE ACTION DE CONTRÔLE	49:48
23.	APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.	49:50
24.	DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL ET GAINS EN CAPITAL PROVENANT D'UNE FIDUCIE	49:52
25.	PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. ET APPLICATION DE LA DÉCISION <i>HOWSON C. LA REINE</i>	49:55
26.	SOCIÉTÉS ASSOCIÉES ET FIDUCIES	49:56
27.	DISPOSITION D'UNE IMMOBILISATION ADMISSIBLE PAR UNE FIDUCIE	49:59
	VARIA – CALCUL DU REVENU, DE L'IMPÔT ET DES CRÉDITS	49:63
28.	BIGAMIE FISCALE	49:63
29.	CRÉDIT D'EMPLOIS D'APPRENTIS	49:65
30.	DONS DE TERRAINS ÉCOSENSIBLES EN INVENTAIRE	49:67
31.	APPLICATION DU PARAGRAPHE 81(3.1) L.I.R.	49:69
32.	DROITS D'ADHÉSION À UN CENTRE SPORTIF ASSUMÉS PAR L'EMPLOYEUR	49:70
33.	AUTOMOBILE FOURNIE PAR L'EMPLOYEUR – LES IMPACTS DE LA CRISE FINANCIÈRE SUR LA LOCATION D'UNE AUTOMOBILE PAR RAPPORT À SON ACHAT	49:73
34.	ÉMISSION D' ACTIONS EN FAVEUR D'UN EMPLOYÉ	49:75
	GESTION FISCALE	49:76
35.	OBLIGATION DE PRODUIRE LE FEUILLET T4A	49:76

36.	ACTIONS COTÉES À UNE BOURSE ÉTRANGÈRE DÉTENUES CHEZ UN COURTIER CANADIEN ET FORMULAIRE T1135	49:79
37.	DÉPÔT RÉPÉTITIF DE PROPOSITIONS LÉGISLATIVES	49:80
38.	LIGNES DIRECTRICES SUR LA « LIMITATION DES AVANTAGES »	49:81
39.	DÉCRET DE REMISE DE 1988	49:83
	FISCALITÉ ET NORMES COMPTABLES	49:85
40.	PREMIÈRE APPLICATION DES NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE (IFRS)	49:85
41.	IMPACTS FISCAUX DE L'INTRODUCTION DU NOUVEAU CHAPITRE 3031 SUR LES STOCKS DU <i>MANUEL DE L'ICCA</i>	49:86

DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION DE LA LOI**1. SENS DE « DROIT À DES ACTIONS, OU DE LES ACQUÉRIER OU D'EN CONTRÔLER LES DROITS DE VOTE » PRÉVU À L'ALINÉA 251(5)B) ET AU PARAGRAPHE 256(1.4) L.I.R.**

Pour ce qui est de déterminer si une société est associée à une autre, l'alinéa 256(1.4)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ fait référence à « un droit à des actions du capital-actions d'une société, ou de les acquérir ou en contrôler les droits de vote ». Ce concept est également utilisé au sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R. en vue de l'application du paragraphe 251(2) et de la définition de « société privée sous contrôle canadien » au paragraphe 125(7) L.I.R.

- a) Nous remarquons que trois éléments semblent visés par ce concept : le droit à des actions, le droit d'acquérir des actions et le droit de contrôler les droits de vote des actions. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») peut-elle clarifier le sens de l'expression « un droit à des actions du capital-actions d'une société, ou de les acquérir ou en contrôler les droits de vote » et présenter des exemples d'un tel droit?
- b) Posons l'hypothèse suivante : en vertu d'une convention unanime des actionnaires (ci-après « CUA »), tous les droits d'acquérir des actions du capital-actions d'une société par un actionnaire ont été limités afin de faire en sorte que ce dernier ne puisse acquérir personnellement plus de 49 % des actions de la société. Toutefois, en vertu d'une autre disposition de cette CUA, ce même actionnaire pourrait déterminer le ou les actionnaires pouvant acquérir les 51 % d'actions restantes.

Est-ce que, dans ce cas, l'ARC serait d'avis que cet actionnaire détient un « droit à des actions » au sens de l'alinéa 256(1.4)a) ou du sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

L'alinéa 251(5)b) L.I.R. prévoit notamment ce qui suit :

« b) la personne qui, à un moment donné, en vertu d'un contrat, en equity ou autrement, a un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non :

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

(i) à des actions du capital-actions d'une société ou de les acquérir ou d'en contrôler les droits de vote, [...], sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier, [...]. »

Le paragraphe 256(1.4) L.I.R. prévoit notamment ceci :

« [...] si une personne, ou une société de personnes dans laquelle elle a une participation, a, à un moment donné, en vertu d'un contrat, en equity ou autrement, un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non :

a) à des actions du capital-actions d'une société, ou de les acquérir ou d'en contrôler les droits de vote, [...], sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier, [...]. »

L'alinéa 251(5)b) L.I.R. et le paragraphe 256(1.4) L.I.R. sont des dispositions anti-évitement dont la portée est très large. Un droit visé par ces dispositions peut découler d'un contrat ou d'autre chose. Un droit peut être immédiat ou futur, conditionnel ou non.

Le sous-alinéa 251(5)b)(i) et l'alinéa 256(1.4)a) L.I.R. prévoient effectivement qu'un droit doit constituer : a) un droit à des actions du capital-actions d'une société, b) un droit d'acquérir des actions du capital-actions d'une société ou c) un droit de contrôler les droits de vote d'actions du capital-actions d'une société.

Il convient de noter qu'il nous apparaît que certains droits pourraient constituer aussi bien un droit à des actions qu'un droit d'acquérir des actions du capital-actions d'une société.

Un droit à des actions du capital-actions d'une société pourrait inclure certains droits de recevoir des actions du capital-actions d'une société, par exemple, un droit absolu à titre de bénéficiaire du capital d'une fiducie (prévu par une convention de fiducie) de recevoir éventuellement des actions du capital-actions d'une société détenues par la fiducie, et un droit d'un associé prévu dans un contrat de société de personnes de recevoir une partie des actions du capital-actions d'une société détenues dans le cadre de la société de personnes lors de la dissolution de la société de personnes.

Chacun des droits suivants pourrait constituer un droit d'acquérir des actions du capital-actions d'une société : une option d'achat d'actions du trésor d'une société octroyée par la société à un employé, une option d'achat d'actions octroyée par un actionnaire d'une société sur des actions de la

société qu'il possède, un bon de souscription d'actions (*warrant*), un droit d'acheter des actions contenu dans une convention d'achat/vente, un droit de conversion d'une débenture émise par une société en actions ordinaires du capital-actions de la société, un droit de convertir des actions privilégiées convertibles d'une société en actions ordinaires du capital-actions de la société, et un droit d'acheter des actions des autres actionnaires prévu dans une convention entre actionnaires.

Un droit de contrôler des droits de vote pourrait inclure notamment un droit accordé dans une convention de vote permettant à une personne de contrôler les droits de vote afférents aux actions possédées par les autres parties à la convention.

On notera que les sous-alinéas 251(5)b)(iii) et (iv) L.I.R. portent aussi sur les droits de vote sur des actions du capital-actions de sociétés.

En terminant, nous ne sommes pas disposés à faire des commentaires concernant l'application ou non du sous-alinéa 251(5)b)(i) et de l'alinéa 256(5.1)a) L.I.R. dans la situation présentée sur la base des seules informations présentées.

2. DÉFINITION D'« ENTREPRISE DE PLACEMENT DÉTERMINÉ » AU PARAGRAPHE 125(7) L.I.R.

Selon la définition prévue au paragraphe 125(7) L.I.R., une « entreprise de placement déterminé » est une entreprise, sauf une entreprise exploitée par une caisse de crédit ou une entreprise de location de biens autres que des biens immeubles, dont le but principal est de tirer du revenu de biens, notamment des intérêts, des dividendes, des loyers et des redevances.

Toutefois, l'entreprise exploitée par une société au cours d'une année d'imposition n'est pas une entreprise de placement déterminée si, selon le cas :

- a) la société emploie dans l'entreprise plus de cinq employés à plein temps tout au long de l'année;
- b) une autre société associée à cette dernière lui fournit au cours de l'année, dans le cadre de l'exploitation active d'une entreprise, des services de gestion ou d'administration, des services financiers, des services d'entretien ou d'autres services semblables et il est raisonnable de considérer que la société aurait eu besoin de plus de cinq employés à plein temps si ces services ne lui avaient pas été fournis.

Prenons l'hypothèse suivante :

- La société est une société canadienne imposable;
- La société détient des biens immeubles aux fins de location;
- La société compte cinq actionnaires (M. A, M^{me} A et leurs trois enfants);
- La société emploie dans l'entreprise plus de cinq employés à plein temps tout au long de l'année;
- Tous les actionnaires occupent chacun une fonction au sein de la société pouvant se comparer à un emploi à temps plein;
- Outre les actionnaires, deux personnes extérieures sont employées par la société et occupent un poste à temps plein.

La rémunération des actionnaires est versée en dividendes, une fois les résultats de la société connus, l'objectif étant de préserver les liquidités disponibles au sein de la société.

- a) Étant donné ce qui précède, nous sommes d'avis que les actionnaires répondent aux définitions d'« employé » et d'« emploi » prévues au paragraphe 248(1) L.I.R.
- b) L'ARC peut-elle confirmer que dans l'hypothèse précédente, une société ne sera pas considérée comme une « entreprise de placement déterminée », et ce, même si aucune rémunération sous forme de salaires n'est versée aux actionnaires?

Réponse de l'ARC

Puisque nous présumons que l'entreprise de la société dans la situation donnée a pour but principal de tirer un revenu de biens, elle sera, entre autres, considérée comme une entreprise de placement déterminée selon le paragraphe 125(7) L.I.R., sauf si l'une des deux conditions suivantes est remplie :

- a) la société emploie dans l'entreprise plus de cinq employés à plein temps tout au long de l'année;

- b) une autre société associée à la société lui fournit au cours de l'année, dans le cadre de l'exploitation active d'une entreprise, des services de gestion ou d'administration, des services financiers, des services d'entretien ou d'autres services semblables et il est raisonnable de considérer que la société aurait eu besoin de plus de cinq employés à plein temps si ces services ne lui avaient pas été fournis.

L'ARC est d'avis que le critère pour déterminer si une société emploie plus de cinq employés à temps plein aux fins de la définition d'« entreprise de placement déterminée » prévue au paragraphe 125(7) L.I.R. est respecté lorsqu'une société emploie un ou plusieurs employés à temps partiel, en plus de cinq employés à temps plein.

Selon le *Bulletin d'interprétation IT-73R6*², un employé à temps plein doit effectuer une journée de travail (ou un poste de travail complet) tous les jours ouvrables de l'année, exception faite des absences normales en raison de congés de maladie et de congés annuels. Par opposition, l'employé à temps partiel travaille à des heures irrégulières ou durant des périodes intermittentes particulières, ou les deux, pendant un jour, une semaine, un mois ou une année, et ses services ne sont pas nécessaires pour une période (jour, semaine, mois ou année) de travail normale.

Le paragraphe 16 du bulletin précise, entre autres, qu'un employé d'une société ne sera pas considéré comme un employé à temps plein tout au long de l'année d'imposition si le seul travail de l'employé consiste à participer aux réunions du conseil d'administration, tout en étant disponible pour travailler chaque fois que ses services sont requis.

Pour déterminer si des particuliers sont des employés à temps plein aux fins de la définition d'« entreprise de placement déterminé » prévue au paragraphe 125(7) L.I.R., la jurisprudence a établi qu'il faut non seulement examiner si la totalité de la période de travail effectuée par un particulier sur une base régulière correspond à une période de travail normale, mais également sa rémunération.

Dans l'affaire *Woessner et autres c. La Reine*³, la Cour canadienne de l'impôt a déterminé que deux gérants d'immeubles d'habitation n'occupaient pas des emplois à temps plein auprès d'une société de sorte que celle-ci

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-73R6*, « Déduction accordée aux petites entreprises », 25 mars 2002, par. 15.

³ 99 D.T.C. 1039 (C.C.I.).

n'avait pas plus de cinq employés à temps plein et qu'elle n'était pas visée par l'exception énoncée à l'alinéa 125(7)a) L.I.R. La Cour canadienne de l'impôt a noté que les gérants travaillaient à des heures irrégulières et que leurs services n'étaient pas requis pour le jour, la semaine ou le mois normal de travail. Les gérants étaient employés sur une base régulière pour travailler pendant un nombre inférieur d'heures comprises dans une journée de travail.

Or, la question de savoir si un actionnaire occupe un emploi à temps plein tout au long d'une année d'imposition auprès d'une société dans une situation donnée ne peut être résolue qu'après un examen de tous les faits pertinents se rapportant à la situation donnée.

Nous sommes d'avis que, dans la situation donnée, lorsque la société verse des dividendes à M. A, M^{me} A et leurs trois enfants, les actionnaires ne font qu'obtenir un rendement sur le capital investi dans la société, sans lien avec la prestation de travail effectuée par chacun d'eux.

Par conséquent, pour que M. A, M^{me} A et leurs trois enfants soient considérés comme employés à temps plein de la société dans la situation donnée, chacun d'eux doit prendre part activement à l'exploitation de l'entreprise de la société, travailler pendant une période de travail normale et recevoir une rémunération pour les services qu'ils rendent.

3. DÉPENSES LIÉES À LA PÉRIODE DE CONSTRUCTION

Selon le paragraphe 18(3.1) L.I.R., les dépenses engagées qu'il est raisonnable de considérer comme un coût attribuable à la période de construction **et liées à cette construction** doivent être ajoutées au coût de l'immeuble.

Lors d'un projet immobilier, des frais relatifs à la location ou la vente des appartements sont encourus **pendant** la période de construction (par exemple : publicité dans les journaux, frais d'un bureau de location, salaires des employés affectés à la location, etc.).

L'ARC a déjà indiqué par ailleurs que les dépenses d'ordre général et administratif engagées dans le cadre d'un projet immobilier ne seraient pas sujettes à la capitalisation du paragraphe 18(3.1) L.I.R. « à moins qu'elles ne soient identifiables à un ou des projets spécifiques ».

En posant comme hypothèse qu'un projet de construction immobilière est en cours et qu'aucun revenu n'est actuellement généré par ce projet

immobilier, nous sommes d'avis que les dépenses suivantes, bien qu'elles puissent être attribuées à un projet spécifique :

- dépenses courantes d'assurance des immeubles;
- dépenses de comptabilité et de tenue des livres;
- dépenses de publicité engagées en vue de vendre ou de louer les immeubles;
- et autres dépenses générales et administratives directement liées à la location ou la vente des appartements,

ne sont pas des dépenses qu'il serait raisonnable de considérer comme des coûts attribuables à la période de construction **et liés à cette construction** au sens du paragraphe 18(3.1) L.I.R. en ce qu'elles ne sont pas liées à la construction. Et que, par conséquent, ce type de dépenses n'aurait pas à être automatiquement capitalisé au coût des immeubles.

Est-ce que l'ARC peut nous indiquer si elle est d'accord avec notre position?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 18(3.1) L.I.R. édicte, entre autres, que malgré les autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, aucune déduction ne peut être faite dans le calcul du revenu d'un contribuable pour des dépenses qu'il a engagées ou effectuées (à l'exception de certaines dépenses dont celles au paragraphe 20(29) L.I.R.), qu'il est raisonnable de considérer comme des coûts attribuables à la période de construction d'un bâtiment par le contribuable ou pour son compte et liés à cette construction. En vertu du paragraphe 20(29) L.I.R., ces dépenses peuvent être déduites jusqu'à concurrence du revenu provenant de la location de l'immeuble pour l'année.

L'ARC considère qu'une dépense est attribuable à la période de construction d'un bâtiment lorsque la dépense ainsi engagée se rapporte à la période de construction, et ce, indépendamment du fait qu'elle a été engagée pendant la période de préconstruction ou pendant ou après la construction du bâtiment. Cette dépense sera liée à la construction du bâtiment si elle est engagée en raison même de la construction.

Selon l'alinéa 18(3.1)b) L.I.R., dans la mesure où il serait déductible par ailleurs dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année, le montant de

la dépense doit être ajoutée au coût ou au coût en capital du bâtiment. L'ARC est d'avis que l'expression « dans la mesure où il serait déductible par ailleurs dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année » vise une dépense qui serait par ailleurs déductible dans le calcul du revenu si ce n'était du paragraphe 18(3.1) L.I.R.

La question de savoir si une dépense particulière, comme celles énumérées dans l'énoncé de la question, est visée par le paragraphe 18(3.1) L.I.R. est une question de fait qui doit être résolue en tenant compte de la période pour laquelle la dépense est engagée et en établissant si elle est ou non effectuée en raison même de la construction.

Ainsi, les dépenses d'assurance engagées pendant la construction devraient être ajoutées au coût du bâtiment uniquement dans la proportion qui est liée à la construction. Par exemple, ce serait le cas des frais d'assurance additionnels que le contribuable doit assumer pour couvrir le risque lié à la construction.

Les dépenses de comptabilité et de tenue des livres, les dépenses générales et administratives et les frais de publicité ne sont normalement pas considérés comme des coûts liés à la construction d'un bâtiment. Cependant, si l'une de ces dépenses peut clairement être liée à la construction, le paragraphe 18(3.1) L.I.R. s'appliquera à cette dépense pour la période visée par ce paragraphe. Cette dépense doit alors entrer dans le calcul du coût ou du coût en capital de l'immeuble visé.

4. QUALIFICATION D'UN CHOIX FISCAL À TITRE D'OPÉRATION AUX FINS DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTI-ÉVITEMENT

Plusieurs paragraphes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettent à un contribuable d'effectuer un choix fiscal. Mentionnons, entre autres, les choix prévus au paragraphe 50(1), à l'alinéa 55(5)f) ainsi qu'aux paragraphes 85(1), 89(11) et 97(2).

Aux fins de l'article 245 L.I.R., une opération est assimilée à une convention, un mécanisme ou un événement. Une « opération » n'est pas définie ailleurs dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans la cause *La Reine c. Canadian Pacific Ltée*⁴, la Cour d'appel fédérale a déterminé que le choix d'une devise dans le cadre d'un emprunt n'est pas une opération en soi. Pour la Cour d'appel, l'opération est l'emprunt et non le choix de la devise.

⁴ 2002 D.T.C. 6742 (C.A.F.) (ci-après « *Canadian Pacific* »).

Certains choix fiscaux sont accessoires à une transaction juridique, par exemple le paiement d'un dividende et le choix à l'alinéa 55(5)f) L.I.R., la vente d'un bien et les choix au paragraphe 85(1) ou 97(2) L.I.R. Par contre, certains choix fiscaux ne découlent pas d'une transaction juridique; c'est le cas, entre autres, des choix prévus aux paragraphes 50(1) et 89(11) L.I.R.

- a) Est-ce que l'ARC pourrait nous donner son point de vue sur la notion d'une « opération » dans un contexte d'un choix fiscal? Est-ce que le simple fait de produire un choix fiscal qui procure un avantage fiscal pourrait être considéré comme une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3) L.I.R.?
- b) Est-ce que l'ARC peut nous donner son point de vue dans le contexte d'un choix fiscal qui est accessoire à une transaction juridique et dans le contexte d'un choix qui n'est pas dans un contexte d'une transaction juridique?

Réponse de l'ARC

L'interprétation et l'application de l'article 245 L.I.R. nécessitent l'examen de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation donnée. Étant donné que l'énoncé relatif à la présente question ne comporte que très peu d'information, nous nous limiterons à formuler les commentaires généraux suivants.

Il faut d'abord souligner que lorsqu'une désignation ou un choix prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* est effectué, un acte est alors posé entraînant des incidences fiscales pour un ou des contribuables. En conséquence, l'ARC est d'avis que lorsqu'une désignation ou un choix prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* est effectué par un ou des contribuables, cela constitue une opération aux fins de l'application de l'article 245 L.I.R.

Par ailleurs, nous sommes d'avis qu'aux fins de l'interprétation de l'article 245 L.I.R. et de la notion d'opération qui y est employée, la situation où un contribuable choisit la monnaie dans laquelle est libellé l'emprunt qu'il contracte (situation qui prévalait dans la décision *Canadian Pacific*) ne saurait être assimilée à une situation où un ou des contribuables effectuent un choix fiscal prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que ce choix soit relatif à une opération ou non.

En terminant, nous sommes d'avis que selon les faits et circonstances se rapportant à une situation donnée, le fait de produire un choix fiscal pourrait constituer une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3) L.I.R.

5. STATUT D'ORGANISME À BUT NON LUCRATIF

La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit un organisme à but non lucratif, à l'alinéa 149(1)l) L.I.R., comme suit :

« Organisations à but non lucratif - un cercle ou une association qui, de l'avis du ministre, n'était pas un organisme de bienfaisance au sens du paragraphe 149.1(1) et qui est constitué [...]. » (Notre soulignement)

Cette définition prévoit que l'organisation à but non lucratif doit obtenir un avis du ministre selon lequel elle n'est pas un organisme de bienfaisance au sens du paragraphe 149.1(1) L.I.R. Toutefois, aucune modalité n'est prévue pour l'obtention d'un tel avis. Certaines personnes proposent que l'organisme présente une demande d'enregistrement auprès de la Direction des organismes de bienfaisance de façon à obtenir un refus, ce qui constituerait l'avis demandé. Toutefois, cette position ne semble pas faire l'unanimité.

Quelles sont les exigences de l'ARC à cet égard?

Réponse de l'ARC

Le système fiscal canadien est fondé sur le principe d'autocotisation. Un contribuable doit apporter une attention minutieuse à la façon dont il est organisé et administré afin d'établir s'il est un organisme de bienfaisance au sens du paragraphe 149.1(1) L.I.R. ou une organisation à but non lucratif pouvant bénéficier de l'exemption de l'impôt de la Partie I en vertu de l'alinéa 149(1)l) L.I.R.

Un contribuable qui désire connaître les circonstances pour lesquelles un organisme se voit accorder ou refuser un enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance peut consulter les publications de l'ARC sur ce sujet, qui sont disponibles dans le site Internet de l'ARC sous l'hyperlien « Organismes de bienfaisance et dons ». Nous vous dirigeons, notamment, à la question 3 sous le lien « Présentation d'une demande d'enregistrement » où l'ARC précise comment un organisme doit énoncer ses fins dans son document constitutif pour être considéré comme un organisme de bienfaisance :

« Pour être admissible à l'enregistrement, un organisme doit avoir été établi et être exploité exclusivement à des fins de bienfaisance (également nommées objectifs). Un organisme qui a un mélange de fins de bienfaisance et de fins non liées à la bienfaisance ne peut pas être enregistré. Les fins d'un organisme sont énoncées dans son document constitutif (acte constitutif, acte de fiducie ou

documents de constitution). Les fins doivent être énoncées dans des termes précis plutôt que généraux ou vagues pour désigner une fin de bienfaisance reconnue le plus clairement possible. Pour obtenir plus de renseignements et une liste exhaustive des fins ou objectifs acceptables, consultez [le lien] Objets modèles⁵. »

Un contribuable qui n'exerce que des activités de bienfaisance doit obtenir un enregistrement auprès de la Direction des organismes de bienfaisance s'il veut être reconnu à ce titre aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et bénéficier de l'exemption d'impôt de la Partie I selon l'alinéa 149(1)f) L.I.R. Si le contribuable reçoit un avis selon lequel il n'est pas un organisme de bienfaisance, cela ne veut pas dire nécessairement qu'il n'a pas été précédemment ou qu'il ne sera pas subséquemment un organisme de bienfaisance. Il s'agit là d'une question de fait. De plus, si l'ARC refuse de l'enregistrer comme œuvre de bienfaisance ou comme fondation publique ou privée, cela ne signifie pas automatiquement qu'il n'est pas un organisme de bienfaisance. Par exemple, un organisme de bienfaisance qui ne réside pas au Canada ne pourrait pas être enregistré malgré le fait qu'il puisse être, de l'avis du ministre, un organisme de bienfaisance au sens du paragraphe 149.1(1) L.I.R.

L'alinéa 149(1)l) L.I.R. édicte que le contribuable ne doit pas être, de l'avis du ministre, un organisme de bienfaisance. Toutefois, cet alinéa ne requiert pas que le contribuable obtienne un tel avis.

Dans le cadre d'une demande de décision anticipée, la Direction des décisions en impôt peut rendre une décision voulant que le contribuable soit constitué de manière à pouvoir bénéficier de l'exemption d'impôt prévue à l'alinéa 149(1)l) L.I.R. Cette direction aura au préalable obtenu un avis de la Direction des organismes de bienfaisance selon lequel le contribuable n'est pas un organisme de bienfaisance au sens du paragraphe 149.1(1) L.I.R. Cependant, aucune décision anticipée ne sera rendue confirmant que le contribuable est administré de façon à satisfaire aux conditions d'application de l'alinéa 149(1)l) L.I.R. puisqu'il s'agit d'une question de fait qui ne peut être résolue qu'en tenant compte de toutes les activités du contribuable pendant l'année en cause. Cette détermination ne peut se faire à l'avance ou au cours d'une année donnée, mais seulement à la fin de l'année.

Dans le cadre de son programme de vérification, l'ARC peut s'assurer qu'un contribuable qui se prévaut de l'alinéa 149(1)l) L.I.R. n'est pas un

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/chrts/pplyng/fqr-fra.html#q3>).

organisme de bienfaisance au sens du paragraphe 149.1(1) L.I.R. Un contribuable qui désire confirmer son admissibilité à l'alinéa 149(1) L.I.R. quant à ses activités peut communiquer avec son bureau des services fiscaux.

Pour plus de précisions concernant les différences entre un organisme de bienfaisance et une organisation à but non lucratif aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, nous vous invitons à consulter le lien « Organisme de bienfaisance enregistré ou organisme sans but lucratif? »⁶, où l'ARC présente un tableau comparatif des deux types d'organisations.

6. APPLICATION DU PARAGRAPHE 5(2) L.A.E.

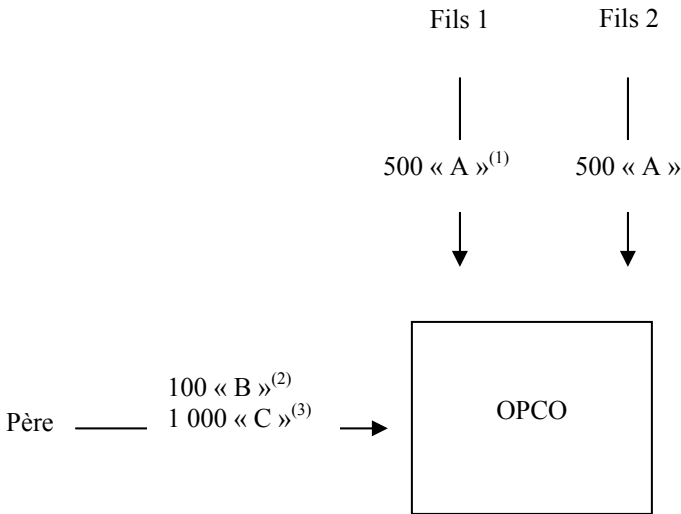
L'année dernière, à la question 32. de la Table ronde sur la fiscalité fédérale⁷ du congrès de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF »), l'ARC avait répondu qu'aux fins de l'application de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur l'assurance-emploi*⁸, il fallait considérer toutes les catégories d'actions avec droit de vote de la société et tenir également compte du nombre de votes attribué à chaque action.

La situation présentée à l'ARC était la suivante : un père a effectué un gel en faveur de ses deux fils. Toutefois, le père désire conserver le contrôle effectif de la société tant qu'il détiendra des actions de catégorie « C » de la société. Il n'y a aucune convention entre actionnaires et il n'existe aucune autre convention pouvant limiter le droit d'exercice des votes des actions de catégorie « A » détenues par les fils.

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/chrts/pplyng/rgstrtn/rght-fra.html>).

⁷ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 48:1-98, question 32., aux pages 48:76-78.

⁸ L.C. 1996, c. 23 (ci-après « L.A.E. »).



- (1) Les actions de catégorie « A » comportent un vote par action.
- (2) Les actions de catégorie « B » comportent 100 votes par action.
- (3) Les actions de catégorie « C » sont des actions sans droit de vote ni droit de participation, dites de gel.

Dans cet exemple, bien que le père ait le contrôle effectif de la société par le biais des actions de catégorie « B » à votes multiples, Fils 1 et Fils 2 contrôlaient chacun 50 % des actions de catégorie « A » qui représentaient plus de 40 % du nombre d'actions émises et en circulation comportant un droit de vote, soit 500 actions sur un total de 1 100 (45 %).

Dans cet exemple, l'ARC était d'avis que les emplois des fils 1 et 2 étaient assurables et que l'alinéa 5(2)b) L.A.E. n'était pas applicable.

À la suite de cette réponse, certains membres nous ont indiqué que cette position semblait incompatible avec la réponse de l'ARC donnée à la question 4.3. de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2003⁹ de l'APFF portant sur la même disposition et celle donnée à la question 5.1. de

⁹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 57:7-50, question 4.3., aux pages 57:46-47.

la Table ronde sur la fiscalité fédérale¹⁰ du Congrès 1997 de l'APFF portant sur le paragraphe 186(4) L.I.R.

Est-ce que l'ARC pourrait faire une mise au point relativement à l'interprétation que l'on doit donner aux dispositions de l'alinéa 5(2)b) L.A.E.?

Réponse de l'ARC

La position de la Division des décisions relatives au Régime de pensions du Canada et/ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* (RPC/AE) de l'ARC est bel et bien celle énoncée dans la réponse à la question 32. de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2008. Cette position a été récemment validée dans l'affaire *Quincaillerie Le Faubourg (1990) inc. c. MRN*¹¹.

En ce qui concerne la position de l'ARC relative à l'application du paragraphe 186(4) L.I.R. telle qu'elle est énoncée en réponse à la question 5.1. de la Table ronde fédérale du Congrès 1997, celle-ci est également tout à fait valable puisqu'elle concerne l'interprétation et l'application de dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une loi fiscale, qui sont différentes de celles de la *Loi sur l'assurance-emploi*, une loi à caractère social.

En effet, les termes utilisés à l'alinéa 5(2)b) L.A.E. et ceux utilisés au sous-alinéa 186(4)b)(i) L.I.R. sont différents. L'alinéa 5(2)b) L.A.E. fait référence au **contrôle**, par une personne physique, de plus de 40 % **des actions avec droit de vote** d'une personne morale, alors que le sous-alinéa 186(4)b)(i) L.I.R. se réfère à la **propriété** de plus de 10 % **des actions émises (com portant plein droit de vote en toutes circonstances)** du capital-actions d'une société par une autre société.

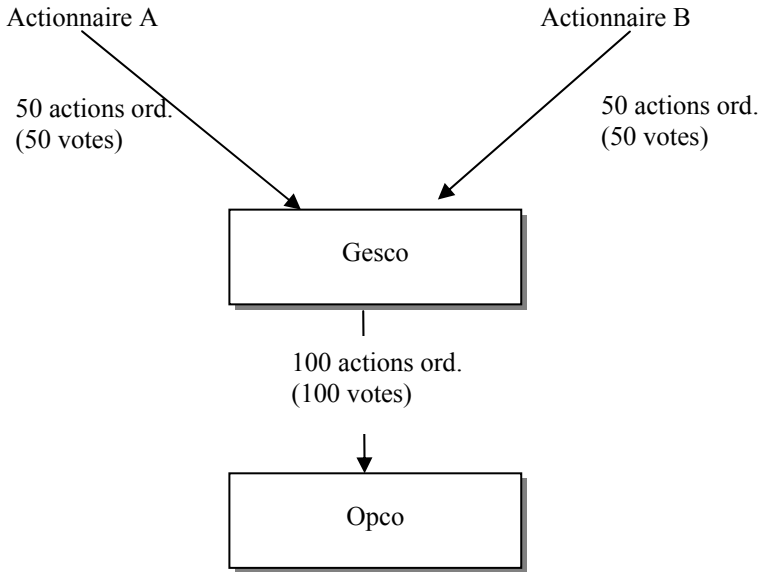
Nous sommes donc d'avis qu'il n'y a aucune incompatibilité entre la réponse donnée à la question 32. de la Table ronde de 2008 relativement à l'interprétation et à l'application de l'alinéa 5(2)b) L.A.E. et celle donnée à la question 5.1. de la Table ronde de 1997 portant sur l'interprétation et l'application du sous-alinéa 186(4)b)(i) L.I.R.

¹⁰ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:11-42, question 5.1., à la page 53:40.

¹¹ 2009 CCI 411.

7. EMPLOI ASSURABLE

Nous aimerions connaître l'interprétation de l'ARC relativement à la notion d'emploi assurable à l'égard de la situation suivante :



- A et B ne sont pas liés;
- A et B sont des employés d'OPCO.

Est-ce que l'ARC peut nous indiquer si les emplois des actionnaires A et B sont assurables en vertu de l'alinéa 5(2)b) L.A.E.?

Réponse de l'ARC

L'alinéa 5(2)b) L.A.E. se lit comme suit :

« 5. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est un emploi assurable :

[...]

(2) N'est pas un emploi assurable :

[...]

b) l'emploi d'une personne au service d'une personne morale si cette personne contrôle plus de quarante pour cent des actions avec droit de vote de cette personne morale; [...]. »

Étant donné les termes utilisés à l'alinéa 5(2)b) L.A.E., il est important de déterminer qui contrôle réellement les actions avec droit de vote de la société employeur. Cette loi ne parle pas de contrôle de la société mais plutôt de contrôle des actions avec droit de vote.

Selon l'affaire *Canada (Procureur général) c. Cloutier*¹², il semble que le contrôle des actions avec droit de vote d'une société en vertu de l'alinéa 5(2)b) L.A.E. requière non seulement le contrôle *de jure* mais aussi et surtout que le travailleur possède le contrôle effectif sur plus de 40 % des actions avec droit de vote de la société.

Dans l'affaire *Cloutier*, la Cour mentionne ce qui suit :

« D'abord, je ne crois pas qu'il convienne d'adopter pour l'interprétation d'une loi sociale comme la Loi sur l'assurance-chômage une approche semblable à celle requise pour la compréhension d'une loi fiscale, le motif étant que les mises en œuvre des deux genres de lois ne présentent pas les mêmes exigences. Ensuite, je note que le texte ici ne parle pas de contrôle de corporation, comme c'était le cas dans les décisions rendues en matière fiscale, mais de contrôle d'action, et que l'utilisation d'une expression aussi inusitée plutôt que celles courantes et non équivoques de détenteur, titulaire ou propriétaire enregistré, ne saurait passer inaperçue et rester sans conséquence. Enfin et surtout, je considère que la raison d'être de l'exclusion – tirée de l'idée que celui qui exerce une influence prépondérante sur une corporation ne traite pas "à distance" avec cette corporation, un certain lien de dépendance existant entre les deux – n'a de valeur que si le contrôle dont il s'agit n'est pas en quelque sorte contredit dans les faits.

[...]

Mais je crois qu'on doit, pour respecter la lettre et l'esprit du texte en même temps que les exigences de l'équité, interpréter le contrôle comme étant non seulement le contrôle *de jure* mais aussi et surtout le contrôle effectif, ce qui implique un contrôle dont l'exercice est libre et non entravé par des circonstances indépendantes de son titulaire¹³. »

Dans une situation où le partage des actions est égal (50 %-50 %), de prime abord, il n'y a personne qui détient le contrôle *de jure* de cette société.

¹² [1987] 2 C.F. 222 (ci-après « *Cloutier* »).

¹³ *Id.*, 225-226.

Il faut donc voir si l'une d'entre elles détient le contrôle effectif (contrôle de fait ou *de facto*) de la société Gesco. Le contrôle *de facto* désigne le contrôle de fait des actions avec droit de vote de la société. Afin de pouvoir démontrer le contrôle *de facto* de la société, il faudrait s'assurer que cet actionnaire exerce une **influence** directe ou indirecte très importante. Quelques éléments à considérer pourraient être les suivants :

- L'un des actionnaires est l'administrateur principal de la société, et les autres administrateurs ne s'impliquent pas activement.
- Cette personne est présidente ou secrétaire, elle est seule signataire pour le compte de la société, elle signe et prépare seule les documents touchant la société (par exemple : déclaration de revenus).
- Cette personne a le pouvoir d'imposer aux autres actionnaires sa volonté quant à la manière d'exercer leurs droits.
- Cette personne a un important degré d'influence sur les autres administrateurs, elle a le droit de prendre seule des décisions qui touchent l'avenir de la société (par exemple : emprunt d'argent, projet particulier) et elle pourrait même mettre fin à cette société.

Si notre analyse nous amène à conclure que A ou B **contrôle** (plus de 50 %) dans les faits les actions de la société Gesco, l'emploi de cette personne ne serait pas assurable, car celle-ci détiendrait indirectement le contrôle de plus de 40 % des actions avec droit de vote de la société Opco.

Par contre, si les faits ne nous permettent pas de déterminer que A ou B contrôle (plus de 50 %) des actions avec droit de vote de la société Gesco, A ou B ne pourrait être considéré comme contrôlant la société Gesco. Étant donné qu'aucun des deux actionnaires ne contrôlerait Gesco, ni l'un ni l'autre ne pourrait contrôler les actions avec droit de vote détenues par Gesco dans la société Opco. Dans ces circonstances, l'emploi de A et l'emploi de B auprès d'Opco seraient donc considérés comme des emplois assurables à moins qu'une autre disposition de la législation sur l'assurance-emploi ne rende ceux-ci non assurables.

En nous fondant sur les faits limités dans l'exemple soumis, il appert que les deux actionnaires occuperaient **un emploi assurable**, car ni l'un ni l'autre ne contrôlerait les actions avec droit de vote de la société Opco détenues par la société Gesco.

8. CATÉGORIE D'AMORTISSEMENT 16

La situation présentée à l'ARC est la suivante :

- Une société exploite une entreprise de collecte et de transport de déchets solides résidentiels et industriels;
 - À cette fin, la société est propriétaire de camions à ordures et acquiert chaque année ce type de camion dont le poids nominal brut, au sens du paragraphe 2(1) du *Règlement sur la sécurité des véhicules automobiles*¹⁴, dépasse 11 788 kg;
 - Les camions sont utilisés principalement pour transporter des ordures dans le cadre de l'entreprise de la société.
- a) Les camions à ordures utilisés pour effectuer la collecte et le transport de déchets résidentiels et industriels constituent-ils des biens conçus pour transporter des marchandises et, le cas échéant, la société peut-elle inclure ces biens dans la catégorie 16 de l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu*¹⁵?
- b) Dans le cas contraire, l'ARC peut-elle nous indiquer à quelle catégorie la société devrait-elle inclure ces biens?

Réponse de l'ARC

La catégorie 16 de l'annexe II R.I.R. inclut, entre autres, un camion ou un tracteur conçu pour transporter des marchandises et utilisé principalement à cette fin par le contribuable ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance dans le cadre d'une entreprise qui consiste notamment à transporter des marchandises, et dont le poids nominal brut du véhicule, au sens du paragraphe 2(1) du *Règlement sur la sécurité des véhicules automobiles*, dépasse 11 788 kg.

De façon préliminaire, la question de savoir si des camions à ordures sont conçus pour transporter des marchandises est une question de fait qui dépend des circonstances particulières de chaque situation. Toutefois, à la lumière des commentaires du juge Couture dans l'affaire *Fortin &*

¹⁴ C.R.C., c. 1038.

¹⁵ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

*Moreau Inc. c. MRN*¹⁶, l'ARC est généralement d'avis que des camions à ordures utilisés pour effectuer la collecte et le transport de déchets résidentiels et industriels sont conçus pour transporter des marchandises.

Dès lors, il s'ensuit que, si toutes les autres conditions prévues à la catégorie 16 de l'annexe II R.I.R. sont satisfaites, un camion à ordures peut être inclus dans cette catégorie.

9. DÉFINITION DE « BIEN À ÉVALUER »

La définition de « bien à évaluer » (ou dans sa version anglaise *tracking property*) au paragraphe 142.2(1) L.I.R. a maintenant force de loi, cette définition est pertinente par l'application des règles sur les biens évalués à la valeur du marché *market to market rules* applicables aux institutions financières.

Est-ce que l'ARC peut fournir des exemples de types de biens qui seraient visés par la définition de « biens à évaluer »?

Réponse de l'ARC

Les notes explicatives du ministère des Finances du Canada mentionnent que les biens qui sont des biens à évaluer ont été ajoutés à la définition « bien évalué à la valeur du marché » afin d'éviter que les institutions financières puissent se soustraire aux règles visant les biens évalués à la valeur du marché en effectuant des investissements au moyen d'un intermédiaire ou d'autres instruments financiers (comme les instruments dérivés)¹⁷.

Tel qu'il est défini au paragraphe 142.2(1) L.I.R., un bien sera considéré être un « bien à évaluer » pour un contribuable si sa juste valeur marchande (ci-après « JVM ») est déterminée principalement par rapport à un ou plusieurs critères précis applicables à un bien (appelé « bien de référence » pour l'application de ce paragraphe) qui, si le contribuable en était propriétaire, serait un bien évalué à la valeur du marché pour lui. Ces critères sont les suivants : la JVM du « bien de référence », les bénéfices ou gains provenant de sa disposition, les recettes, le revenu ou les rentrées en

¹⁶ 90 D.T.C. 1436 (C.C.I.).

¹⁷ CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi de 2001 sur l'accise et la Loi sur la taxe d'accise*, 25 février 2009, par. 142.2(1) « bien à évaluer à la valeur du marché » L.I.R.

provenant ou tout autre critère semblable qui lui est applicable. La question de savoir si la JVM d'un bien est principalement déterminée en fonction de ces critères pour le bien de référence est une question de fait qui doit être analysée à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.

En raison de son ajout relativement récent à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'ARC n'a pas encore eu l'opportunité d'analyser de cas précis relativement à l'application de la définition de « bien à évaluer ». Cependant, nous croyons que les investissements suivants pourraient être des exemples de « bien à évaluer » :

- certains investissements dans des fiducies, incluant les fiducies de fonds commun de placement ou les fiducies d'investissement à participation unitaire;
- les instruments dérivés sur actions ou les instruments dérivés similaires;
- les certificats américains d'actions étrangères et autres instruments similaires.

10. SOCIÉTÉS RATTACHÉES

Considérons la situation suivante : un particulier, actionnaire A, détient 100 % des actions d'une société de gestion Holdco. Cette société détient 40 % des actions ordinaires d'une société exploitée activement Opco, le reste des actions étant détenu par un tiers. Ce sont les seules actions émises par Opco et elles ont été émises à une valeur nominale. L'actionnaire A avance la somme de 1 M\$ à Holdco qui, à son tour, avance le même montant à Opco.

La société Holdco ne détient aucun autre bien. Tous les éléments d'actifs d'Opco sont attribuables à des éléments qui sont utilisés principalement dans une entreprise que la société exploite au Canada.

Opco connaît de sérieuses difficultés financières depuis 18 mois et n'aura pas la capacité de rembourser le montant avancé par Holdco. La valeur de liquidation attribuable aux actions ordinaires d'Opco en vertu des statuts est nulle depuis les 18 derniers mois.

L'actionnaire A désire se prévaloir d'une perte au titre d'entreprise à l'égard de l'avance effectuée à Holdco. Pour ce faire, Holdco doit se qualifier de société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE »).

Dans la présente situation, Opco doit être une société rattachée à Holdco au sens du paragraphe 186(4) L.I.R. afin que Holdco se qualifie de SEPE.

Pour que les sociétés soient rattachées, Holdco doit posséder plus de 10 % des actions émises avec droit de vote et plus de 10 % de la JVM des actions.

Dans la présente situation, est-ce que l'ARC est prête à considérer qu'Opco peut être rattachée à Holdco même si la valeur de liquidation des actions ordinaires d'Opco est nulle?

Réponse de l'ARC

L'alinéa 186(4)b) L.I.R. prévoit, entre autres, qu'une société payante est rattachée à une société donnée à un moment donné si la société donnée a possédé à ce moment : i) d'une part, plus de 10 % des actions émises (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) du capital-actions de la société payante et ii) d'autre part, des actions du capital-actions de la société payante dont la JVM est de plus de 10 % de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de la société payante.

En supposant que, dans la situation soumise, les seules actions du capital-actions d'Opco en circulation sont des actions ordinaires et que leur JVM est nulle, nous sommes d'avis que techniquement, la condition prévue au sous-alinéa 186(4)b)(ii) L.I.R. ne serait pas remplie. Le test prévu à ce sous-alinéa n'a de sens que si les actions émises du capital-actions de la société payante ont une valeur marchande quelconque. Cependant, dans l'énoncé de la question, on affirme que la valeur de liquidation des actions ordinaires est nulle à un moment donné. Cela suppose que la valeur la plus élevée qui peut être obtenue en conformité avec la définition de « juste valeur marchande » est celle obtenue en utilisant la méthode de liquidation et que celle-ci s'avère nulle. En pratique, nous croyons qu'il est douteux que la JVM des actions ordinaires d'une société ayant des comptes fiscaux soit nulle. Il est donc très probable que dans une situation semblable à la situation donnée, l'ARC arrive à la conclusion qu'Opco serait rattachée à Holdco aux fins de l'application de la définition de SEPE.

Par ailleurs, étant donné que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique, nos commentaires concernant l'interprétation et l'application de l'alinéa 186(4)b) L.I.R. ne devraient pas être interprétés comme étant une approbation, de la part de l'ARC, selon laquelle l'actionnaire A puisse se prévaloir d'une perte au titre d'un placement d'entreprise (ci-après « PTP ») dans la situation donnée.

11. ACTIFS ADMISSIBLES ET QUALIFICATION À TITRE D' ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE

Une société donnée a mis en place un régime d' options d' achat d' actions dit « hybride ». En vertu de ce régime, les employés peuvent choisir, lors de l' exercice des options, soit d' acquérir des actions du capital-actions de la société, soit de recevoir un montant d' argent. Le montant d' argent que les employés choisissent de recevoir correspond généralement à la différence entre la JVM des actions à la date de l' exercice des options et le coût d' acquisition que les employés auraient dû payer pour ces actions s' ils les avaient acquises.

La société met de côté des liquidités afin d' effectuer les paiements à plusieurs de ses employés qui optent dans le cadre du régime pour la réception d' un montant d' argent plutôt que d' acquérir des actions.

- a) Est-ce que les liquidités mises de côté par la société seraient considérées comme des actifs admissibles dans le cadre de la qualification des actions de son capital-actions à titre d' actions admissibles de petite entreprise dans les hypothèses suivantes?
 - i) Au cours d' une année, la société met de côté des liquidités en prévision de l' exercice imminent de plusieurs options par ses employés nécessitant une sortie de fonds importante.
 - ii) Chaque année, la société met de côté des liquidités afin de pouvoir effectuer des paiements à ses employés dans le cadre du régime d' options d' achat d' actions. Dans cette situation, les employés exercent annuellement un certain nombre d' options. Ce faisant, en raison de l' existence d' un certain historique relatif à la levée d' option par ses employés, la société est en mesure d' évaluer les montants qu' elle doit mettre de côté.
- b) Nous rappelons dans ce contexte que les autorités fiscales ont déjà confirmé que les liquidités mises de côté par une société afin de verser annuellement des bonis à ses employés, selon une politique établie, sont des actifs admissibles. Ce raisonnement serait-il applicable dans le cadre d' un régime « hybride »?

Réponse de l' ARC

Afin de déterminer si les espèces et les quasi-espèces détenues par une société sont utilisées principalement dans une entreprise exploitée

activement, l'ARC procédera à une analyse sur la base des éléments suivants :

- 1) La question de savoir si un élément d'actif en particulier est un « actif utilisé principalement dans une entreprise exploitée activement » est une question de fait, laquelle doit être déterminée en tenant compte des circonstances et des faits pertinents à chaque cas. Les faits pertinents peuvent comprendre l'usage réel que l'on fait des espèces ou quasi-espèces dans l'entreprise, la nature de l'entreprise et la pratique dans cette industrie en question.
- 2) Les espèces et les quasi-espèces sont considérées comme utilisées principalement dans l'entreprise si leur retrait avait pour effet de déstabiliser les finances de l'entreprise.
- 3) Les espèces qui ne constituent qu'un surplus temporaire des besoins financiers de l'entreprise et qui sont investies, à court terme, dans des instruments produisant un revenu pourraient être considérées comme utilisées dans une entreprise.
- 4) Les soldes de caisse qui s'accumulent et qui sont, par la suite, épuisés selon les fluctuations saisonnières annuelles d'une entreprise permanente seront habituellement considérés comme utilisés dans une entreprise, mais un solde continu qui excède les besoins d'un fonds de roulement raisonnable d'une société ne sera habituellement pas considéré comme utilisé à cette fin.
- 5) Les fonds de réserve en prévision du remplacement ou de l'achat d'immobilisations ou du remboursement d'une dette à long terme ne sont habituellement pas admissibles à titre de fonds utilisés dans une entreprise.
- 6) Les espèces ou quasi-espèces sont considérées comme principalement utilisées dans une entreprise si leur détention remplit une exigence qui doit être satisfaite pour faire des affaires, tel un certificat de dépôt maintenu en raison des exigences d'un client.
- 7) L'ARC reconnaît qu'une gestion financière prudente demande que les entreprises maintiennent un actif à court terme (incluant des stocks, des comptes clients, de même que des espèces ou quasi-espèces) qui excède le passif à court terme. L'ARC considérera cette exigence lorsque viendra le temps d'évaluer si les espèces et les quasi-espèces sont utilisées principalement dans une entreprise. L'ARC est aussi d'avis que

les espèces ou les quasi-espèces qui ne servent qu'à annuler une portion courante d'une dette à long terme ne sont habituellement pas considérées comme avoir été utilisées dans une entreprise.

Nous insistons sur le fait que les lignes directrices mentionnées ci-dessus ne sont que de nature générale et que l'ARC n'adopte une position dans une situation donnée qu'après une analyse de tous les faits pertinents, y compris l'utilisation réelle des espèces ou quasi-espèces par l'entreprise, la nature de l'entreprise et la pratique habituelle dans une industrie en particulier.

Lorsque, dans une situation comme celle que vous décrivez, une société a des réserves de liquidités à court terme suffisantes, résultant de l'accumulation d'espèces afin de verser des sommes compensant l'exercice des options monétaires par des employés et que la société utilise cette réserve de liquidités pour verser ces sommes, l'ARC considérera habituellement que ces réserves sont des éléments d'actif utilisés principalement dans une entreprise.

FISCALITÉ TRANSACTIONNELLE

12. PRÊTS ENTRE CONJOINTS

Dans le cadre de l'interprétation technique 912556¹⁸, l'ARC s'était prononcée sur le scénario suivant :

- Un prêt est contracté entre deux parties le 30 septembre 1991;
- Les intérêts sont égaux ou supérieurs au moindre du taux prescrit et du taux auquel les parties, si elles n'avaient entre elles aucun lien de dépendance, auraient convenu au moment où le prêt est consenti;
- Les intérêts sont payables annuellement le 30 septembre;
- Le prêt a été contracté pour des motifs véritables.

L'ARC avait alors conclu que les intérêts payables pour la période d'un an terminée le 30 septembre 1992 devaient être payés au plus tard 30 jours

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 912556, 21 octobre 1991.

après la fin de l'année civile au cours de laquelle ils étaient devenus payables. Ainsi, si le paiement des intérêts était effectué au plus tard le 30 janvier 1993, l'application des paragraphes 74.1(1) et 74.1(2) L.I.R. serait évitée.

Cependant, dans le cadre d'une interprétation technique¹⁹ en avril 2008, l'ARC a donné une interprétation différente. Voici les faits soumis par un contribuable :

- Un prêt est contracté pour des motifs véritables entre un contribuable et une fiducie;
- Un billet à payer est émis le 19 décembre 2002;
- Les intérêts sont calculés et payables annuellement;
- La portion capital de la dette est due et payable 10 jours suivant la demande du créancier;
- Le premier paiement d'intérêts est effectué le 19 décembre 2003.

L'ARC a conclu que le paragraphe 74.5(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas à une telle situation. Selon l'interprétation technique 2008-027422117(E), les intérêts payables pour une année sont ceux rattachés à une année civile et doivent être payés au plus tard 30 jours après la fin de cette année civile. L'une des conditions nécessaires afin de respecter le paragraphe 74.5(2) L.I.R. exige que le montant des intérêts payables sur le prêt pour l'année donnée soit payé au plus tard 30 jours après la fin de l'année donnée. Les intérêts payables rattachés à l'année 2002, donc courus du 19 au 31 décembre 2002, auraient dû être payés au plus tard le 30 janvier 2003 afin de respecter le paragraphe 74.5(2) L.I.R., même si les intérêts n'étaient payables qu'en date du 19 décembre 2003.

L'ARC peut-elle nous indiquer si elle a changé sa position à l'égard de l'interprétation technique 912556 du 21 octobre 1991?

¹⁹ *Id.*, interprétation technique 2008-027422117(E), 16 avril 2008.

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 74.5(2) L.I.R. édicte que les paragraphes 74.1(1), 74.1(2) et l'article 74.2 L.I.R. ne s'appliquent pas à un revenu, un gain ou une perte dérivée, au cours d'une année d'imposition donnée, d'un bien prêté ou d'un bien y substitué si, notamment, le montant des intérêts qui était payable sur le prêt pour l'année donnée est payé au plus tard 30 jours après la fin de l'année donnée.

L'année d'imposition d'un particulier est l'année civile²⁰. L'ARC est d'avis que l'année donnée dont il est fait mention à l'alinéa 74.5(2)b) L.I.R. correspond à l'année d'imposition du particulier, soit l'année civile. Le montant des intérêts qui était payable sur l'emprunt pour l'année donnée correspond aux intérêts pour cette année calculés jusqu'au 31 décembre de ladite année.

La première interprétation technique décrite dans l'énoncé de la question ne représente plus la position de l'ARC. Dans le deuxième exemple de l'énoncé de la question, pour que le paragraphe 74.5(2) L.I.R. ait pu s'appliquer, il aurait fallu, notamment, que les intérêts payables pour la période du 19 décembre 2002 au 31 décembre 2002 soient payés au plus tard 30 jours après la fin de l'année civile 2002, bien que ces intérêts n'aient été exigibles que le 19 décembre 2003.

13. ENGAGEMENT À NE PAS SOLLICITER DES EMPLOYÉS ET DISPONIBILITÉ DU CHOIX DE L'ALINÉA 56.4(3)c) L.I.R.

Les nouvelles règles prévoient que la valeur de la clause restrictive accordée par un contribuable doit être incluse à son revenu selon le paragraphe 56.4(2) L.I.R. Ce paragraphe a pour effet, dans le cadre d'une vente d'actions, de faire en sorte que la valeur de la clause restrictive ne soit pas imposable à titre de gain en capital.

Un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. peut être fait afin que la valeur de la clause restrictive soit ajoutée au produit de disposition des actions et ainsi être imposée à titre de gain en capital. Or, pour bénéficier de ce traitement, certaines conditions doivent être remplies. Parmi ces conditions, le sous-alinéa 56.4(3)c)ii) L.I.R. exige ce qui suit :

²⁰ Al. 249(1)b) L.I.R.

« [...] la somme représente tout ou partie de la contrepartie pour l'engagement du contribuable de ne fournir, ni directement ni indirectement, des biens ou des services sous un régime de concurrence avec les biens ou services fournis ou à fournir par l'acheteur ou par une personne qui lui est liée, [...] »

- a) Est-ce que le ministère des Finances serait favorable au fait de recommander une modification législative au sous-alinéa 56.4(3)c)(ii) de même qu'aux alinéas 56.4(6)d), 56.4(7)b) et 56.4(8)b) L.I.R. afin d'inclure l'engagement à ne pas solliciter les employés?
- b) Si notre compréhension est bonne, est-ce que le ministère des Finances peut nous expliquer pourquoi l'octroi par un vendeur d'un engagement à ne pas solliciter les employés ne permet pas de faire un choix selon l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R.?

Réponses du ministère des Finances du Canada

- a) Comme les règles proposées relativement aux clauses restrictives sont en voie d'être finalisées en vue d'un dépôt éventuel au Parlement, les fonctionnaires du ministère des Finances ne peuvent pas en commenter les détails. Cependant, en se fondant sur l'ancien Projet de loi C-10 (2007), si un vendeur a octroyé un engagement de non-concurrence à l'acheteur, nous sommes d'avis que cet engagement engloberait normalement le fait de ne pas solliciter les employés de l'acheteur. Nous ne considérons pas comme utile de prévoir un renvoi particulier, dans le projet de loi, à un engagement de ne pas solliciter les employés d'une autre personne, puisque cette approche soulèverait de l'incertitude relativement à la signification d'un engagement de non-concurrence.
- b) Veuillez vous reporter à la réponse précédente.

14. RÉSULTATS INÉQUITABLES DÉCOULANT DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 56.4 L.I.R.

Dans certaines situations, l'application de l'article 56.4 L.I.R. entraîne des résultats difficilement explicables, parfois même inéquitables.

Scénario 1 : M. X détient 100 % des actions d'Opc. M. X signe un engagement de non-concurrence envers l'acquéreur des actifs d'Opc.

Si M. X reçoit un montant en contrepartie de son engagement de non-concurrence, l'exception prévue à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. ne s'applique pas afin de lui permettre de traiter le montant encaissé comme le produit de

disposition d'un bien en immobilisation admissible. Le montant ainsi reçu sera imposable à titre de revenu ordinaire en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. Or, si aucun montant n'est spécifiquement payable à M. X en raison de son engagement de non-concurrence, l'exception prévue au paragraphe 56.4(7) L.I.R. fera en sorte qu'aucune partie du montant encaissé par Opco à titre de produit de disposition pour ses actifs vendus ne pourra être attribuée à M. X en vertu de l'article 68 L.I.R. Le montant sera traité comme un produit de disposition reçu par Opco. Il appert donc préférable dans ces circonstances de ne pas prévoir de contrepartie payable à M. X pour son engagement de non-concurrence.

Scénario 2 : Père détient 100 % des actions de Holdco qui détient 50 % des actions d'Opco. Les autres 50 % des actions d'Opco sont détenus par Fils. Holdco et Fils vendent leurs actions d'Opco. Père et Fils signent tous les deux un engagement de non-concurrence.

Si une valeur est attribuée aux engagements de non-concurrence, Fils pourra faire un choix en vertu de l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. pour que le montant ainsi reçu soit considéré comme un produit de disposition de ses actions, mais ce choix ne sera pas possible pour Père puisque c'est sa société de gestion qui vend plutôt que lui personnellement. Le montant reçu par Père au titre de son engagement de non-concurrence sera donc considéré comme du revenu ordinaire en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R.

Si aucune valeur n'est attribuée aux engagements de non-concurrence, Père, Holdco et Fils pourront se prévaloir de l'exception prévue au paragraphe 56.4(8) L.I.R. afin d'empêcher l'application de l'article 68 L.I.R. Ainsi, autant Holdco que Fils considéreront le montant qu'ils ont encaissé comme le produit de disposition des actions vendues et Père n'aura rien à inclure dans ses revenus. Cette affirmation pourrait toutefois n'être valable que dans la mesure où il est raisonnable de considérer que les engagements de non-concurrence que Père et Fils ont respectivement signés sont d'égale valeur. Dans le cas contraire, l'exception visant les personnes liées prévue à l'alinéa 56.4(8)e) L.I.R. pourrait empêcher l'application du paragraphe 56.4(8) L.I.R. Dans de telles circonstances, il faudrait envisager la production d'un choix en vertu du paragraphe 56.4(9) L.I.R. afin que les montants attribuables à Père et à Fils en raison de l'application de l'article 68 L.I.R. soient traités comme un produit de disposition d'actions. Or, comme il n'est pas actuellement permis de produire un choix en vertu du paragraphe 56.4(9) L.I.R. de façon tardive, l'application de l'article 68 L.I.R. par l'ARC pourrait faire en sorte que Père et Fils se retrouveraient dans la même situation que si une valeur avait été attribuée à leur engagement de non-concurrence, avec le même résultat inéquitable qui en découle.

- a) Le ministère des Finances peut-il formuler des commentaires sur ces scénarios?
- b) À l'heure actuelle, il est prévu que l'article 600 R.I.R. soit modifié afin d'y ajouter une référence au choix visé à l'alinéa 56.4(3)c) L.I.R. Aucune autre modification n'est actuellement prévue. Est-ce que le ministère des Finances prévoit modifier l'article 600 R.I.R. afin de permettre que les autres choix disponibles en vertu de l'article 56.4 L.I.R., incluant celui prévu au paragraphe 56.4(9) L.I.R., puissent être modifiés, révoqués ou produits tardivement?

Réponses du ministère des Finances du Canada

- a) Comme les règles proposées relativement aux clauses restrictives sont en voie d'être finalisées en vue d'un dépôt éventuel au Parlement, les fonctionnaires du ministère des Finances ne peuvent en commenter les détails.

Pour ce qui est de l'ancien Projet de loi C-10 (2007), la question suggère que dans diverses situations, l'application des règles proposées relativement aux clauses restrictives n'est pas cohérente et équitable pour tous les contribuables. Nous ne souscrivons pas à ce point de vue.

Les règles concernant les clauses restrictives portent sur divers aspects de la planification fiscale, y compris des opérations qui viseraient autrement à transformer des montants imposables à titre de revenu ordinaire en montants imposables à titre de gains en capital. Pour cette raison, un montant relatif à une clause restrictive est considéré comme imposable à titre de revenu ordinaire, sauf s'il s'y applique une exception visant expressément les gains en capital ou le traitement du montant provenant de la disposition d'immobilisations admissibles.

La question posée à l'égard du scénario 1 remet en cause les résultats différents qui découlent du fait que M. X n'exploite pas directement une entreprise, si bien que l'exception au titre des produits provenant de la disposition d'immobilisations admissibles ne s'applique pas. Comme le savent les membres de l'APFF, un contribuable ne profite habituellement du traitement relatif aux immobilisations admissibles que s'il exploite lui-même l'entreprise à laquelle l'immobilisation admissible est attribuable. C'est la raison précise pour laquelle la Couronne a essayé un

échec dans l'affaire *Fortino c. La Reine*²¹, quand elle a soutenu que M. Fortino devait être assujéti à l'impôt au titre du montant relatif à un engagement de non-concurrence octroyé de concert avec la vente de ses actions dans une société. Par conséquent, il ne faut pas s'étonner du fait que l'exception prévue au titre des montants relatifs à la disposition d'immobilisations admissibles prévue à l'alinéa 56.4(3)b) L.I.R. ne s'applique pas dans les cas où la personne qui octroie une clause restrictive n'exploite pas d'entreprise.

Cependant, les fonctionnaires du ministère des Finances ont été invités à prévoir une exception au traitement appliqué au revenu ordinaire dans les cas où une personne prend un engagement de non-concurrence, de concert avec la vente du fonds commercial de sa société exploitant une entreprise. Cette exception est prévue au paragraphe 56.4(7) L.I.R. tel que proposé. Tel qu'il a été indiqué dans la question, l'exception ne s'applique que si la totalité de la contrepartie de la clause restrictive est reçue ou recevable par la société exploitant une entreprise. Elle permet de faire en sorte que la personne qui exploite l'entreprise à laquelle la clause restrictive est liée englobe cette contrepartie dans son revenu à titre de montant relatif à la disposition d'immobilisations admissibles au titre de la vente du fonds commercial de l'entreprise visée par la clause restrictive.

Par conséquent, chaque exception au titre du produit provenant de la disposition d'immobilisations admissibles vise à s'assurer que la personne ayant reçu la contrepartie offerte au titre d'une clause restrictive exploitait l'entreprise visée par cette clause.

- b) La question doit être posée à l'ARC, qui est responsable de façon générale des modifications de l'article 600 R.I.R.

15. PARAGRAPHE 256(9) L.I.R. VERSUS ALINÉA 256(1.2)c) L.I.R.

Le contrôle d'une société est généralement réputé avoir été acquis au début du jour au cours duquel le contrôle de la société est acquis, et non au moment précis du jour où l'opération donnant lieu à l'acquisition du contrôle est effectuée.

²¹ 2000 D.T.C. 6060 (C.A.F.).

Dans une interprétation technique de février 1996, l'ARC avait indiqué ce qui suit :

« De même, le Ministère ne considérerait pas l'application de l'alinéa 256(1.2)c de la Loi comme ayant préséance sur le paragraphe 256(9) de la Loi pour venir réputer que A Inc. contrôle Opco pour la période de 00 h 01 à 16 h 59 le 1^{er} juillet 1995. A Inc. et Opco ne seraient donc pas associées pour leur exercice financier se terminant le 31 décembre 1995²². »

Ces commentaires s'appliquaient à la situation hypothétique suivante :

- Le 1^{er} juillet 1995 à 17 h, A inc. vend 100 % des actions d'Opco à B Inc. Le titre de propriété des actions d'Opco est effectivement transféré à 17 h le 1^{er} juillet 1995.
- L'exercice financier de A inc. se termine le 31 décembre 1995.
- L'exercice financier de B inc. se termine le 31 janvier 1996.
- En vertu de l'alinéa 249(4)a) L.I.R., Opco est réputée avoir une fin d'année d'imposition se terminant le 30 juin 1995.
- Opco fixe son prochain exercice financier au 31 décembre 1995.
- On demandait à l'ARC si A inc. était, pour son exercice financier se terminant le 31 décembre 1995, associée à Opco pour son exercice débutant le 1^{er} juillet 1995 à 00 h 01 et se terminant le 31 décembre 1995 en vertu de l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R.

La Cour d'appel fédérale a jugé en 2006²³ que l'application de cette présomption visait strictement la question du contrôle : dans les cas où le contrôle d'une société est acquis par un acquéreur à la suite d'un transfert d'actions de la société par un vendeur à cet acquéreur, le vendeur est considéré comme ayant cédé le contrôle de la société au début du jour du transfert, **mais le vendeur est considéré comme ayant conservé la propriété des actions jusqu'au moment du transfert proprement dit.**

²² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9525315, 26 février 1996.

²³ *La Survivance c. La Reine*, 2006 D.T.C. 6288 (C.A.F.) (ci-après « *La Survivance* »).

En vous basant sur l'interprétation technique de 2008²⁴ de l'ARC ainsi que sur la réponse à la question 16. à la Table ronde sur la fiscalité fédérale²⁵ du Congrès 2008 de l'APFF, et à la suite de la modification proposée au paragraphe 256(9) L.I.R. dans le Budget fédéral de 2009²⁶, pouvez-vous nous confirmer si l'interprétation technique 9525315 représente toujours la position de l'ARC en ce qui concerne l'application de l'alinéa 256(1.2)c) et du paragraphe 256(9) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

L'interprétation technique 9525315 du 26 février 1996 abordait plusieurs questions. La première qui y était traitée est celle décrite dans l'énoncé ci-dessus. Pour répondre à cette première interrogation, l'ARC devait trancher deux sous-questions d'interprétation : d'abord, l'ARC devait déterminer la portée du paragraphe 256(9) L.I.R. et, plus précisément, si le paragraphe 256(9) L.I.R. produisait ses effets tant pour la société qui acquiert le contrôle que pour celle qui en dispose; ensuite, l'ARC devait déterminer quelle était l'interrelation entre le paragraphe 256(9) et l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R., deux dispositions déterminatives relatives au contrôle d'une société.

La présente question vise de manière particulière cette seconde sous-question d'interprétation.

Dans la décision *La Survivance*, la Cour d'appel fédérale devait trancher deux questions : la première était relative à la date de la disposition par le contribuable des actions du capital-actions de sa filiale; la seconde portait sur l'effet de la fiction prévue au paragraphe 256(9) L.I.R. La Cour d'appel fédérale n'avait pas à se prononcer sur l'interrelation entre le paragraphe 256(9) et l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R.

La problématique relative à la possibilité pour un contribuable de réclamer une déduction pour gains en capital (ci-après « DGC ») décrite dans le document 2006-0214781E5 et à la question 16. de la Table ronde sur la

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0214781E5, 22 février 2008.

²⁵ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 7, question 16., 48:48-49.

²⁶ CANADA, ministère des Finances, *Le plan d'action économique du Canada, Le budget de 2009*, 27 janvier 2009, Annexe 5.

fiscalité fédérale du Congrès 2008²⁷ de l'APFF était à certains égards similaire à la situation décrite dans la décision *La Survivance*. Ainsi, cette problématique n'avait pas trait à l'interrelation entre le paragraphe 256(9) et l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R.

Finalement, les modifications législatives récemment effectuées par le ministère des Finances au paragraphe 256(9) L.I.R. avaient pour but de restreindre la portée du paragraphe 256(9) et n'abordaient aucunement la question de l'interrelation entre le paragraphe 256(9) et l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R.

Compte tenu de ce qui précède, nous vous confirmons que l'ARC ne considère toujours pas l'application de l'alinéa 256(1.2)c) L.I.R. comme ayant préséance sur le paragraphe 256(9) L.I.R. pour venir réputer que A inc. contrôlerait Opco pour la période entre le premier moment du 1^{er} juillet 1995 et le moment immédiatement avant la disposition des actions du capital-actions d'Opco à 17 heures. En conséquence, dans l'exemple décrit dans l'énoncé de la présente question, la venderesse A inc. et Opco ne seraient donc pas associées pour leur année d'imposition se terminant le 31 décembre 1995.

16. DÉSIGNATION DE DIVIDENDE DÉTERMINÉ ET SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Posons l'hypothèse suivante : une société de personnes détient la totalité des actions d'une société canadienne imposable qui se qualifie, par ailleurs, de société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC Co. »).

Les associés de la société de personnes sont tous des sociétés résidant au Canada à l'exception d'une société détenant une participation minoritaire dans la société de personnes, laquelle société est non résidente.

La société de personnes se qualifie de société de personnes résidant au Canada suivant la définition contenue au paragraphe 248(1) L.I.R.

SPCC Co. déclare et verse un dividende à la société de personnes, laquelle, à son tour, le distribue aux différents associés.

²⁷ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0285221C6, 10 octobre 2008.

- a) Suivant les termes du paragraphe 89(14) L.I.R., il semble que l'avis de dividende déterminé doit être transmis à la société de personnes. Ainsi, SPCC Co. n'a pas à se soucier des associés. Est-ce que l'ARC peut confirmer cette interprétation?
- b) Suivant la définition de « dividende déterminé » contenue au paragraphe 89(1) L.I.R., afin de se qualifier, le dividende doit être reçu par une personne résidant au Canada. On ne précise pas la possibilité qu'une société de personnes reçoive un dividende déterminé.

Toutefois, suivant l'alinéa 96(1)f) L.I.R., il semble que la société de personnes soit considérée comme un conduit. C'est d'ailleurs cette position qui a été retenue par l'ARC²⁸.

Aussi, dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2008 de l'APFF, à la question 2.²⁹, l'ARC a reconnu qu'une société non résidente ne pouvait recevoir des dividendes déterminés et que, de ce fait, le compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG ») de la société payeuse n'était pas réduit de cette partie du dividende versé à une société non résidente.

Considérant les éléments ci-dessus, est-ce que le montant total du dividende qui sera versé à la société de personnes résidant au Canada viendra réduire le CRTG de SPCC Co. ou, conformément à la réponse donnée par l'ARC en 2008, seule la portion du dividende versé à la société de personnes qui sera ultimement reçu par les associés résidant au Canada viendra réduire le CRTG de SPCC Co. (la portion du dividende qui sera ultimement reçu par l'associé non résident n'ayant pas d'impact sur le solde de CRTG de SPCC Co.)?

Réponses de l'ARC

- a) Le paragraphe 89(14) L.I.R. édicte que le dividende versé par une société à un moment donné est désigné à titre de dividende déterminé par avis écrit indiquant qu'il s'agit d'un dividende déterminé, envoyé à ce moment à chaque personne ou société de personnes à laquelle la société verse tout ou partie du dividende.

²⁸ *Id.*, document 2006-0217891Z0, 20 décembre 2006.

²⁹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 7, question 2., 48:8-10.

En conséquence, dans la situation décrite dans l'énoncé de la présente question, les exigences du paragraphe 89(14) L.I.R. seraient respectées dans la mesure où le dividende versé par SPCC Co. à un moment donné serait désigné à titre de dividende déterminé par avis écrit indiquant qu'il s'agit d'un dividende déterminé, envoyé à ce moment à la société de personnes à laquelle SPCC Co. verserait ce dividende.

- b) Dans la mesure où SPCC Co. serait en position de déterminer qu'une portion du dividende versé aurait effectivement été attribuée par la société de personnes à une personne ne résidant pas au Canada et reçue par cette dernière (à titre d'exemple, si le payeur du dividende obtient une preuve qu'un impôt de la Partie XIII L.I.R. a été retenu à l'égard du dividende versé au non-résident), nous sommes d'avis que seule la portion du dividende attribuée à des associés de la société de personnes étant des personnes résidant au Canada et reçue par ces dernières réduirait le CRTG de SPCC Co. au moment opportun.

La portion du dividende ayant effectivement été attribuée par la société de personnes à une personne ne résidant pas au Canada et reçue par cette dernière ne constituerait pas un dividende déterminé versé par SPCC Co. au sens de la définition prévue au paragraphe 89(1) L.I.R. Par conséquent, cette portion du dividende ne serait pas visée à l'élément G de la définition de CRTG édictée au paragraphe 89(1) L.I.R. aux fins du calcul du CRTG de SPCC Co. à la fin de l'année d'imposition visée.

17. DIVIDENDE DÉTERMINÉ REÇU PAR UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE

Prenons la situation suivante : une société de placements (ci-après « GESTCO ») a un exercice se terminant le 30 septembre 2009. Elle reçoit, dans son exercice, plusieurs dividendes provenant de plusieurs fonds différents.

Lors du calcul de son CRTG dans l'annexe 53, pour son exercice finissant le 30 septembre 2009, il ne lui est pas possible d'établir avec certitude, sans un travail considérable, quels sont les dividendes déterminés qu'elle a reçus pour cet exercice. En effet, pour en obtenir la certitude, elle devrait consulter chaque site Internet, les états financiers et publications aux actionnaires des sociétés desquelles elle a reçu un dividende.

Pour pallier la situation, GESTCO décide de baser son calcul du CRTG sur les feuillets reçus pour l'année civile se terminant le 31 décembre 2008. De cette façon, elle sous-évalue probablement son CRTG, mais évite toute erreur possible de surévaluation et diminue le travail à faire pour obtenir une

information exacte. Par contre, les dividendes déterminés ajoutés dans le calcul du CRTG ne correspondent pas aux dividendes reçus dans l'exercice inscrit à l'annexe 3. Parfois, ils peuvent même être plus élevés.

Selon une pratique de l'ARC, dès que les dividendes déterminés ajoutés au CRTG sont plus élevés que les dividendes reçus dans l'exercice, selon l'annexe 3, une lettre est envoyée à la société lui demandant de corriger son annexe 53. Cette pratique administrative peut avoir comme conséquence l'obligation de modifier l'annexe 53 de plusieurs années précédentes, afin de corriger la situation et de répondre à la demande de l'ARC. Enfin, cette situation peut se reproduire à plusieurs reprises pour la même société.

- a) L'ARC envisage-t-elle d'adopter une politique administrative permettant à ce type de société d'inclure ses dividendes déterminés reçus dans le calcul du CRTG sur la base des feuillets reçus (année civile) sans qu'elle reçoive de demande de correction?
- b) Sinon, quelle méthode de calcul du CRTG conseillez-vous à ce type de société qui n'exigerait pas un travail considérable?

Réponse de l'ARC

L'ARC n'envisage pas d'adopter une politique administrative relativement à la situation décrite dans l'énoncé de la présente question.

18. ARTICLES 86 ET 85 L.I.R.

L'une des conditions d'application de l'article 86 L.I.R. est la survenance d'une disposition d'actions constituant des immobilisations pour le contribuable. Cet article est fréquemment utilisé dans le cadre de la réalisation de transactions papillon par dérivation (*spin off*). Dans de telles situations, des actionnaires de la société cédante échangent leurs actions ordinaires contre de nouvelles actions ordinaires et des actions privilégiées, la valeur de rachat des actions privilégiées correspondant alors à la JVM des actifs dont la société cédante désire effectuer le transfert. L'application de l'article 86 L.I.R., dans de telles situations, ne semble pas avoir été remise en doute par l'ARC à la lumière des multiples décisions anticipées favorables rendues à cet égard³⁰. Par contre, dans une interprétation technique rendue en

³⁰ À titre d'exemple, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, décision 2003-0038863, 31 mars 2004.

2004³¹, l'ARC s'est dite d'avis qu'aucune disposition, aux fins de l'application de l'article 85 L.I.R., ne surviendrait dans le contexte où un actionnaire unique d'une société privée disposerait de la totalité des 100 actions ordinaires qu'il possède en faveur de la société émettrice en contrepartie de 100 nouvelles actions ordinaires et d'actions privilégiées ayant une valeur de rachat de 500 000 \$, par exemple.

- a) L'interprétation technique 2004-009256E5 représente-t-elle toujours la position actuelle de l'ARC?
- b) Dans l'affirmative, comment l'ARC concilie-t-elle cette interprétation technique avec les diverses décisions anticipées favorables rendues à l'égard de l'article 86 L.I.R. alors que, tant aux fins de cet article que de l'article 85 L.I.R., une disposition est requise afin de trouver application?

Réponse de l'ARC

Dans l'interprétation technique 2004-009256E5, l'ARC a indiqué être d'avis qu'un contribuable n'aurait pas réalisé une disposition d'une action donnée d'une société si, après un échange d'actions, il se retrouve avec une action comportant les mêmes droits, privilèges, conditions et restrictions que ceux de l'action donnée.

Depuis la publication de cette interprétation technique, les contribuables et leurs représentants ayant soumis des demandes de décisions anticipées dans le cadre d'une réorganisation papillon par dérivation se sont assurés, en général, que lors de l'échange d'actions ordinaires contre d'autres actions ordinaires, ces dernières comportaient des droits différents, éliminant ainsi tout doute quant à la disposition des actions ordinaires échangées aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À cet égard, nous pouvons vous référer, entre autres, aux documents³² qui se rapportent à la question.

³¹ *Id.*, interprétation technique 2004-009256E5, 10 novembre 2004.

³² *Id.*, interprétations techniques 2007-0247611R3, 11 juin 2008; 2006-0207721R3, 7 mars 2007; 2005-0111421R3, 3 juillet 2005 ainsi que 2004-0091911R3, 3 juin 2003.

19. REVENU PROTÉGÉ ET DÉDUCTION EN VERTU DE L'ALINÉA 20(1)E) L.I.R.

Dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité fédérale³³ du Congrès 2007 de l'APFF, l'ARC est venu confirmer le traitement des frais d'emprunt aux fins du calcul du revenu protégé en main.

Il a été confirmé que la totalité des frais d'emprunt visée par l'alinéa 20(1)e) L.I.R. doit réduire le revenu protégé en main dans l'année où les frais sont engagés.

La question ne traitait pas de l'effet de la déduction en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. sur le calcul du revenu protégé en main dans les quatre années suivant celles où les frais sont engagés. Nous comprenons que l'ARC permet administrativement un ajout au revenu protégé en main du montant de la déduction en vertu du paragraphe 20(1)e) L.I.R. pour les quatre années subséquentes.

Est-ce que l'ARC peut confirmer sa position et nous indiquer sur quelle base un tel ajout au revenu protégé est possible?

Réponse de l'ARC

Tel qu'il a été indiqué en réponse à la question 7.b)³⁴ de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2007 de l'APFF, nous sommes d'avis que dans la mesure où une société engagerait des frais d'emprunt visés au sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. dans une année d'imposition donnée, 20 % de ces frais d'emprunt seraient déduits dans le calcul de son revenu en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. dans l'année d'imposition donnée, ce qui réduirait d'autant le revenu net fiscal de la société (et donc le revenu protégé) pour l'année donnée. En ce qui a trait aux 80 % restants de ces frais d'emprunt, ces montants auraient clairement été déboursés par la société dans l'année d'imposition donnée. Dès le moment de leur déboursement, de tels montants ne seraient donc plus en main pour contribuer à la JVM ou au gain inhérent sur une action du capital-actions de la société. Compte tenu du fait que 80 % de la sortie de fonds que constitue le paiement des frais d'emprunt n'aurait pas été pris en compte dans l'établissement du revenu net fiscal (le revenu

³³ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100.

³⁴ *Id.*, 50:17-20.

protégé) de la société dans la première année, un rajustement négatif devrait être effectué au calcul du revenu protégé en main de la société pour cette première année. Ce rajustement permettrait donc de refléter, dans le revenu protégé en main de la société pour la première année, la totalité de la sortie de fonds relative aux frais d'emprunt.

Par la suite, dans chacune des quatre années d'imposition suivant l'année d'imposition où les frais d'emprunt seraient engagés par la société, un montant correspondant à 20 % de ces frais d'emprunt serait généralement déduit dans le calcul du revenu de ladite société en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R., ce qui réduirait d'autant le revenu net fiscal de la société (et donc le revenu protégé) pour l'année visée. Toutefois, la position de l'ARC est alors généralement de rajuster à la hausse le revenu protégé en main d'un montant correspondant au montant déduit dans le calcul du revenu de la société en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. dans l'année d'imposition visée.

Ces rajustements à la hausse au revenu protégé en main, effectués dans les quatre années d'imposition suivant l'année d'imposition où les frais d'emprunt seraient engagés par la société, ont pour effet d'éviter une réduction excessive du revenu protégé en main de la société, les décaissements relatifs aux frais d'emprunt ayant été pleinement reflétés dans le revenu protégé en main dans l'année d'imposition initiale où ces frais sont engagés.

De tels rajustements nous apparaissent raisonnables et conformes à la notion de revenu protégé en main telle qu'elle est reconnue par les tribunaux (se référer à cet égard aux décisions *Deuce Holdings Ltd. c. La Reine*³⁵, *Gestion Jean-Paul Champagne inc. c. MRN*³⁶ et *La Reine c. Kruco inc.*³⁷). De plus, nous sommes d'avis que les rajustements décrits ci-dessus s'accordent avec les termes du paragraphe 55(2) L.I.R., de même qu'avec l'objet sous-tendant cette disposition législative, qui est de permettre le paiement d'un dividende intersociétés libre d'impôt afin de diminuer le gain en capital potentiel, dans la mesure où un tel gain est attribuable au revenu gagné « post-1971 » de la société en main au moment du versement du dividende.

³⁵ 97 D.T.C. 921 (C.C.I.).

³⁶ 97 D.T.C. 155 (C.C.I.).

³⁷ 2003 D.T.C. 5506 (C.A.F.).

FIDUCIES ET PLANIFICATION SUCCESSORALE**20. CHOIX SELON LE PARAGRAPHE 104(13.1) L.I.R.**

Le paragraphe 104(13) L.I.R. prévoit, notamment, qu'un bénéficiaire d'une fiducie doit inclure dans le calcul de son revenu pour l'année la partie du revenu de la fiducie qui lui a été payée ou lui est devenue payable au cours de l'année en question.

Le paragraphe 104(24) L.I.R. précise, quant à lui, qu'aux fins du paragraphe 104(13) L.I.R., un montant est devenu payable par une fiducie au cours d'une année d'imposition, si la fiducie a payé ce montant au bénéficiaire ou si le bénéficiaire avait le droit d'en exiger le paiement au cours de l'année.

De façon générale, une fiducie peut se prévaloir du paragraphe 104(6) L.I.R. afin de déduire de son revenu imposable la totalité ou une partie des montants payables aux bénéficiaires. Comme l'application du paragraphe 104(6) L.I.R. ne se fait pas de manière automatique puisqu'il s'agit d'un choix, nous comprenons que si la fiducie omet de demander la déduction de la totalité des montants ainsi payables, il pourrait y avoir situation de double imposition en ce que lesdits revenus seraient imposés dans la fiducie, mais demeureraient néanmoins payables, donc imposables pour le bénéficiaire.

Afin d'empêcher qu'une telle situation se produise, le choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R. est disponible afin de permettre à la fiducie de désigner un montant, qui serait payable par ailleurs, comme étant présumé ne pas être payable aux fins du paragraphe 104(13) L.I.R.

- a) Est-ce que l'ARC est d'accord avec l'affirmation qui précède?
- b) Le cas échéant, dans quelle mesure l'ARC envisagerait-elle d'appliquer la double imposition des mêmes revenus pour la fiducie ainsi que pour le bénéficiaire de cette fiducie?
- c) Étant donné que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prescrit aucun formulaire afin d'effectuer le choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R., nous aimerions savoir si, lorsque des revenus sont réputés payables à un bénéficiaire d'une fiducie, lors de la production de la déclaration T3, la totalité ou une partie des revenus de la fiducie a été imposée dans celle-ci sans indiquer clairement que cette dernière effectue le choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R., l'ARC pourrait considérer qu'un choix indirect ou tacite du paragraphe 104(13.1) L.I.R. a été effectué?

- d) Est-ce que l'ARC accepterait un choix du paragraphe 104(13.1) L.I.R. effectué de façon tardive?

Réponses de l'ARC

- a) Le paragraphe 104(13) L.I.R. prévoit qu'un bénéficiaire d'une fiducie qui n'est pas visée à l'alinéa a) de la définition de « fiducie » au paragraphe 108(1) L.I.R. doit inclure dans le calcul de son revenu pour l'année la partie du revenu de la fiducie qui lui est devenue payable au cours de l'année. Tel qu'il a été mentionné, le paragraphe 104(24) L.I.R. précise les circonstances où un montant est devenu payable au cours d'une année.

La déduction prévue à l'alinéa 104(6b) L.I.R. à l'égard du revenu payable à un bénéficiaire est discrétionnaire, la fiducie pouvant demander un montant moindre que l'excédent calculé en vertu de cet alinéa. Lorsque la fiducie déduit un montant inférieur au montant de revenu payable aux bénéficiaires, les paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R., selon le genre de revenus, permettent à la fiducie d'attribuer un montant à un bénéficiaire selon les calculs prévus à ces paragraphes, lequel montant ne sera pas considéré comme ayant été payé ni être devenu payable au cours de l'année de sorte que le bénéficiaire n'aura pas à l'inclure dans son revenu. La possibilité d'attribuer un montant à un bénéficiaire en vertu du paragraphe 104(13.1) L.I.R. permet effectivement d'assujettir la fiducie à l'impôt sur ces revenus même lorsque ceux-ci ont été payés ou sont payables aux bénéficiaires.

Ainsi, le paragraphe 104(13.1) L.I.R. permettra à une fiducie d'appliquer des pertes autres que des pertes en capital d'autres années, lesquelles ne peuvent faire l'objet d'une attribution, contre des revenus de la fiducie dans une année, sans que ces revenus soient aussi imposables entre les mains des bénéficiaires qui les ont reçus ou qui étaient en droit d'en exiger le paiement.

- b) La « Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies – T3 » est conçue de manière qu'une déduction soit demandée par la fiducie en vertu du paragraphe 104(6) L.I.R. lorsque la fiducie n'effectue pas l'attribution prévue aux paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. pour le montant total du revenu payable aux bénéficiaires, et ce, afin qu'une double imposition ne survienne pas. Si la déclaration est remplie correctement, il ne devrait normalement pas y avoir de cas de double imposition.
- c) Même s'il n'y a pas de formulaire prescrit pour faire une attribution en vertu du paragraphe 104(13.1) L.I.R., le guide des fiducies contient des

indications sur la façon de faire une telle attribution. Selon le guide, cette attribution est faite en indiquant à la ligne B de la déclaration de l'année que la fiducie fait une attribution du revenu selon le paragraphe 104(13.1) L.I.R. et en joignant à la déclaration T3 une feuille indiquant le revenu attribué et le montant attribué à chaque bénéficiaire. La ligne B de la « Déclaration de renseignements et de revenus des fiducies – T3 » fait précisément mention des paragraphes 104(13.1) et 104(13.2) L.I.R. À notre avis, il est nécessaire de montrer à l'ARC qu'une attribution a été faite conformément au paragraphe 104(13.1) L.I.R. dans sa déclaration de revenus; nous sommes d'avis que l'imposition du revenu dans la fiducie ne constitue pas, en soi, une manière de faire cette attribution.

- d) L'ARC accepterait de considérer une attribution en vertu du paragraphe 104(13.1) L.I.R. faite de façon tardive lorsque le fiduciaire peut démontrer qu'une erreur de bonne foi a été commise ou afin d'effectuer un report rétrospectif d'une perte autre qu'une perte en capital. Toutefois, nous ne procéderons pas à l'établissement de nouvelles cotisations visant à réduire le revenu du bénéficiaire lorsque la déclaration de revenus de la fiducie ne peut être rajustée de façon corrélative pour des raisons de prescription. De même, nous n'accepterons pas une attribution tardive lorsqu'elle découle d'une planification fiscale rétroactive autre que le report rétrospectif de perte.

21. ATTRIBUTION DU REVENU GAGNÉ

Lors du gel des actions avec droit de participation d'une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »), le gain non matérialisé sur l'achalandage n'est pas inclus dans le revenu gagné attribuable aux actions de gel émises. Si, après le gel, l'achalandage est vendu par la société et qu'à ce moment, aucune plus-value n'est attribuable aux nouvelles actions ordinaires émises après le gel, l'ARC peut-elle nous indiquer sur quelles actions doit-on imputer le revenu gagné attribuable à la vente de l'achalandage :

- les actions privilégiées émises dans le cadre du gel – actions sans droit de participation et sans dividende cumulatif;
- les actions ordinaires qui sont les actions avec droit de participation en circulation au moment où le gain sur l'achalandage est réalisé – même si le revenu gagné ne contribue pas au gain en capital sur les actions ordinaires (notion de revenu gagné en main);
- aucune action?

Réponse de l'ARC

La détermination du revenu protégé en main attribuable à des actions d'une société est une question de fait qui ne peut être déterminée qu'en tenant compte de tous les faits et circonstances afférents à une situation donnée. À cet égard, l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée hypothétique. En l'absence d'une analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée, il nous apparaît difficile de nous prononcer de manière définitive sur une question relative à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Nous pouvons toutefois vous offrir les commentaires généraux suivants.

La position de longue date de l'ARC veut qu'en général, lorsqu'une action est échangée contre une nouvelle action de gel, la portion du revenu protégé en main attribuable à l'action échangée immédiatement avant l'échange soit transférée à la nouvelle action de gel, dans la mesure où le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la nouvelle action de gel est égal au PBR de l'action transférée. La fraction de la prime à l'égard d'une telle action de gel, qui est attribuable à quoi que ce soit qui n'est pas du revenu protégé en main (par exemple, la plus-value des éléments d'actif), à l'émission d'une telle action de gel, est « teintée » (en anglais *tainted*) aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R., peu importe la date de rachat d'une telle action de gel. En général, le paragraphe 55(2) L.I.R. pourrait s'appliquer au moment du rachat de l'action de gel, puisque celle-ci donnerait droit à une part proportionnelle de la partie du gain attribuable à quoi que ce soit qui n'est pas du revenu protégé en main.

Les tribunaux tendent à retenir la méthode adoptée par l'ARC pour évaluer et attribuer le revenu protégé en main à une action lorsque ladite méthode est raisonnable dans les circonstances. À ce sujet, nous vous référons, entre autres, aux décisions *Canada c. Nassau Walnut Investments Inc.*³⁸ et *Canada c. Brelco Drilling Ltd.*³⁹

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que le paragraphe 55(2) L.I.R. est une disposition anti-évitement qui a pour but de prévenir le dépouillement de gains en capital.

³⁸ [1997] 2 C.F. 279, par. 6.

³⁹ [1999] 4 C.F. 35, par. 31.

Enfin, il n'est pas impossible que dans une situation donnée, un contribuable puisse tenter d'invoquer l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. pour obtenir un avantage fiscal dans le cadre d'un stratagème d'évitement fiscal qui pourrait entraîner l'application du paragraphe 245(2) L.I.R.

En général, l'ARC devrait tenir compte, entre autres, de ces considérations pour déterminer l'approche à prendre dans une situation particulière donnée.

22. VALEUR MARCHANDE D'UNE ACTION DE CONTRÔLE

Lors d'un gel successoral des actions avec droit de participation d'une SPCC, il est courant que l'auteur du gel souhaite conserver le contrôle de la société lorsque les nouvelles actions avec droit de participation sont émises en faveur d'une fiducie personnelle au bénéfice de l'auteur du gel et des membres de sa famille. Dans le cadre d'un tel gel successoral, l'auteur du gel échange ses actions avec droit de participation et droit de vote en contrepartie d'actions privilégiées ayant une valeur de rachat égale à la valeur des actions avec droit de participation avant l'échange.

Au moment du décès de l'auteur du gel, celui-ci est réputé disposer de tous ces biens à la JVM.

- a) Dans le cas où le décès surviendrait quelques années après le gel, est-ce que l'ARC pourrait nous indiquer si elle envisagerait d'attribuer une prime aux actions donnant le contrôle de la société qui ferait en sorte que les actions sans droit de participation mais avec droit de vote auraient une JVM supérieure à leur valeur de rachat prévue aux statuts de la société?
- b) Nous soumettons les exemples ci-dessous. Dans chacun des cas préalablement au gel, M. X est l'unique actionnaire et il détenait 100 actions de catégorie « A » ayant une JVM de 1 M\$. À la suite du gel, M. X reçoit des actions ayant une JVM de 1 M\$ et la fiducie familiale contracte un emprunt d'un tiers pour souscrire à 100 actions de catégorie « A » pour 100 \$.

La description du capital-actions selon les statuts de la société après le gel comporte les éléments suivants :

- actions de catégorie « A » : avec droit de participation et droit de vote;

- actions de catégorie « B » : sans droit de participation ni droit de vote, rachetables au gré du détenteur à une valeur égale à la valeur de la contrepartie reçue par la société lors de leur émission et donnant droit à un dividende annuel maximum de 6 %;
- actions de catégorie « C » : sans droit de participation, avec droit de vote, rachetables au gré du détenteur à une valeur égale à la valeur de la contrepartie reçue par la société lors de leur émission et donnant droit à un dividende annuel maximum de 6 %;
- actions de catégorie « D » : sans droit de participation, avec droit de vote et rachetables par la société au montant du capital versé pour ces actions;
- actions de catégorie « E » : sans droit de participation, avec droit de vote et rachetables automatiquement par la société au montant du capital versé pour ces actions au décès du détenteur.

Exemple 1 :

Lors du gel, M. X reçoit un million d'actions de catégorie « B » ayant une valeur de rachat de 1 M\$ et souscrit à 1 000 actions de catégorie « D » pour 100 \$.

Exemple 2 :

Lors du gel, M. X reçoit un million d'actions de catégorie « B » ayant une valeur de rachat de 1 M\$ et souscrit à 1 000 actions de catégorie « E » pour 100 \$.

Exemple 3 :

Lors du gel, M. X reçoit un million d'actions de catégorie « C » ayant une valeur de rachat de 1 M\$.

Réponse de l'ARC

La valeur qui peut être attribuée à des actions sans droit de participation avec droit de vote d'une société dépend des faits et circonstances particulières se rapportant à une situation donnée.

L'ARC n'a pas de position établie relativement à l'évaluation d'un type particulier d'action. La *Circulaire d'information* 89-3⁴⁰ expose les principes généraux d'évaluation et les politiques que l'ARC applique généralement pour évaluer les titres et les biens incorporels des sociétés à peu d'actionnaires, aux fins de l'impôt sur le revenu.

Pour déterminer la JVM d'une catégorie d'actions d'une société, généralement, l'ARC établit la JVM « en-bloc » de la société et ensuite répartit cette valeur entre chacune des catégories d'actions de la société. La JVM de chaque catégorie d'actions doit être déterminée en fonction des droits, privilèges et restrictions particuliers qui s'y rattachent. Il faut reconnaître que l'un des droits rattachés à des actions qui peut avoir une valeur importante est la capacité de contrôler la société.

Par ailleurs, la position de longue date de l'ARC est d'accepter le gel successoral d'actions avec droit de participation d'une SPCC dans la mesure où l'auteur du gel successoral obtient, en échange des actions avec droit de participation, des actions privilégiées de gel dont la JVM est égale à la JVM des actions avec droit de participation au moment du gel.

Lorsque l'auteur d'un gel successoral d'une SPCC conserve le contrôle de la société pour protéger la valeur économique de sa participation dans la société, en général, l'ARC ne prend pas en compte la prime qui pourrait être attribuable à des actions de contrôle, aux fins de l'application du paragraphe 70(5) L.I.R. à un actionnaire donné.

Par conséquent, si dans la situation soumise dans votre question, l'auteur du gel successoral de la SPCC conservait le contrôle de la société pour protéger la valeur économique de sa participation dans la société et que, dans cette situation, il décédait quelques années après le gel, en général, l'ARC n'attribuerait pas une prime aux actions des catégories « C », « D » ou « E », selon le cas, aux fins de l'application du paragraphe 70(5) L.I.R.

23. APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

Prenons les faits suivants : M. A détient 100 % des actions ordinaires de GESTCO, laquelle détient la totalité des 100 000 actions ordinaires émises d'OPCO, d'une JVM de 100 000 \$. GESTCO échange avec OPCO 99 900 actions ordinaires en contrepartie de 99 900 actions privilégiées de « gel »

⁴⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989.

d'une JVM de 1 \$ l'action et vend par la suite ses 100 actions ordinaires restantes d'OPCO à une fiducie familiale discrétionnaire. M. A est un des trois fiduciaires de la fiducie dont les décisions doivent être prises à la majorité. Les bénéficiaires de cette fiducie sont M. A, M^{me} A et leurs enfants.

En aucun cas, aux termes de l'acte de fiducie, les actions acquises par celle-ci ne peuvent revenir à GESTCO, être transportées à des personnes désignées par elle ou n'être disposées qu'avec son consentement ou selon ses instructions.

En tenant compte de ce qui précède, l'ARC considère-t-elle que le paragraphe 75(2) L.I.R. est applicable au transfert des 100 actions ordinaires, et dans l'affirmative, sur quelle base juridique en droit civil et fiscal?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 75(2) L.I.R. étant une disposition anti-évitement, il est difficile d'émettre des commentaires précis à propos de son application dans une situation hypothétique. Dans le cadre des faits soumis, une analyse complète des faits et des circonstances, incluant notamment la provenance des fonds de la fiducie, serait requise avant de pouvoir statuer de façon définitive sur l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.

Le sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R. serait susceptible, entre autres, de trouver application dans le cas où les actions d'OPCO auraient initialement été transférées par M. A en faveur de GESTCO, pour ensuite être transférées par cette dernière en faveur de la fiducie. Une analyse de la contemporanéité des transactions, de l'intention des parties et des implications juridiques découlant des transactions devrait notamment être effectuée afin de déterminer si les actions d'OPCO auraient, dans les circonstances particulières d'une situation donnée, été reçues directement ou indirectement de M. A par la fiducie.

Par ailleurs, sans avoir examiné les termes de l'acte de fiducie, les modalités du transfert ainsi que la planification fiscale dans son ensemble, il ne nous apparaît pas possible d'établir de façon définitive que le sous-alinéa 75(2)a(ii) et l'alinéa 75(2)b L.I.R. ne seraient pas susceptibles de trouver application dans la situation soumise. Le fait qu'une personne puisse cumuler les fonctions d'actionnaire-dirigeant d'une société et de fiduciaire de la fiducie qui a reçu un bien de cette société constituerait entre autres un élément factuel à considérer. Une situation similaire à celle soumise devrait

ainsi être analysée à la lumière de ses faits particuliers et l'analyse pourrait mener à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.

24. DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL ET GAINS EN CAPITAL PROVENANT D'UNE FIDUCIE

Prenons l'exemple suivant : M. X est résident du Canada. Au cours des dernières années, il n'a pas réalisé de PTPE. De plus, il n'a aucun compte positif de perte nette cumulative sur placement (PNCP). Il n'a jamais utilisé de DGC, prévue à l'article 110.6 L.I.R. Enfin, il a réalisé les pertes en capital et les gains en capital suivants :

2	006	2007	2008	2009
Perte en capital nette (ci-après « PCN »)	100 000	0	0	0
Gain en capital imposable (GCI)				
• Admissible à la DGC	0	0	0	150 000
• Non admissible à la DGC				
– Provenant d'une fiducie	0	100 000	0	0
– Autres	0	0	100 000	0

Posons les deux hypothèses suivantes :

- 1) M. X déduit sa PCN de 2006 en 2007.
- 2) M. X déduit sa PCN de 2006 en 2008.

Le paragraphe 104(21) L.I.R. permet de conserver la nature des gains en capital réalisés par une fiducie, lorsqu'ils sont versés à un bénéficiaire. Cependant, l'introduction du paragraphe se lit comme suit : « Pour l'application des articles 3 et 111, sauf dans la mesure où ils s'appliquent dans le cadre de l'article 110.6 [...] ». Par conséquent, selon notre compréhension, les gains en capital réalisés par une fiducie et versés à un bénéficiaire perdraient leur nature aux fins de l'application de l'article 110.6 L.I.R., plus particulièrement aux fins des définitions de « plafond annuel

des gains » et indirectement de « plafond des gains cumulatifs » prévues au paragraphe 110.6(1) L.I.R.

Par conséquent, le calcul du plafond des gains cumulatifs dans l'exemple serait le suivant :

2	006	2007	2008	2009
Selon l'hypothèse 1 :				
Élément A de la définition de plafond annuel des gains	0	0	0	150 000
Élément B de la définition de plafond annuel des gains	0	100 000	0	0
Plafond annuel des gains (A-B)	0	-100 000	0	150 000
Plafond des gains cumulatifs	0	-100 000	-100 000	50 000
Selon l'hypothèse 2 :				
Élément A de la définition de plafond annuel des gains	0	0	0	150 000
Élément B de la définition de plafond annuel des gains	0	0	0	0
Plafond annuel des gains (A-B)	0	0	0	150 000
Plafond des gains cumulatifs	0	0	0	150 000

Selon nos calculs, dans l'hypothèse 1, M. X a droit à une DGC de seulement 50 000 \$ pour l'année 2009, alors que dans l'hypothèse 2, il aurait droit à une DGC de 150 000 \$.

- Quelle serait la DGC disponible pour M. X dans l'hypothèse 1?
- Quelle serait la DGC disponible pour M. X dans l'hypothèse 2?

Réponse de l'ARC

Posant l'hypothèse que le contribuable possède les attributs fiscaux susmentionnés et qu'il a effectué les transactions telles qu'elles sont décrites dans la première situation, nos résultats diffèrent de ceux présentés.

En effet, le paragraphe 104(21) L.I.R. indique que, aux fins de l'article 110.6 L.I.R., la nature réputée du revenu à titre de gain en capital entre les mains du bénéficiaire ne s'applique pas, contrairement au paragraphe 104(21.2) L.I.R. qui, lui, assure sa nature et son admissibilité à la DGC, si les autres conditions sont satisfaites par ailleurs.

Les calculs devant être faits au titre du plafond annuel des gains ainsi que du plafond des gains cumulatifs, tels qu'ils sont décrits au paragraphe 110.6(1) L.I.R., se trouvent touchés par la perte de la nature du revenu lors de l'application du paragraphe 104(21) L.I.R.

L'étude de la formule du plafond annuel des gains pour l'année 2007, compte tenu des informations présentées ainsi que de l'effet du paragraphe 104(21) L.I.R., révèle que l'élément B est plus grand que l'élément A duquel il doit être soustrait. Cela a pour conséquence un résultat mathématique négatif mais qui doit être égal à zéro en vertu de l'article 257 L.I.R. Dès lors, les deux situations soumises à notre attention obtiennent la même résultante. Que le report de pertes en capital soit appliqué en 2007 à l'encontre d'un gain en capital attribué par une fiducie, non admissible par ailleurs à la DGC, ou qu'il soit appliqué en 2008 à l'encontre d'un gain en capital non admissible à la déduction mais ne provenant pas d'une fiducie ne fait aucune différence.

Voici le tableau précédent repris en tenant compte de l'effet de l'article 257 L.I.R.

	2006	2007	2008	2009	
Selon l'hypothèse 1 :					
Élément A de la définition de plafond annuel des gains	0	0	0		150 000
Élément B de la définition de plafond annuel des gains	0	100 000	0		0
Plafond annuel des gains (A-B)	0	nul	0		150 000
Plafond des gains cumulatifs	0	nul nul			150 000
Selon l'hypothèse 2 : AUCUNE MODIFICATION					
Élément A de la définition de plafond annuel des gains	0	0	0		150 000
Élément B de la définition de plafond annuel des gains	0	0	0		0
Plafond annuel des gains (A-B)	0	0	0		150 000
Plafond des gains cumulatifs	0	0	0		150 000

25. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. ET APPLICATION DE LA DÉCISION HOWSON C. LA REINE⁴¹

La situation suivante est présentée à l'ARC.

Hypothèses :

- M. X détient la totalité des actions ordinaires d'une société de portefeuille.
- Dans le contexte d'un gel successoral, les actions ordinaires de M. X sont converties en actions privilégiées ayant une valeur de rachat correspondant à la JVM des actions ordinaires.
- Au même moment, des actions ordinaires sont souscrites par une fiducie familiale dont M. X et ses deux enfants majeurs sont bénéficiaires discrétionnaires du revenu et du capital.
- Aux fins de financement de la souscription par la fiducie familiale, M. X prête 500 \$ portant intérêt à la fiducie (le taux d'intérêt excède le taux prescrit).
- Dans les mois qui suivent, la société paie un dividende sur les actions ordinaires détenues par la fiducie qui rembourse son prêt (et les intérêts) envers M. X. Les conditions du paragraphe 56(4.2) L.I.R. sont remplies.

Dans ce scénario, compte tenu de la décision *Howson*, est-ce que l'ARC peut confirmer que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas aux faits mentionnés ci-dessus dans la mesure où le prêt contracté par la fiducie envers M. X est indépendant de l'acte de fiducie?

Réponse de l'ARC

Aux fins de notre réponse, nous présumons que la société a fait suffisamment de bénéfices pour que le versement des dividendes sur les actions ordinaires quelques mois plus tard n'ait pas comme conséquence de réduire la valeur nette de la société à une valeur qui serait insuffisante pour assurer le rachat des actions privilégiées détenues par M. X à leur valeur de rachat.

⁴¹ 2007 D.T.C. 141 (C.C.I.) (ci-après « *Howson* »).

Selon ce scénario, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas dans la mesure où le prêt contracté par la fiducie envers M. X est indépendant de l'acte de fiducie et dans la mesure où il s'agit légalement d'un prêt plutôt que d'une contribution au capital de la fiducie.

26. SOCIÉTÉS ASSOCIÉES ET FIDUCIES

Dans la réponse à la question 6. de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2008 de l'APFF portant sur les sociétés associées et la présomption de propriété des fiduciaires⁴², l'ARC a mentionné que le paragraphe 104(1) L.I.R. permettait de substituer au mot **personne** celui de **fiduciaire** dans la détermination du test de la propriété d'au moins 25 % des actions d'une catégorie non exclue aux fins de l'alinéa 256(1)d) L.I.R. Ainsi, malgré l'application du droit civil voulant qu'un fiduciaire ne puisse être propriétaire des biens d'une fiducie, la fiction du paragraphe 104(1) L.I.R. permettrait d'attribuer selon le contexte à un fiduciaire ou à chaque membre d'un groupe lié ou non lié de fiduciaires la propriété d'actions détenues par une fiducie. Nous aimerions obtenir des précisions additionnelles relativement à cette position :

- a) Dans un premier temps, le paragraphe 104(1) L.I.R. énonce que la mention d'une fiducie vaut également mention, sauf indication contraire du contexte, du fiduciaire ayant la propriété **ou** le contrôle des biens de la fiducie. Cette disposition permettrait de considérer la situation d'un fiduciaire afin d'établir le statut fiscal d'une fiducie (comme le fait d'ailleurs l'ARC lorsqu'elle considère, à titre d'exemple, la résidence d'un fiduciaire afin d'établir la résidence d'une fiducie ou encore les liens du fiduciaire afin d'établir les liens de la fiducie avec d'autres personnes aux fins du paragraphe 251(2) L.I.R.). Toutefois, selon nous, rien ne permet en vertu de cette disposition de considérer le fiduciaire comme détenant personnellement les attributs de la fiducie, comme la propriété des biens, par exemple. Ainsi, il est difficile de concevoir dans ce contexte qu'un fiduciaire n'ayant pas déjà la propriété des biens, mais seulement le contrôle, puisse être visé à l'alinéa 256(1)d) L.I.R. Il nous semble en toute logique que le fiduciaire visé à l'alinéa 256(1)d) L.I.R. est celui décrit au paragraphe 104(1) L.I.R. comme ayant la propriété des biens.

Est-ce que l'ARC pourrait commenter à ce sujet?

⁴² « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 7, question 6., 48:19-23.

b) Dans un deuxième temps, nous aimerions vous sensibiliser sur le fait que la réponse à la question 6. de la Table ronde fédérale de 2008 peut rendre, en pratique, deux compagnies associées, alors qu'elles n'ont aucune relation entre elles, si ce n'est d'avoir le même individu comme un des fiduciaires des fiducies pouvant détenir des actions de ces compagnies. À titre d'exemple, nous vous présentons la situation suivante :

- Un professionnel (ci-après « P ») a constitué une société par actions (ci-après « Société ») pour exercer ses activités professionnelles; les actions avec droit de vote de la Société sont détenues par M. P alors que les actions avec droit de participation et sans droit de vote sont détenues par une fiducie familiale.
- Cette fiducie est administrée par trois fiduciaires, dont M. P, sa conjointe, et un ami exerçant la même profession. (Plusieurs règlements adoptés en vertu du *Code des professions*⁴³, afin de permettre à un professionnel d'exercer ses activités en société par actions, exigent que les fiduciaires de la fiducie soient le professionnel, un parent ou un allié ou un individu membre du même ordre professionnel.)
- Les dispositions de l'acte de fiducie prévoient, entre autres, que les décisions des fiduciaires devront être prises à la majorité et que M. P a le pouvoir de demander que le nombre de fiduciaires soit haussé à quatre ou à cinq, tant que M. P agira comme fiduciaire, et de nommer ces nouveaux fiduciaires.
- L'ami de M. P qui est fiduciaire exerce également lui-même sa profession par le biais d'une société par actions.
- M. P est l'unique administrateur et le seul employé de la société par actions.

Dans un tel cas, la réponse donnée à la question 6. ferait en sorte que les deux compagnies exerçant les activités professionnelles soient associées, ce qui donne, vous en conviendrez, un résultat inapproprié. Pourrait-on considérer que le paragraphe 104(1) L.I.R. ne viserait dans une telle situation que le fiduciaire P, puisque celui-ci, à notre avis, est le seul qui

⁴³ L.R.Q., c. C-26.

peut être considéré, selon les termes de l'acte, comme ayant le contrôle effectif de la fiducie?

Réponses de l'ARC

- a) Les paragraphes 104(1) et 104(2) L.I.R. sont des dispositions déterminatives (*deeming provisions*) aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Nous sommes d'avis que ces dispositions doivent avoir une portée qui correspond à ce qu'elles expriment, établie en adoptant une interprétation qui permet de respecter l'intention du législateur ainsi que leur raison d'être, conformément aux principes énoncés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *La Survivance*⁴⁴.

Dans ce contexte, la présomption prévue au paragraphe 104(2) L.I.R. *in limine* doit être interprétée en harmonie avec les autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Nous sommes d'avis que cette présomption selon laquelle la fiducie est réputée être un particulier relativement aux biens de la fiducie implique que la fiducie est considérée comme propriétaire de biens aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La propriété est un concept qui n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À l'égard des fiducies, la propriété découle de l'application du paragraphe 104(2) L.I.R. *in limine*, une disposition déterminative, et non de l'application de concepts de droit civil du Québec.

Par ailleurs, le paragraphe 104(1) L.I.R. prévoit notamment que, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et sous réserve d'indication contraire du contexte, la mention d'une fiducie vaut également mention du fiduciaire ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie. En droit civil du Québec, un fiduciaire ne peut être considéré comme propriétaire des biens de la fiducie, mais il en a le contrôle en vertu de l'article 1278 du *Code civil du Québec*⁴⁵. De plus, rappelons que le paragraphe 104(1) L.I.R. doit être considéré aux fins de l'application de la présomption prévue au paragraphe 104(2) L.I.R., disposition qui s'applique généralement aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, la personne qui a la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie est assujettie à la présomption prévue au paragraphe 104(2) L.I.R. *in limine*.

⁴⁴ Précité, note 23, par. 53 et suiv.

⁴⁵ L.Q. 1991, c. 64.

Par conséquent, le concept de propriété exposé à l'alinéa 256(1)d) L.I.R. doit être interprété de façon conséquente aux implications découlant de l'application de dispositions déterminatives prévues à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par le truchement de la définition de « personne » prévue au paragraphe 248(1) L.I.R., nous sommes donc d'avis que la mention d'une personne propriétaire d'actions prévue à l'alinéa 256(1)d) L.I.R. inclut notamment le fiduciaire ayant le contrôle des biens d'une fiducie établie en vertu du droit civil du Québec par laquelle sont légalement détenues les actions.

- b) Il nous apparaît que le paragraphe 104(1) L.I.R. ne viserait généralement pas uniquement le fiduciaire P. Puisque la conjointe et l'ami exerçant la même profession sont également fiduciaires, la mention de fiducie à titre de propriétaire des actions avec droit de participation et sans droit de vote vaudrait normalement mention de tous les fiduciaires en tant que groupe (incluant donc la conjointe et l'ami selon le paragraphe 104(1)), ces personnes ayant à ce titre « la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie » aux termes de cette disposition.

Vous signalez que les deux sociétés seraient considérées comme associées dans votre exemple. Cette conclusion ne nous apparaît pas évidente en application du paragraphe 256(1) L.I.R. D'une part, l'ami de M. P ne semble pas lié à chaque membre du groupe de personnes (les fiduciaires en l'occurrence) qui contrôle la Société, ce qui rend l'alinéa 256(1)d) L.I.R. inapplicable. D'autre part, il nous apparaît que les sociétés ne seraient pas associées en vertu de l'alinéa 256(1)b) L.I.R., l'ami exerçant la même profession ne pouvant généralement pas être considéré comme propriétaire de 100 % des actions détenues par la fiducie dans une telle situation. Cette détermination nécessiterait toutefois une analyse de tous les faits et documents relatifs à une situation particulière. Il demeure que deux sociétés peuvent être associées aux fins du paragraphe 256(1) L.I.R. du seul fait qu'elles sont contrôlées par le même fiduciaire.

27. DISPOSITION D'UNE IMMOBILISATION ADMISSIBLE PAR UNE FIDUCIE

Considérons la situation suivante :

- La fiducie entre vifs ABC n'a qu'un seul bénéficiaire, la société X Co;
- La fiducie exploite une entreprise;

- X Co détient 100 % des unités de la fiducie;
- Le PBR des unités pour X Co est nul;
- Le 1^{er} novembre 2008, la fiducie vend les actifs de son entreprise, incluant son achalandage à un tiers. L'achalandage est cédé pour une somme de 100 000 \$ et on présume que les autres actifs n'avaient pas de valeur;
- Le 30 novembre 2008, la fiducie distribue la totalité du produit reçu à son bénéficiaire X Co, soit 100 000 \$ reçu pour l'achalandage.

La fiducie réalise un gain de 100 000 \$ qui sera inclus à 50 % en vertu du paragraphe 14(1) L.I.R. La distribution de la portion imposable du gain réalisé au bénéficiaire réduira le revenu imposable de la fiducie à zéro selon le paragraphe 104(6) L.I.R.

Le bénéficiaire devra s'imposer sur la distribution du revenu de la fiducie, soit sur 50 000 \$. La distribution de la partie non imposable du gain sera vue comme une distribution de capital qui doit réduire le PBR selon le sous-alinéa 53(2)h(i.1) L.I.R.

Le PBR des unités de la fiducie pour X Co sera négatif de 50 000 \$ puisqu'il était nul avant la distribution. Le PBR négatif déclencherà un gain en capital de 50 000 \$ pour X Co selon le paragraphe 40(3) L.I.R.

X Co devra donc s'imposer sur un montant total de 75 000 \$ (50 000 \$ de distribution et 25 000 \$ de gain en capital imposable).

Question à l'ARC

Est-ce que vous êtes d'accord avec le traitement fiscal décrit ci-dessus?

Réponse de l'ARC

Nous sommes d'accord avec le traitement fiscal décrit ci-dessus à condition que la participation dans la fiducie ne soit pas exclue de l'application de l'alinéa 53(2)h) L.I.R. et que la distribution ne soit pas considérée comme étant le produit de disposition de la participation ou d'une partie de celle-ci.

En effet, l'alinéa 53(2)h) L.I.R. ne s'applique pas à une participation dans une fiducie personnelle qui n'a jamais été acquise moyennant contrepartie ni à une participation dans une fiducie visée à l'un des alinéas a) à e.1) de la définition de « fiducie » au paragraphe 108(1) L.I.R.

Par ailleurs, le sous-alinéa 53(2)h)(i.1) L.I.R. exclut le produit de disposition de la participation ou d'une partie de celle-ci. Selon l'alinéa d) de la définition du mot « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R., un paiement effectué à un contribuable après 1999 qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été effectué en raison de la participation du contribuable au capital de la fiducie constituera une disposition de la participation au capital de la fiducie ou d'une partie de celle-ci sauf disposition contraire aux alinéas h) et i) de la définition de « disposition ». L'alinéa h) de la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) L.I.R. s'applique au bien qui est une partie de la participation d'un contribuable au capital d'une fiducie autre qu'une fiducie personnelle ou qu'une fiducie visée par règlement pour l'application du paragraphe 107(2) L.I.R. et cet alinéa prévoit que le paiement provenant de la fiducie après 1999 au titre de la participation au capital ne constitue pas une disposition pourvu que le nombre d'unités de la fiducie appartenant au contribuable ne soit pas réduit en raison du paiement.

Il est donc possible que, dans certaines situations, ce soit l'article 107 L.I.R. qui s'applique plutôt que le sous-alinéa 53(2)h)(i.1) L.I.R. et qu'il n'y ait pas de gain en capital en raison du paragraphe 107(1) L.I.R.

Question au ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances peut-il formuler des commentaires sur cette situation factuelle?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Dans votre question, l'inclusion de 75 000 \$ dans le revenu découle de l'effet combiné de l'inclusion dans le revenu du bénéficiaire aux termes de l'article 104 L.I.R. et du gain en capital réalisé par le bénéficiaire en raison de l'application du paragraphe 40(3) L.I.R. Le revenu payable de la fiducie qui est distribué à un bénéficiaire est, de façon générale, imposé entre les mains du bénéficiaire (en l'absence d'un choix visant à le faire imposer entre les mains de la fiducie). Ces distributions du revenu vont à la fiducie sans toucher le PBR de la participation du bénéficiaire dans la fiducie.

En revanche, les distributions de capital d'une fiducie commerciale réduisent normalement le PBR de la participation du bénéficiaire dans la

fiducie en raison de l'application du paragraphe 53(2) L.I.R. Par conséquent, lors d'une disposition éventuelle de la participation dans la fiducie, le bénéficiaire réalisera un plus grand gain en capital ou subira une perte en capital réduite, à quelques exceptions près. Cette règle s'applique de façon générale, peu importe la source du capital, qu'il s'agisse d'un revenu imposé entre les mains de la fiducie, de montants non imposables reçus par la fiducie, ou de montants versés dans la fiducie par le bénéficiaire. Fait cependant exception à cette règle la distribution du capital qui représente la partie non imposable d'un gain en capital réalisé par la fiducie. Si une distribution de ce type est effectuée au profit d'un bénéficiaire, elle ne réduit pas le PBR de la participation du bénéficiaire. Il n'existe pas d'exception similaire pour la distribution à un bénéficiaire d'un montant de capital correspondant à la partie non imposable du produit réalisé par une fiducie lors de la disposition d'une immobilisation admissible.

Une immobilisation admissible n'est pas considérée comme un bien en immobilisation pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. D'abord, 75 % des dépenses en immobilisation admissibles peuvent être amorties, et la disposition de tels biens entraîne habituellement en premier lieu une réduction du montant cumulatif d'immobilisations admissibles ainsi qu'une récupération de l'amortissement. Ensuite, même si le produit excédentaire peut être assujéti au même taux d'inclusion que les gains en capital, les incidences fiscales à la disposition diffèrent; les gains imposables tirés de la disposition d'immobilisations admissibles sont considérés comme des revenus d'entreprise conformément à l'article 14 L.I.R., tandis que les gains réalisés à la disposition de biens en immobilisation sont imposables à titre de gains en capital. Dans cette optique, nous signalons que le paragraphe 14(1.03) L.I.R. empêche expressément les contribuables de faire un choix relatif au fonds commercial conformément au paragraphe 14(1.01) L.I.R., choix en vertu duquel un gain tiré de certaines immobilisations admissibles est considéré comme un gain en capital.

Le ministère des Finances n'est pas convaincu qu'un rajustement à la baisse du PBR pour le bénéficiaire dans ces circonstances constitue un résultat inopportun sur le plan de la politique fiscale. Nous signalons que si le PBR pour le bénéficiaire avait été supérieur à 50 000 \$, il y aurait eu une réduction du PBR pour le bénéficiaire et aucun gain en capital.

VARIA – CALCUL DU REVENU, DE L'IMPÔT ET DES CRÉDITS**28. BIGAMIE FISCALE**

Autrefois un concept fiscal plus susceptible de soutirer un sourire qu'autre chose, les situations de bigamie fiscale se multiplient désormais plus souvent qu'on ne le croit, notamment dans la situation d'un conjoint atteint d'une maladie grave ou dégénérative. Les règles fiscales applicables peuvent parfois porter à confusion. Imaginons brièvement la situation suivante : M. A et M^{me} A sont légalement mariés. À la suite d'un AVC, M^{me} A a été placée de façon permanente dans un centre spécialisé offrant des soins de longue durée en raison de lourdes incapacités physiques et mentales, et ce, depuis déjà quelques années. M. A et M^{me} A vivent donc séparés non pas « en raison de l'échec de leur mariage » mais plutôt en raison de la grave maladie qu'a eue M^{me} A (voir d'ailleurs la décision *Lawin c. La Reine*⁴⁶, où les autorités fiscales fédérales ont justement invoqué cette raison avec succès).

De son côté, M. A vit désormais en union de fait avec M^{me} B depuis un peu plus de 12 mois. Nous sommes donc en présence d'une situation de bigamie fiscale pour M. A. De plus, tel qu'il a été mentionné ci-dessus, bien que M. A vive séparé de M^{me} A (tout en étant toujours légalement marié avec celle-ci), ce n'est pas en raison de l'échec de leur mariage. Par conséquent, plusieurs mesures fiscales peuvent alors trouver application à la fois à l'égard de M^{me} A et de M^{me} B. Prenons simplement l'exemple du crédit pour frais médicaux. M. A paie de lourds frais médicaux en 2009 pour M^{me} A à l'égard de son séjour dans un centre spécialisé et subvient donc à ses besoins. De plus, M^{me} B a également engagé des frais médicaux importants en 2009. M. A pourrait donc techniquement réclamer des frais médicaux à la fois pour M^{me} A et pour M^{me} B. D'autre part, des crédits d'impôt non utilisés peuvent être transférés d'un conjoint à l'autre et le fractionnement du revenu de pension pourrait aussi être envisagé avec l'un ou l'autre des conjoints fiscaux. Rajoutez à cela d'autres mesures fiscales faisant intervenir le concept de « revenu familial » (tels que les crédits de TPS, le supplément remboursable pour frais médicaux, la prestation fiscale pour enfants, la prestation fiscale pour le revenu de travail (PFRT), etc.) et il devient alors extrêmement difficile de concilier toutes ces mesures.

L'ARC peut-elle nous indiquer comment procéder pour chacune des mesures susmentionnées ainsi que pour le calcul du « revenu familial »

⁴⁶ 2006 D.T.C. 2768 (C.C.I.).

lorsque nous sommes en présence d'une situation impliquant plus d'un conjoint, exactement comme dans la situation susmentionnée?

Réponse de l'ARC

Le terme époux fait référence à une personne à qui un contribuable est légalement marié alors qu'un conjoint de fait est défini au paragraphe 248(1) L.I.R. comme étant une personne qui vit avec le particulier dans une relation conjugale et qui remplit au moins une des conditions suivantes :

- elle vit avec le particulier dans cette relation depuis au moins 12 mois sans interruption;
- elle est le parent de l'enfant du particulier par sa naissance ou son adoption;
- elle a la garde, la surveillance et la charge entière de l'enfant du particulier (ou elle en avait la garde et la surveillance avant qu'il atteigne l'âge de 19 ans) et qui est entièrement à sa charge.

Pour l'application de la définition de « conjoint de fait », des personnes qui vivent ensemble dans une relation conjugale sont réputées vivre ensemble sauf si elles ne vivaient pas ensemble au moment donné, pour cause d'échec de leur relation pendant une période d'au moins 90 jours qui comprend ce moment.

En raison de ce qui précède, un particulier peut avoir à la fois un époux et un conjoint de fait.

Certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* précisent que l'époux d'un particulier ne peut inclure une personne qui vit séparée du particulier pendant une période d'au moins 90 jours durant une année d'imposition, et ce, pour cause d'échec du mariage. Bien que cette détermination repose sur une analyse des faits pertinents, l'ARC est tout de même d'avis qu'en général lorsque des époux sont physiquement séparés, cette séparation doit être le résultat de problèmes matrimoniaux et non pas uniquement pour des raisons de santé. Par exemple, le fait de vivre séparément pendant une certaine période de temps ne signifie pas nécessairement l'échec du mariage. Cependant, aux termes de l'arrêt *Victor A. Corroll c. La Reine*⁴⁷ de la Cour d'appel fédérale et de la décision

⁴⁷ 2002 CAF 388.

de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Sadrurin Kara c. La Reine*⁴⁸, le fait de vivre, pour un particulier, avec une personne autre que son époux est un indice sérieux de l'échec d'un mariage.

Aux fins du calcul de plusieurs crédits ou montants, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit qu'un particulier ne peut avoir qu'un époux ou un conjoint de fait mais non les deux simultanément. Ainsi, aux fins du calcul de la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE), du supplément remboursable de frais médicaux, du montant de base de la prestation fiscale pour le revenu de travail et du crédit d'impôt pour TPS, le revenu d'un particulier inclut le revenu d'une personne qui, ultimement, respecte les exigences de la définition de « époux ou conjoint de fait visé » à l'article 122.6 L.I.R. L'époux ou le conjoint de fait visé d'un particulier est défini comme étant une personne qui est l'époux ou le conjoint de fait d'un particulier dont il ne vit pas séparé à ce moment, pour cause d'échec de leur mariage ou de leur union de fait, pendant une période d'au moins 90 jours qui comprend ce moment.

Par ailleurs, aux fins du fractionnement du revenu de pension, la définition du terme « cessionnaire », prévue à l'alinéa b) du paragraphe 60.03(1) L.I.R., fait référence à un particulier qui est l'époux ou le conjoint de fait d'un pensionné et qui ne vit pas séparé de ce dernier, à la fin de l'année d'imposition et pendant une période de 90 jours ou plus ayant commencé dans l'année, pour cause d'échec de leur mariage ou union de fait.

En ce qui a trait au crédit d'impôt pour frais médicaux, le paragraphe 118.2(1) L.I.R. stipule, entre autres, que les frais médicaux doivent avoir été engagés à l'égard du contribuable, de son époux ou conjoint de fait ou d'une personne à charge. Bien que ce libellé puisse donner lieu à des interprétations divergentes, l'ARC est d'avis qu'un contribuable ne pourrait réclamer les frais médicaux à l'égard à la fois de son époux et de son conjoint de fait.

29. CRÉDIT D'EMPLOIS D'APPRENTIS

Aux fins du crédit d'impôt pour la création d'emplois d'apprentis, prévu au paragraphe 127(9) L.I.R., le traitement ou salaire admissible payable à un apprenti doit-il être diminué de la totalité du crédit d'impôt pour stage au Québec ou uniquement de la portion de ce dernier qui se rapporte au salaire

⁴⁸ 2009 CCI 82.

du stagiaire, sans tenir compte de la portion se rapportant au salaire du superviseur?

Réponse de l'ARC

Dans l'arrêt *Tioxide Canada Inc. c. La Reine*⁴⁹, la Cour d'appel fédérale a, entre autres, décidé que le crédit d'impôt pour recherche scientifique reçu par un contribuable en vertu de l'article 1029.7 de la *Loi sur les impôts*⁵⁰ devait être déduit du compte des dépenses admissibles du contribuable en vertu de l'alinéa 127(11.1)c) L.I.R. (tel qu'il existait à l'époque). La Cour d'appel fédérale a déterminé que le libellé de la législation fiscale québécoise révélait clairement que les salaires versés à l'égard des recherches scientifiques et du développement expérimental ne servaient pas seulement à calculer le montant du crédit en vertu de l'article 1029.7 L.I., mais qu'ils en étaient la raison d'être.

Selon la définition de « crédit d'impôt à l'investissement » (ci-après « CII ») à l'alinéa 127(9)a.4) L.I.R., le CII d'un contribuable à fin d'une année d'imposition comprend une dépense d'apprentissage du contribuable pour l'année relativement à un apprenti admissible. La dépense d'apprentissage correspond au moins élevé de la somme de 2 000 \$ et de 10 % des traitement et salaire admissibles payables par l'employeur à l'apprenti admissible pour un emploi occupé après le 1^{er} mai 2006. À cette fin, l'expression « traitement et salaire admissibles » est définie au paragraphe 127(9) L.I.R. comme étant la somme qui correspond aux traitement et salaire payables par un contribuable à un apprenti admissible pour les 24 premiers mois de son apprentissage, à l'exception de la rémunération fondée sur les bénéfices, des gratifications, des sommes visées aux articles 6 ou 7 L.I.R. et des sommes réputées être engagées par l'effet du paragraphe 78(4) L.I.R.

Par ailleurs, l'alinéa 127(11.1)c.4) L.I.R. indique que le montant des traitement et salaire admissibles d'un contribuable pour une année d'imposition est réputé être le montant de ces traitement et salaire pour l'année déterminé par ailleurs, diminué du montant de toute aide gouvernementale ou aide non gouvernementale se rapportant à ces traitement et salaire pour l'année que le contribuable a reçue, est en droit de recevoir ou peut vraisemblablement s'attendre à recevoir au moment de la production de sa déclaration de revenus pour l'année.

⁴⁹ 96 D.T.C. 6354 (C.A.F.).

⁵⁰ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

L'utilisation des termes « se rapportant » à l'alinéa 127(11.1)c.4) L.I.R. indique qu'il doit y avoir un lien quelconque entre l'aide gouvernementale, que constitue le crédit d'impôt du Québec pour stage en milieu de travail, et les traitement et salaire admissibles d'un contribuable. Or, le salaire ou traitement payable à un stagiaire admissible selon la législation fiscale québécoise est la raison d'être du crédit du Québec pour stage en milieu de travail. De plus, nous sommes d'avis qu'il existe un lien entre l'ensemble des éléments considérés au calcul du crédit d'impôt du Québec pour stage en milieu de travail, y compris la portion ayant trait au traitement ou salaire payable à un superviseur admissible selon la législation fiscale québécoise, et les traitement et salaire admissibles payables à un apprenti admissible.

En conséquence, nous sommes d'avis que la totalité du crédit d'impôt du Québec pour stage en milieu de travail doit être déduite des traitement et salaire admissibles d'un contribuable aux fins du calcul du CII, en application du paragraphe 127(9) et de l'alinéa 127(11.1)c.4) L.I.R.

30. DONS DE TERRAINS ÉCOSENSIBLES EN INVENTAIRE

Le don d'une immobilisation est une disposition aux fins fiscales. Lorsque le don est effectué sans contrepartie, ce dernier est réputé avoir été effectué à la JVM du bien, ce qui peut occasionner un gain ou une perte en capital et dans le cas d'un bien amortissable, le don pourrait même donner lieu à une récupération d'amortissement.

Qui plus est, par l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lorsqu'un contribuable fait don d'un terrain en immobilisation se qualifiant à titre de bien écosensible, en plus de pouvoir réclamer un crédit d'impôt pour don (dans le cas d'un particulier) ou une déduction pour don (dans le cas d'une société), le gain en capital déclenché par la disposition du terrain lorsque ce dernier possède une plus-value est annulé par l'effet de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Par contre, dans un cas où le contribuable possède le terrain en inventaire, aucune disposition semblable n'existe afin d'annuler le revenu d'entreprise découlant de la disposition du terrain.

Question à l'ARC

Étant donné que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas de traitement similaire lors du don de terrains se qualifiant à titre de biens écosensibles détenus en immobilisation *versus* ceux détenus en inventaire, l'ARC serait-elle prête à accorder un dégrèvement partiel ou total par

politique administrative au contribuable détenant ce type de terrain en inventaire?

Réponse de l'ARC

Tel que le stipule l'alinéa 38a.2) L.I.R., le don d'un bien écosensible, qui est une immobilisation, par un contribuable peut avoir pour effet de réduire à zéro le gain en capital imposable relié à la disposition de ce bien. Cependant, lorsque le bien écosensible donné est un bien en inventaire, le contribuable doit alors inclure tout revenu provenant de cette disposition conformément à l'article 9 L.I.R., comme l'indique le numéro 4a) du *Bulletin d'interprétation IT-297R2*⁵¹.

L'ARC est d'avis que la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet seulement que le gain en capital imposable provenant de la donation de biens écosensibles soit réduit à zéro. Une modification à la *Loi de l'impôt sur le revenu* serait nécessaire afin d'accorder le traitement fiscal que vous demandez.

Question au ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances peut-il formuler des commentaires sur la politique fiscale sous-jacente à l'exemption de gains en capital relativement aux terrains écosensibles?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Nous ne sommes pas prêts à commenter sur une recommandation potentielle du ministère à cet effet. Cependant, nous voudrions offrir les commentaires suivants sur cette proposition.

La politique de l'impôt est différente pour les biens en immobilisation et les biens en inventaire et fait en sorte que les propriétaires de biens en inventaire peuvent, contrairement aux propriétaires de biens en immobilisation, déduire le coût de leurs biens dans le calcul de leur revenu. De plus, puisqu'il découle de la disposition de biens en inventaire un revenu d'entreprise et non un gain en capital, la réduction du taux d'imposition à

⁵¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-297R2*, « Dons en nature à une œuvre de charité et autres », 21 mars 1990, disponible sur le site Internet de l'ARC à l'adresse suivante : <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/it297r2/it297r2-f.html>.

zéro lors de dons de biens écosensibles détenus en inventaire entrainerait un bénéfice fiscal plus important que pour les dons de biens en immobilisation.

Afin d'accorder aux dons de terrains en inventaire un avantage similaire à celui accordé aux dons de biens en immobilisation, il serait nécessaire d'accorder une déduction additionnelle d'un montant égal à la moitié du gain relatif au terrain. Cependant, une telle mesure s'écarterait du principe voulant que les dons en argent et en biens soient traités de façon similaire; par conséquent, une telle mesure devrait faire l'objet d'une analyse approfondie.

Si l'exemption de gains en capital pour les dons de terrains écosensibles en immobilisation était accordée aux dons de terrains écosensibles en inventaire, des demandes pourraient être formulées afin qu'un traitement similaire soit accordé aux dons d'actions inscrites en Bourse et détenues en inventaire (comme dans le cas des courtiers en valeurs mobilières), puisque de telles actions sont admissibles à l'exemption de gains en capital pour les dons lorsqu'elles sont des biens en immobilisation. Aussi, en vertu des règles actuelles, l'avantage fiscal rattaché aux dons de biens en inventaire dépend du coût du bien et non de sa valeur marchande, ce qui permet d'éviter les questions liées à l'évaluation de cette valeur. L'évaluation de la JVM du bien donné serait primordiale si l'avantage additionnel était déterminé selon le gain relatif au bien. Bien qu'un processus soit en place pour déterminer la valeur de terrains écosensibles (comme pour les dons de biens en immobilisation), l'évaluation de tels biens comporte des difficultés importantes d'un point de vue administratif.

31. APPLICATION DU PARAGRAPHE 81(3.1) L.I.R.

Le paragraphe 81(3.1) L.I.R. permet à des employés qui, par ailleurs, occupent un autre emploi ou exploitent une entreprise de recevoir une allocation de déplacement non imposable relativement à un travail à temps partiel lorsque certaines conditions sont respectées, dont notamment un déplacement d'au moins 80 kilomètres à partir du lieu de résidence et du lieu de l'autre emploi ou de l'entreprise. La politique de l'ARC⁵² était de limiter l'application du paragraphe 81(3.1) L.I.R. aux employés occupant un emploi et d'exclure ceux qui occupaient une charge au sens du paragraphe 248(1) L.I.R.

⁵² Voir par exemple AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9334755, 30 juin 1994.

L'interprétation technique 2008-0273351E5⁵³ portant sur des membres de comités devant se déplacer pour occuper cette charge semble opérer un changement à ce sujet. Pouvez-vous nous confirmer que le paragraphe 81(3.1) L.I.R. peut s'appliquer de façon générale aux employés occupant une charge?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 81(3.1) L.I.R. permet, entre autres, à un employé qui occupe un emploi à temps partiel auprès d'un employeur avec lequel il n'a aucun lien de dépendance et qui occupe un autre emploi ou exploite une entreprise, d'exclure les montants reçus de son employeur à titre d'allocations ou de remboursements pour ses frais de déplacement entre sa résidence personnelle et son lieu de travail dans la mesure où ces montants sont raisonnables et si cet emploi à temps partiel est exécuté à un endroit situé à au moins 80 kilomètres de sa résidence habituelle et du lieu de son autre emploi ou de son entreprise.

À cet égard, nous sommes d'avis que l'expression « emploi à temps partiel » pourrait comprendre une charge à temps partiel aux fins du paragraphe 81(3.1) L.I.R., si toutes les conditions de ce paragraphe étaient par ailleurs respectées.

32. DROITS D'ADHÉSION À UN CENTRE SPORTIF ASSUMÉS PAR L'EMPLOYEUR

Le *Bulletin d'interprétation* IT-148R3⁵⁴ énonce les lignes directrices permettant de déterminer si le paiement des droits d'adhésion à un centre sportif constitue un avantage imposable pour les employés :

« En règle générale, le paiement ou le remboursement par l'employeur des cotisations à un club ou des droits d'adhésion serait considéré comme un avantage imposable pour l'employé. Toutefois, comme le précise la dernière version du bulletin IT-470, *Avantages sociaux des employés*, si l'employeur assume les droits d'adhésion à un club social ou à un club d'athlétisme, on ne considère pas que l'employé a touché un avantage imposable si l'adhésion profite principalement à l'employeur plutôt qu'à l'employé. [...] De plus, aucun avantage imposable ne découle généralement d'une situation dans laquelle l'employeur assume, pour ses employés, les frais d'utilisation de telles

⁵³ *Id.*, interprétation technique 2008-0273351E5, 26 août 2008.

⁵⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-148R3, « Biens récréatifs et cotisations à un club », 21 juillet 1997.

installations fournies par une organisation à laquelle l'employeur est lié ou non, pourvu que tous les employés aient droit, au même titre, à l'utilisation des installations ou à l'adhésion. En revanche, si l'adhésion au club tient d'un avantage social qui profite peu ou pas à l'entreprise de l'employeur, les droits d'adhésion sont considérés comme un avantage imposable pour l'employé et entrent dans le calcul du revenu de ce dernier. [...] Il incombe à l'employeur et à l'employé de faire la preuve que l'adhésion à un club profite principalement à l'employeur⁵⁵. »

Questions à l'ARC

- a) Malgré le fait que le *Bulletin d'interprétation* IT-148R3 indique « tous les employés », est-ce que, dans un cas où l'employeur assume le paiement de la cotisation à un centre sportif pour la totalité des employés d'une même catégorie (par exemple, tous les policiers employés par une municipalité), l'ARC conviendrait d'étendre l'application de sa politique administrative afin qu'il n'y ait pas d'avantage imposable pour les employés d'une même catégorie bénéficiant du paiement de cette cotisation par l'employeur?
- b) Selon plusieurs études, les personnes qui participent à un programme de conditionnement physique affichent une productivité supérieure à celle de leurs collègues inactifs. De plus, une vie active réduit l'absentéisme pour cause de maladie, de blessure et de stress. Cette augmentation de la productivité et cette réduction de l'absentéisme profitent nécessairement à l'employeur.

En tenant compte de ce qui précède et en présupposant que les autres conditions énoncées par le *Bulletin d'interprétation* IT-148R3 sont remplies, est-ce que l'ARC peut nous indiquer si un motif de réduction du taux d'absentéisme ou d'augmentation de la productivité de ses employés invoqué par un employeur pourrait être suffisant pour considérer qu'il n'y aurait pas d'avantage imposable infligé aux employés bénéficiant d'un paiement ou d'un remboursement des cotisations ou des droits d'adhésion à un club par leur employeur?

Réponses de l'ARC

- a) Le paragraphe 12 du *Bulletin d'interprétation* IT-148R3 présente l'approche à utiliser afin de déterminer si le paiement ou le

⁵⁵ *Id.*, par. 12.

remboursement de cotisations à un club par un employeur donne lieu à un avantage imposable pour un employé.

Afin de déterminer si un avantage imposable doit être inclus dans le revenu d'un employé relativement au paiement ou au remboursement de cotisations à un club par un employeur, il est nécessaire de déterminer qui de l'employé ou de l'employeur profite principalement de l'adhésion au club. Dans le cadre de cette analyse, un des facteurs à considérer est celui de savoir si tous les employés de l'employeur ont accès aux installations récréatives ou de conditionnement physique.

Ainsi, lorsque des installations récréatives ou de conditionnement physique sont mises à la disposition d'employés, l'analyse de l'ARC doit toujours se concentrer sur qui, de l'employeur ou des employés, profite principalement de l'adhésion au club. Généralement, le fait que des installations récréatives ou de conditionnement physique ne sont disponibles que pour une catégorie d'employés de l'employeur mènera généralement à la conclusion qu'un avantage imposable doit être inclus dans le revenu de ces employés.

- b) L'ARC reconnaît que l'adhésion à des installations récréatives ou de conditionnement physique peut, dans une certaine mesure, profiter à l'employeur par le biais d'une productivité accrue des employés qui utilisent ces installations. Malgré ces avantages, l'ARC ne croit pas que l'employeur soit généralement la personne qui profite principalement de l'adhésion des employés à des installations récréatives ou de conditionnement physique. Ultimement, ces dépenses sont de nature personnelle et n'ont pas nécessairement un lien avec les fonctions de l'emploi.

Dans certaines situations, l'adhésion à des installations récréatives ou de conditionnement physique peut profiter principalement à l'employeur, et ce, en raison de la nature de l'emploi. Il est possible qu'un certain niveau de conditionnement physique soit nécessaire pour que l'employé puisse remplir les fonctions de son emploi. Dans de telles circonstances, l'ARC sera généralement d'avis qu'un avantage imposable n'a pas à être inclus dans le calcul du revenu de l'employé.

Question au ministère des Finances du Canada

L'alinéa 6(1)a) L.I.R. a une portée très large. L'ARC est venue préciser l'application de cet alinéa en publiant divers bulletins et interprétations techniques. Le ministère des Finances peut-il formuler des commentaires sur

notre recommandation de codifier les politiques administratives de l'ARC concernant la portée de cet alinéa?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Bien que le ministère des Finances soit responsable de l'élaboration des lois et des politiques fiscales, l'application des lois fiscales relève de l'ARC.

La position publique de l'ARC à l'égard des droits d'adhésion et des installations de centres sportifs ainsi que, de façon générale, de son application de l'alinéa 6(1)a L.I.R. est conforme aux principes de la politique fiscale. Il s'avérerait difficile d'incorporer dans la loi fiscale les nombreuses et diverses positions administratives que l'ARC a publiées concernant l'application de cet alinéa, et peu probable que cela contribue à accroître la prévisibilité dans l'application des principes sous-jacents à cet alinéa.

33. AUTOMOBILE FOURNIE PAR L'EMPLOYEUR – LES IMPACTS DE LA CRISE FINANCIÈRE SUR LA LOCATION D'UNE AUTOMOBILE PAR RAPPORT À SON ACHAT

Lors de la Table ronde sur la fiscalité fédérale⁵⁶ du Congrès 2005 de l'APFF, il a été démontré à partir de plusieurs exemples concrets que l'avantage imposable pour droit d'usage d'une automobile fournie par l'employeur était, pour l'essentiel, deux fois plus élevé si l'employeur faisait l'acquisition de l'automobile par rapport à une location type de 48 mois. Il avait aussi été démontré que cet écart injustifiable ne s'expliquait pas par le fait que l'avantage imposable pour droit d'usage sur une automobile louée était trop faible, mais plutôt parce que le calcul de l'avantage imposable sur une automobile achetée surestimait largement l'avantage pour droit d'usage. En effet, pour obtenir un avantage imposable pour la location qui équivaldrait à celui pour l'achat, il faudrait alors prévoir un avantage égal à environ 135 % des frais de location pour une location type de 48 mois plutôt que 66 ⅔ % des frais de location comme c'est prévu depuis 1981. En termes de politique fiscale, il est inconcevable que deux employés conduisant des véhicules identiques (avec une utilisation à 50 % ou moins à des fins d'affaires) comportant des frais de location identiques se voient imposer du simple au double selon que l'employeur a choisi l'option de louer

⁵⁶ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 59:1-72, question 2.7., aux pages 59:20-22.

l'automobile ou l'option d'acheter le véhicule. En effet, la plupart des employés n'ont aucun contrôle sur cette décision de l'employeur.

Bien que le ministère des Finances ait indiqué à l'automne 2005 qu'il tiendrait compte dans l'examen à venir des mesures concernant les automobiles, il n'y a toujours pas eu de modifications législatives et le même problème existe toujours. Or, avec la crise financière depuis l'automne 2008, ce problème d'iniquité fiscale a pris de l'ampleur. En effet, certains fabricants d'automobiles bien connus ont cessé d'offrir des contrats de location forçant ainsi leurs concessionnaires à n'offrir que l'achat d'automobiles à leurs clients. Cela a donc pour effet de placer de tels concessionnaires en situation de concurrence commerciale fortement affaiblie lorsque des employeurs sont à la recherche de véhicules pour certains de leurs employés. En effet, l'écart est tel entre le calcul de l'avantage pour droit d'usage selon qu'il s'agit d'une automobile louée ou achetée qu'il ne s'agit alors plus d'une décision économique, mais plutôt d'une décision purement fiscale, et ce, même si le taux d'intérêt applicable au contrat de location est beaucoup plus élevé que sur un financement à l'achat.

D'autre part, alors que les marchés financiers sont à la recherche de liquidités et que le financement est difficile à trouver pour bien des fabricants et concessionnaires d'automobiles, un nombre d'employeurs plus important qu'on ne le croit serait définitivement prêt à opter pour l'acquisition d'automobiles à même leurs liquidités plutôt que pour la location. Cela peut être très justifié pour profiter des rabais offerts par les manufacturiers ou encore pour éviter de payer des frais d'intérêt rattachés aux contrats de location lorsque l'employeur a les liquidités suffisantes ou encore parce que le taux de financement offert à l'achat serait plus intéressant. Cependant, encore une fois, les règles fiscales procurent un écart tellement défavorable et important à l'encontre de l'acquisition de l'automobile qu'il ne peut alors en résulter qu'une décision d'opter pour la location dans la très grande majorité des cas.

Le ministère des Finances peut-il formuler des commentaires sur la politique fiscale sous-jacente concernant l'usage personnel d'un véhicule fourni par l'employeur?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances se penche continuellement sur la façon d'améliorer le régime fiscal tout en tenant compte des priorités de l'État et des ressources budgétaires disponibles. Les plafonds et les taux relatifs à

l'utilisation d'une automobile sont examinés chaque année. Dans cette optique, nous accueillons les observations de groupes comme l'APFF au sujet des déductions relatives à l'utilisation d'une automobile.

34. ÉMISSION D' ACTIONS EN FAVEUR D' UN EMPLOYÉ

Le paragraphe 7(1.1) L.I.R. prévoit lorsqu'une SPCC a convenu d'émettre de ses actions à l'un de ses employés avec lequel elle n'a aucun lien de dépendance, que l'employé qui a acquis ses actions en vertu de la convention est réputé avoir reçu, en raison de son emploi au cours de l'année où il a disposé de ses actions, un avantage égal à l'excédent de la valeur des actions au moment où il les a acquises **sur le total de la somme qu'il a payée ou doit payer pour ses actions et de la somme qu'il a payée pour acquérir le droit d'acquérir les actions.**

- a) Est-ce que le paragraphe 7(1.1) L.I.R. s'applique afin de reporter l'imposition de l'avantage dans l'année de la disposition des actions par l'employé dans la situation où une société se serait engagée au début de son exercice financier à verser à l'employé un boni de 100 000 \$ en fin d'année, et qu'à la fin de cette année, la société donnerait le choix à l'employé de troquer son boni de 100 000 \$ contre des actions de la société d'une valeur de 100 001 \$ souscrites à un montant de 1 \$?
- b) Est-ce que la réponse serait différente dans les situations suivantes :
 - i) le choix à l'employé entre le boni et les actions souscrites à escompte aurait été accordé au début de l'exercice financier;
 - ii) si le boni n'était conditionnel à l'atteinte d'objectifs déterminables qu'à la fin de l'exercice financier de la société, et qu'ainsi le droit au boni ne serait acquis par l'employé qu'à ce moment; l'employé devrait choisir entre le boni et la souscription à 1 \$, au moment où le montant du boni serait déterminé par la société?

Réponse de l'ARC

La question de savoir si le paragraphe 7(1.1) L.I.R. est applicable dans une situation donnée est une question de fait qui ne peut être résolue qu'après un examen de tous les faits et documents reliés à la situation. De plus, il nous est impossible de déterminer si le paragraphe 7(1.1) L.I.R. serait applicable ou non à l'égard des trois scénarios ci-dessus sur la base des seuls faits présentés.

Dans une situation telle que celle décrite dans le scénario 1, le boni de 100 000 \$ serait inclus dans le revenu de l'employé en vertu du paragraphe 5(1) L.I.R. si les actions de la société étaient émises à titre de paiement d'un boni déjà payable.

Dans une situation telle que celle présentée dans le deuxième scénario, le paragraphe 7(1.1) L.I.R. pourrait s'appliquer si une convention avait été conclue au début de l'année d'imposition par la société et l'employé, dans laquelle l'employé avait alors choisi de recevoir son boni en actions du capital-actions de la société, et que l'employé n'a pas de lien de dépendance avec la société immédiatement après la conclusion de la convention.

Dans une situation comme celle dans le troisième scénario, le paragraphe 7(1.1) L.I.R. pourrait s'appliquer si certaines conditions sont satisfaites, notamment si le choix de l'employé de recevoir des actions plutôt que de l'argent est exercé avant que le boni devienne payable à l'employé.

Nos commentaires ci-dessus font abstraction de l'application possible d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* compte tenu du fait que nous ne connaissons pas les opérations subséquentes qui seraient réalisées à l'égard des actions émises par la société.

GESTION FISCALE

35. OBLIGATION DE PRODUIRE LE FEUILLET T4A

Lors de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2006⁵⁷ de l'APFF, l'ARC mentionnait qu'il n'y aura pas de changement dans la position courante quant à l'obligation de produire des Feuilles T4A avant que des discussions avec les émetteurs soient terminées.

Par ailleurs, selon l'interprétation technique 2007-0262511E5⁵⁸, la position de l'ARC quant à l'obligation de produire des Feuilles T4A voulait que l'établissement d'un Feuille T4A n'ait pas été exigé dans les circonstances suivantes :

⁵⁷ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 53:1-72.

⁵⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0262511E5, 2 juin 2008.

- 1) lorsque le paiement effectué est inférieur à 500 \$, dans la mesure où aucun impôt n'est retenu à l'égard du paiement;
- 2) lorsque des services sont rendus à un particulier à titre personnel par un professionnel ou toute autre personne qui exerce un métier, ou dans les cas où les services sont rendus pour la réparation ou l'entretien de la résidence principale d'un particulier.

Également, selon ladite interprétation technique, l'ARC n'insisterait pas sur la production des Feuilles T4A lorsqu'on se trouve dans une situation énumérée dans le guide RC4157⁵⁹. Ces situations sont les suivantes :

- les paiements faits par un ministère ou une société d'État pour des biens et services;
 - les paiements faits par un particulier, une société de personnes, une fiducie ou une société dont la principale activité commerciale est la construction, si ces paiements sont faits à des sous-traitants pour des services de construction;
 - les montants versés ou crédités à des non-résidents du Canada, tels que des intérêts, des dividendes, des revenus de location, des redevances, des revenus de pension, des allocations de retraite ou d'autres revenus de ce genre;
 - les paiements qui proviennent d'une convention de retraite;
 - les honoraires de gestion, les jetons de présence, les pourboires, les primes d'une police d'assurance vie temporaire payés pour les employés actuels et les autres revenus d'emploi;
 - les paiements reçus en vertu d'un régime de prestations supplémentaires de chômage (PSC) qui **n'est pas** admissible à ce titre en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.
- a) L'ARC peut-elle préciser sa position quant à l'obligation de produire un Feuille T4A ou prévoit-elle apporter des modifications éventuellement à sa politique administrative?

⁵⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, guide 4157, « Comment retenir l'impôt sur les revenus de pension ou d'autres sources et établir le feuille T4A et le Sommaire », RC4157(F) Rév. 08.

- b) Est-ce que la politique de l'ARC vise les situations où :
- i) des services sont rendus par un professionnel (comptable, avocat, etc.) à une société ou société de personnes, même s'il y a une facture ou un contrat relatif au service rendu?
 - ii) des services sont rendus dans le cadre de contrats d'entretien extérieur (déneigement, pelouse) et d'entretien intérieur (entretien ménager)?
 - iii) des services sont rendus par des firmes de ressources humaines (formation, recrutement, rémunération)?
- c) Dans la mesure où un Feuillet T4A n'est pas produit, comment l'ARC applique-t-elle les pénalités?

Réponse de l'ARC

La position actuelle de l'ARC, telle qu'elle est énoncée dans l'interprétation technique 2007-0262511E5, ne peut pas être davantage précisée puisque la question de savoir si des Feuilles T4A doivent être exigés à l'égard de paiements d'honoraires ou d'autres sommes par une entreprise à une autre entreprise est toujours à l'étude.

Bien que l'ARC étudie présentement la possibilité d'administrer strictement la déclaration des honoraires et des services d'une entreprise à l'autre, telle qu'elle est édictée à l'alinéa 153(1)g) L.I.R. et à l'article 200 R.I.R., en requérant la production de Feuilles T4A dans certaines circonstances, aucune décision finale à cet égard n'a été prise.

Nous sommes conscients de l'importance d'un tel changement, s'il est apporté, pour les entreprises qui paient des honoraires ou autres sommes pour des services rendus par d'autres entreprises. C'est pourquoi nous poursuivrons nos consultations à l'externe. De plus, nous nous proposons d'évaluer les incidences d'une telle exigence au moyen de projets conçus pour des secteurs d'activité particuliers.

Il serait donc prématuré de nous prononcer sur des situations précises tant que notre étude n'aura pas été complétée.

36. ACTIONS COTÉES À UNE BOURSE ÉTRANGÈRE DÉTENUES CHEZ UN COURTIER CANADIEN ET FORMULAIRE T1135

En vertu de l'article 233.3 L.I.R., des règles sont prévues afin de forcer la production du Formulaire T1135 par un contribuable (particuliers, fiduciaires, sociétés) ou par une société de personnes lorsque, à un moment quelconque de l'année, le contribuable détient des « biens étrangers déterminés » dont le total du coût indiqué de tels biens excède 100 000 \$. En vertu de la définition de « bien étranger déterminé » prévue au paragraphe 233.3(1) L.I.R., cela comprend les actions du capital-actions d'une société non résidente, peu importe qu'elles soient détenues par l'intermédiaire d'une firme de courtage en valeurs mobilières au Canada ou à l'étranger.

Or, il appert que la grande majorité des contribuables visés par l'obligation de produire le Formulaire T1135 sont des particuliers ou des sociétés de portefeuille qui ne détiennent, comme « biens étrangers déterminés », que des actions de grandes sociétés cotées à la Bourse de New York par l'intermédiaire d'une firme de courtage en valeurs mobilières au Canada ou un gestionnaire de portefeuille ayant son établissement au Canada. Les Formulaires T5 à l'égard des dividendes reçus sur de telles actions ou les Formulaires T5008 à l'égard de la disposition de tels titres boursiers sont donc envoyés par les firmes de courtage canadiennes aux contribuables détenant de tels titres cotés à la Bourse de New York. Bref, les informations que désirent obtenir les autorités fiscales font déjà l'objet d'un suivi au moyen des formulaires produits par les firmes de courtage et qui sont en plus reproduites dans certaines annexes des déclarations fiscales (T1, T2 ou T3).

D'autre part, le défaut de produire le Formulaire T1135 peut entraîner de coûteuses pénalités. Déjà, un certain nombre de comptables et de préparateurs ont subi les foudres de leurs clients, car le Formulaire T1135 fut omis ou produit tardivement et des pénalités furent appliquées par l'ARC. Pourtant, il y a présentement au gouvernement fédéral une volonté ferme de réduire la paperasserie administrative pour les petites entreprises et pour laquelle le gouvernement fédéral a d'ailleurs instauré un programme particulier à cet égard.

Le ministère des Finances du Canada peut-il formuler des commentaires sur notre recommandation d'enlever de la définition « bien étranger déterminé » les actions de sociétés non résidentes détenues par l'intermédiaire d'une firme de courtage en valeurs mobilières au Canada ou un gestionnaire de portefeuille ayant son établissement au Canada?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Nous comprenons vos préoccupations. Nous sommes prêts à nous pencher sur cette possibilité et nous étudierons la question en consultation avec l'ARC.

37. DÉPÔT RÉPÉTITIF DE PROPOSITIONS LÉGISLATIVES

Depuis près de sept ans, les praticiens assistent à une multiplication et à une répétition du dépôt de propositions législatives ou de projets de loi. L'exemple du bill technique du 20 décembre 2002 est frappant. Il s'est par la suite transformé en propositions législatives du 27 février 2004, puis en celles du 18 juillet 2005 pour aboutir en Projet de loi C-33 qui est par la suite devenu le Projet de loi C-10 qui fut finalement bloqué au Sénat et qui est mort au feuillet en raison du déclenchement d'élections fédérales à l'automne 2008. Bien que nous reconnaissons clairement que cela a souvent résulté du déclenchement à répétition d'élections fédérales, il en résulte une tâche beaucoup plus lourde pour les praticiens désirant suivre le rythme des modifications fiscales.

En effet, à chaque nouveau dépôt de propositions législatives, nous retrouvons d'anciennes propositions qui n'ont pas été retouchées, d'anciennes propositions qui ont subi de légères ou de plus profondes modifications, le tout étant entremêlé de toutes nouvelles propositions législatives. Finalement, d'autres mesures proposées antérieurement finissent par se retrouver dans d'autres projets de loi ou encore sont abandonnées. Les praticiens doivent alors recommencer tout leur travail de lecture et de recherche afin de tenter de trouver s'il y a eu ou non une modification à une mesure initialement déposée il y a quelques années ou encore si la mesure a finalement été adoptée. Enfin, il n'est pas rare que des employés spécialisés de l'ARC dans un centre fiscal finissent par ne pas être au courant d'une mesure législative technique finalement adoptée et sanctionnée.

Le ministère des Finances peut-il formuler des commentaires sur notre recommandation de fournir un classement distinct ou une annotation spéciale lors de dépôts de propositions législatives ou de projets de loi afin de regrouper séparément les nouvelles mesures et les mesures déjà déposées antérieurement n'ayant pas été retouchées, ou d'indiquer dans les notes explicatives que le texte législatif proposé n'a pas du tout été modifié depuis la version précédente?

Réponse du ministère des Finances du Canada

Nous comprenons vos préoccupations et avons indiqué à diverses occasions par le passé que nous allions examiner la possibilité d'utiliser des soulignements dans les projets de loi fiscale afin d'indiquer les changements apportés aux projets de loi antérieurs. Puisque les projets de loi fiscale et les communiqués sont disponibles en ligne, nous examinons la possibilité que des logiciels commerciaux puissent être utilisés afin d'atteindre cet objectif. Nous garderons également ces préoccupations à l'esprit quand nous préparerons des documents relatifs aux projets de loi, comme des notes explicatives.

38. LIGNES DIRECTRICES SUR LA « LIMITATION DES AVANTAGES »

Le 22 mai 2009, l'ARC a publié des lignes directrices⁶⁰ pour les contribuables demandant des avantages prévus par le paragraphe 6 de l'article XXIX A de la Convention fiscale Canada-États-Unis (ci-après « Convention »). L'article XXIX A, désigné sous le nom de disposition sur la « limitation des avantages », vise à empêcher les résidents de pays tiers de bénéficier des avantages de la convention par des structures et des ententes reconnues pour causer du « chalandage fiscal ».

Nous désirons avoir certaines précisions sur ces lignes directrices :

- a) Le paragraphe 17 des lignes directrices ouvre la porte à l'obtention d'une lettre d'attestation couvrant une période antérieure si le contribuable était également admissible durant cette période antérieure selon les faits pertinents. Est-ce qu'une lettre d'attestation pourra être émise durant une période antérieure même si, au moment de la demande, le contribuable n'est pas admissible mais l'avait été durant cette période antérieure?
- b) Au paragraphe 9 des lignes directrices, il est mentionné que les particuliers résidant aux États-Unis et presque tous les autres résidents des États-Unis n'auront pas besoin de présenter une demande puisqu'ils satisferont à l'une des épreuves objectives de l'article XXIX A. Pourquoi l'ARC prévoit-elle que « presque tous les autres résidents » vont satisfaire à l'une des épreuves objectives?

⁶⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Lignes directrices pour les contribuables demandant des avantages prévus par la Convention en vertu du paragraphe 6 de l'article XXIX A de la Convention fiscale Canada-États-Unis*, 22 mai 2009.

- c) Au paragraphe 10d) des lignes directrices, il est mentionné que toute « modification importante » de ce qui a été présenté entraînera l'annulation des avantages prévus par la convention. Par conséquent, l'autorité compétente et toutes les autres personnes avec qui le contribuable traite doivent être avisées dans les 60 jours suivant la « modification importante ». Est-ce que l'ARC pénalisera un payeur canadien pour ne pas avoir fait des retenues à la source au taux hors convention dans le cas où l'autre contribuable n'a pas satisfait son obligation d'aviser le payeur canadien?
- d) Le paragraphe 18 des lignes directrices précise qu'un changement important est défini comme un changement qui pourrait avoir influencé la décision de l'autorité compétente. Est-ce que l'ARC peut donner des critères qui seront utilisés pour déterminer ce qui est important?

Réponses de l'ARC

- a) L'autorité compétente peut octroyer rétroactivement les avantages prévus par la Convention. Dans de telles circonstances, nous anticipons le fait que normalement le contribuable devrait également se qualifier pour les avantages prévus par la Convention en vertu des faits pertinents au moment où la demande est présentée. Cependant, nous reconnaissons que cela peut ne pas être le cas et chaque demande sera considérée en fonction de son mérite individuel et de tous les faits pertinents.
- b) L'ARC est d'avis que la plupart des contribuables qui demandent à bénéficier des avantages prévus par la Convention seront des « personnes admissibles » aux fins de l'article XXIX A de la Convention ou qu'ils satisferont aux avantages accordés en vertu des paragraphes 3 et 4 de cet article. Cela est cohérent avec l'opinion voulant que la plupart des résidents des États-Unis ne soient pas établis aux États-Unis en vue de faciliter le « chalandage fiscal » par des résidents de pays tiers.
- c) Si un bénéficiaire non résident avise un payeur qu'il n'a plus droit aux avantages prévus par la Convention ou si le payeur a, par ailleurs, des raisons valables de croire que le bénéficiaire non résident n'a plus droit aux avantages prévus par la Convention, l'ARC s'attend à ce que le payeur retienne le montant total de l'impôt sans tenir compte des avantages prévus par la Convention. Si un payeur ne retient pas assez d'impôt, l'ARC peut établir un avis de cotisation pour l'impôt, l'intérêt et la pénalité, s'il y a lieu, au payeur ou un avis de cotisation pour l'impôt et l'intérêt au bénéficiaire non résident.

- d) Le paragraphe 18 fournit des lignes directrices générales en ce qui concerne le type d'événement qui pourrait mettre fin à l'octroi des avantages prévus par la Convention. De façon claire, un changement important inclut une fausse déclaration ou un événement significativement pertinent qui permettrait de considérer si les alinéas 6 a) ou b) de l'article XXIX A de la Convention s'appliquaient ou continueront de s'appliquer.

39. DÉCRET DE REMISE DE 1988

La question porte sur l'application du décret de 1988 concernant la remise d'impôt sur certains revenus de particuliers gagnés dans la province de Québec.

Considérons la situation suivante : un particulier non résident possède un immeuble au Québec. Le particulier n'exploite pas d'entreprise et l'activité d'exploitation n'est pas vue comme une entreprise. Ce particulier fait le choix en vertu de l'article 216 L.I.R. de produire une déclaration de revenus en vertu de la Partie I L.I.R. Le revenu de location est le seul revenu du particulier au Canada.

Le particulier n'a aucun «revenu gagné dans l'année dans une province» en vertu de l'alinéa 120(4)a) L.I.R. puisque selon les règlements, le revenu d'un particulier non résident n'inclut pas le revenu tiré d'un bien. Le particulier est donc assujéti à la surtaxe de 48 % de l'impôt en vertu du paragraphe 120(1) L.I.R. sur son revenu de location.

Selon la *Loi sur les impôts* du Québec, le revenu de location est également imposable au Québec, créant ainsi une double imposition.

Le décret de remise de 1988 venait régler ces cas de double imposition en remettant la surtaxe de 48 % au particulier. Ce décret s'appliquait aux années d'imposition 1983 à 1996. Il convient de noter que ce décret ne s'applique qu'aux particuliers et que de telles situations de double imposition existent avec des sociétés ou des fiducies.

Question à l'ARC

Est-ce que l'ARC peut nous confirmer qu'elle continue d'appliquer le décret de remise de 1988?

Réponse de l'ARC

L'ARC continue d'appliquer le décret de remise de 1988 concernant la remise d'impôt sur certains revenus de particuliers gagnés dans la province de Québec.

Cependant, en tenant compte du libellé qui s'appliquait jusqu'en 1996, nous ne croyons pas que le décret de remise de 1988 s'applique à la présente situation puisque, selon les faits donnés, le particulier n'exploite pas d'entreprise et l'activité d'exploitation n'est pas vue comme une entreprise. En conséquence, le revenu de loyers dans la présente situation ne représente pas un « revenu gagné durant l'année dans une province » puisque cette expression, telle qu'elle est définie au paragraphe 2602(1) R.I.R., ne comprendrait que le revenu de loyers qui est du revenu tiré d'une entreprise, gagné dans une province. L'article 3 du décret de remise s'applique aux particuliers qui n'ont pas résidé au Canada au cours d'une année d'imposition. Afin de calculer la remise à laquelle un particulier a droit, l'article 3 prévoit une modification de l'article 2602 R.I.R. aux fins du calcul de son revenu gagné au cours de l'année dans la province de Québec. Le revenu de loyers gagné dans la présente situation ne fait pas partie du revenu gagné dans une province aux fins de l'article 3 du décret de remise ni du paragraphe 120(1) L.I.R. La surtaxe prévue au paragraphe 120(1) L.I.R. est donc applicable à l'égard de ce revenu.

Questions au ministère des Finances du Canada

- a) Est-ce que l'application du décret de remise sera prolongée?
- b) Est-ce que le ministère des Finances considère étendre l'application du décret de remise aux sociétés et aux fiducies pour des situations similaires afin d'éviter la double imposition?

Réponses du ministère des Finances du Canada

- a) Des fonctionnaires du ministère des Finances travaillent à la rédaction d'un projet de décret de remise visant à prolonger la période d'application du décret de remise de 1988, et le tout devrait être soumis à l'approbation du Conseil du Trésor dans les prochains mois.
- b) À notre connaissance, le ministère des Finances n'a reçu aucune demande en ce sens. Le décret de remise s'applique aux particuliers, et comme la *Loi sur les impôts* du Québec précise que les fiducies sont

imposables au même titre que les particuliers, elles sont visées par le décret.

Si des incidences particulières de double imposition surviennent en raison de l'interaction de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada et de la *Loi sur les impôts* du Québec, vous pouvez les porter à notre attention.

FISCALITÉ ET NORMES COMPTABLES

40. PREMIÈRE APPLICATION DES NORMES INTERNATIONALES D'INFORMATION FINANCIÈRE (IFRS)

Les entreprises ayant une obligation publique de rendre des comptes au Canada devront utiliser les normes internationales d'information financière (ci-après « IFRS » pour International Financial Reporting Standards) afin d'établir leurs états financiers intermédiaires et annuels pour les exercices financiers ouverts à compter du 1^{er} janvier 2011. Selon un exposé-sondage publié par le Conseil des normes comptables (ci-après « CNC ») en avril 2009, les entreprises à capital fermé pourraient choisir d'adopter les IFRS ou un ensemble de normes proposées spécialement pour elles.

Les IFRS exigent que l'entité présente un état de la situation financière (bilan) d'ouverture à la date de transition. En préparant son premier jeu d'états financiers IFRS, l'entité doit utiliser des conventions comptables conformes aux IFRS en vigueur à la fin de la première période annuelle où elle applique ces normes. L'un des principes clés des IFRS est d'exiger une application rétrospective complète tout en permettant un nombre restreint d'exemptions facultatives et obligatoires au moment de l'adoption initiale. À la suite de cette transition, certains actifs, passifs, produits ou charges constatés selon les normes comptables actuellement en vigueur au Canada pourraient ne plus l'être et, inversement, certains éléments pourraient devoir être constatés alors qu'ils ne répondaient pas aux anciens critères de comptabilisation canadiens.

Selon le CNC, plusieurs normes comptables actuellement en vigueur au Canada sont semblables aux IFRS, mais il existe des différences importantes entre certaines autres normes. Par exemple, les IFRS ont recours plus fréquemment à l'utilisation optionnelle ou obligatoire de la JVM pour évaluer les actifs et les passifs que les normes canadiennes actuellement en vigueur. De même, on dénote un accroissement de la probabilité de charges pour dépréciation et une accélération de leur comptabilisation avec la possibilité de les renverser si les faits et circonstances redeviennent plus favorables.

Les sociétés canadiennes qui appliqueront les IFRS le 1^{er} janvier 2011 seront donc tenues de présenter les chiffres comparatifs de l'exercice précédent. Cela nécessitera l'application rétroactive des IFRS aux postes des états financiers de 2010. L'effet cumulatif de ces rajustements sera présenté, net d'impôts, comme un rajustement du solde des bénéfices non répartis au 1^{er} janvier 2010. Un rajustement du montant du bénéfice comptable publié antérieurement surviendra donc lorsque la société retraitera ses états financiers de 2010 pour refléter l'adoption des IFRS.

Nous demandons à l'ARC de confirmer ce qui suit :

- a) Dans l'hypothèse d'une fin d'année au 31 décembre, la société n'aura pas à produire de déclaration de revenus amendée pour ses exercices financiers terminés avant le 31 décembre 2011;
- b) Dans les situations où les produits et les charges reconnus aux fins comptables servent à l'établissement du revenu fiscal, tout rajustement découlant d'une réévaluation des produits et des charges d'un exercice antérieur devrait être ajouté ou déduit, le cas échéant, au revenu fiscal du premier exercice financier suivant l'adoption des IFRS.

Réponse de l'ARC

L'ARC étudie actuellement l'impact des IFRS sur le calcul du revenu imposable. Nous informerons les sociétés de l'impact des IFRS sur le calcul du revenu imposable dans une prochaine parution d'un bulletin de nouvelles techniques et/ou sur notre site Internet, dès que notre étude sera complétée.

41. IMPACTS FISCAUX DE L'INTRODUCTION DU NOUVEAU CHAPITRE 3031 SUR LES STOCKS DU *MANUEL DE L'ICCA*⁶¹

Le CNC a publié en juin 2007 un nouveau chapitre du *Manuel de l'ICCA*, le chapitre 3031 intitulé « Stocks », qui remplace le chapitre 3030 portant le même titre. Le nouveau chapitre 3031 sur les stocks s'applique aux états financiers intermédiaires et annuels des exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2008.

De façon générale, le chapitre 3031 exige que les stocks soient évalués au plus faible du coût et de la valeur nette de réalisation (ci-après « VNR »).

⁶¹ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA.

Le chapitre 3030 n'exigeait pas que les stocks soient évalués de cette façon et il se peut, par conséquent, que l'exigence prévue dans le chapitre 3031 entraîne des changements de pratique significatifs pour certaines entités. Bien que la plupart des sociétés canadiennes aient déjà évalué leurs stocks au moindre du coût et de la valeur marchande, cette dernière n'était pas toujours définie comme étant la VNR. Certaines sociétés au Canada utilisaient le coût de remplacement pour établir la valeur marchande d'une partie ou de la totalité de leurs stocks.

La VNR correspond au prix de vente estimé dans le cours normal des activités, diminué des coûts estimés à l'achèvement et des coûts estimés à réaliser la vente. Si la méthode d'évaluation choisie historiquement par l'entreprise pour déterminer la valeur marchande était celle du coût de remplacement, l'introduction du nouveau chapitre 3031 entraînerait un rajustement aux états financiers, s'il existe un écart entre ce coût de remplacement et la VNR.

De même, le chapitre 3031 contient des indications détaillées sur l'imputation des frais généraux de production fixes et variables, y compris des indications sur l'imputation des frais généraux de production fixes fondée sur la capacité normale des installations de production. Certaines entités verront des changements substantiels dans le mode de détermination du coût de leurs stocks, y compris dans l'imputation de leurs frais généraux, à la suite de l'adoption des indications contenues dans le chapitre 3031.

Les entités peuvent appliquer le nouveau chapitre 3031 aux stocks d'ouverture de la période et rajuster le solde d'ouverture des bénéfices non répartis afin de tenir compte de l'écart dans l'évaluation des stocks d'ouverture sans retraiter les chiffres des périodes antérieures ou rétrospectivement en retraitant les chiffres des périodes antérieures.

Aux fins fiscales, l'article 10 L.I.R. prévoit que le stock d'une entreprise qui ne constitue pas un « projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial » peut être évalué au moindre du coût ou de la JVM pour chacun des articles, et l'article 1801 R.I.R. prévoit que tous les biens peuvent être évalués à leur JVM.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-473R⁶² précise que la méthode servant à déterminer la JVM aux fins de l'impôt sur le revenu devrait normalement être la même que celle qui sert à déterminer la valeur marchande.

⁶² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-437R, « Évaluation des biens figurant à un inventaire », 19 février 1999.

Par ailleurs, bien que le paragraphe 10(2) L.I.R. exige que le solde d'ouverture des biens figurant à l'inventaire corresponde au solde de fermeture de l'exercice précédent, il est mentionné dans le *Bulletin d'interprétation* IT-473R que, même si la méthode d'évaluation doit être appliquée systématiquement d'une année à l'autre, un changement est néanmoins accepté si la nouvelle méthode est plus réaliste dans les circonstances et reflète mieux le revenu du contribuable. Selon le paragraphe 10(2.1) L.I.R., l'entreprise doit obtenir l'approbation du Ministère pour changer la méthode d'évaluation de ses stocks.

Nous demandons à l'ARC de confirmer ce qui suit :

- Puisque la méthode servant à déterminer la JVM aux fins de l'impôt sur le revenu devrait normalement être la même que celle qui sert à déterminer la valeur marchande pour l'établissement des états financiers, il est justifié d'utiliser la VNR comme JVM des stocks aux fins fiscales.
- Le paragraphe 10(2.1) L.I.R. s'applique seulement lorsqu'il y a un changement dans la méthode d'évaluation des biens figurant à un inventaire, par exemple lorsqu'on passe de l'évaluation à la JVM à une évaluation au moindre du coût ou de la JVM, ou vice versa, et non à un changement dans la façon de déterminer ce coût ou cette JVM. Ainsi, nous comprenons qu'un changement dans la façon de déterminer le coût ou la juste valeur des stocks lors de l'application du nouveau chapitre 3031 ne nécessitera pas une approbation du Ministère.
- Lorsqu'une société applique le chapitre 3031 rétrospectivement et retraite les chiffres des périodes antérieures, la société n'aura pas à produire de déclaration de revenus amendée puisque l'évaluation de l'inventaire pour les années antérieures selon le chapitre 3030 produisait une image fidèle du revenu.
- Lorsqu'une société appliquera le nouveau chapitre 3031 pour la première fois, un rajustement relatif aux années antérieures se reflétera possiblement dans le stock d'ouverture. La société devra rajuster l'annexe 001 de la déclaration de revenus afférente afin de déduire le rajustement à la baisse ou d'ajouter le rajustement à la hausse de la valeur des stocks.

Réponse de l'ARC

Aux fins du calcul du revenu, l'article 10 L.I.R. et la Partie XVIII R.I.R. énoncent les règles relatives à l'évaluation des biens figurant à un inventaire.

Le paragraphe 10(1) L.I.R. et l'article 1801 R.I.R. prévoient les méthodes d'évaluation des biens figurant à un inventaire. Ces méthodes sont les suivantes :

- l'évaluation de chaque article figurant à l'inventaire au moins élevé de son coût d'acquisition et de sa JVM à la fin de l'année;
- l'évaluation de tous les biens figurant à l'inventaire à leur JVM à la fin de l'année.

La JVM, tel qu'il a été mentionné dans le *Bulletin d'interprétation* IT-473R, désigne généralement le coût de remplacement ou la VNR. La VNR peut être utilisée lorsqu'il s'agit de biens, marchandises ou matériel qui, avant la fin de l'année, se sont dépréciés au point qu'il ne peut en être disposé de la façon habituelle. La VNR peut donc être utilisée comme méthode de détermination du coût ou de la JVM des biens figurant à l'inventaire.

Un changement de méthode de détermination du coût ou de la JVM des biens figurant à l'inventaire ne requiert pas l'approbation du ministre.

Une demande de nouvelle cotisation d'une déclaration de revenus n'est pas requise lorsqu'il y a un changement de méthode de détermination du coût ou de la JVM des biens figurant à l'inventaire. Le changement de méthode de détermination du coût est requis à la suite du nouveau chapitre 3031 du *Manuel de l'ICCA*. Les valeurs établies le sont conformément aux principes comptables généralement reconnus qui exigent, maintenant, que les stocks soient évalués au plus faible du coût et de la VNR.

Un rajustement devra être considéré à l'annexe 1 de la déclaration de revenus des sociétés afin d'effectuer le rapprochement entre le revenu net de la société selon les états financiers et le revenu net aux fins de l'impôt sur le revenu pour l'exercice au cours duquel le changement a lieu.

ÉTUDE DE CAS
ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS FINANCIÈRES : PIÈGES
ET SOLUTIONS



Coordonnateur
Normand Royal
Avocat, M. Fisc., associé
Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l.



Paul Beauvais
CA, associé
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.



Stéphane Lachance
CA, CIRP, syndic, associé
Demers Beaulne, s.e.n.c.r.l.



Bernard Moreau
Avocat, associé
Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1.	MISE EN SITUATION.....	50:3
2.	CONSIDÉRATIONS FISCALES	50:5
3.	PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS EN JEU LORS DE L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE À PERTE	50:6

1. MISE EN SITUATION

ABC inc. (ci-après « Société ») est une société fermée contrôlée par des Canadiens, incorporée le 1^{er} septembre 1998, dont l'exercice se termine le 31 décembre de chaque année. Au cours des années, la Société a connu une croissance soutenue sur le plan international ayant des filiales aux États-Unis et en Irlande.

La Société a acquis, il y a 14 mois, une participation dans une société privée dont le contrôle est canadien, située en Ontario (ci-après « Ontario Inc. »). Cette acquisition a été catastrophique. Ontario Inc. avait, lors de l'acquisition, 5 M\$ de pertes et peu de ventes. Le financement d'Ontario Inc. a été fait au cours de cette période par les autres sociétés du groupe à même leur marge de crédit.

Ce financement d'Ontario Inc. par les autres sociétés du groupe a été fait à l'insu des créanciers garantis, ce qui a entraîné une perte de confiance.

Le créancier a rappelé la marge de crédit de chacune des sociétés du groupe et l'avis prend fin dans quelques jours.

Certains acheteurs potentiels se sont manifestés pour l'achat de la Société et de la filiale irlandaise, mais aucun des acheteurs n'est intéressé à acheter les actions de la Société du fait de la situation financière de celle-ci.

La Société a décidé de mettre fin à ses activités aux États-Unis, mais désire maintenir ses activités en Irlande.

De plus, la Société doit radier son placement dans Ontario Inc. qui avait été effectué il y a 14 mois, cette société ayant fait faillite.

Quant à la filiale américaine, le management américain désire l'acquérir, une possibilité d'achat des actions est envisagée.

Après discussion avec les divers conseillers et intervenants dans le dossier, la valeur de division rentable de la Société est estimée à environ 750 000 \$.

Nous constatons également que la débenture est convertible en actions et que cette dette est contractée auprès du même créancier que le créancier hypothécaire.

Les garanties du créancier portent sur l'équipement, l'immeuble étant loué.

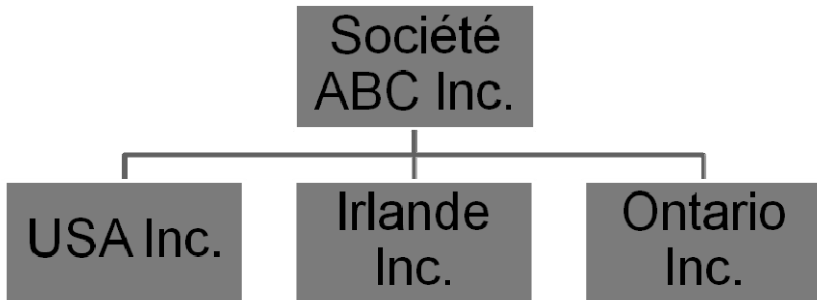
Devant la situation financière chaotique de la Société, le conseil d'administration désire démissionner et les acheteurs potentiels désirent procéder à un licenciement massif.

Les acheteurs potentiels ont indiqué aux intervenants qu'ils voulaient garder certains employés clés pour l'exploitation des divisions rentables de la Société. Quant aux autres employés, ceux-ci seront licenciés.

Les états financiers de la Société sont les suivants :

Encaisse	315 659	Passifs	
Comptes clients	1 045 728	Créditeurs et frais courus	2 033 157
Autres recevables	54 648	Revenus différés	49 138
Travaux en cours	126 853	Créditeurs liés – SPCC	2 323 755
Comptes clients liés	2 361 129	Créditeurs liés	148 417
Stocks	615 169	Impôt à payer	71 738
Frais payés d'avance	180 954	Portion court terme de la dette à LT	390 279
	4 700 140		
Autres actifs			5 016 484
Placements	1 173 318	Dettes à long terme	1 375 345
Placements SPCC	5 305 336	Débeture	1 500 000
Placements dans des sociétés liées (autres que SPCC)	18 657 172		2 875 345
Avances à des sociétés liées	10 110 311	Capital-actions ordinaire	83 147 616
	35 246 137	Surplus d'apport	1 043 658
Frais financiers différés	999 898	Dividende	10 001 616
Immobilisation Équipements	4 152 357	Déficit	40 466 022
Amortissements	3 483 067		33 723 636
	669 290		41 615 465
	41 615 465		

Organigramme



L'acheteur désire acquérir :

- les éléments d'actif d'ABC Inc.;
- les employés d'ABC Inc.;
- les actions d'Irlande Inc.

2. CONSIDÉRATIONS FISCALES

- Conversion de la débenture en capital-actions;
- Placement dans la société filiale américaine;
- Vente par le séquestre des divisions non rentables;
- Cessation de l'exploitation d'une entreprise;
- Démission des administrateurs;
- Problématiques relatives à la remise de dette;
- Renégociation de la dette.

3. PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS EN JEU LORS DE L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE À PERTE

- Achat des actions *versus* achat des actifs;
- Évaluation des actifs/passifs;
- Évaluation des actifs incorporels;
- Écart d'acquisition (*Goodwill*);
- Impôts futurs;
- Passifs éventuels;
- *Push-down accounting*.
- Achat des actions *versus* actifs d'ABC Inc. et Irlande Inc. :
 - Évaluation des actifs/passifs **identiques**, sauf :
 - Calcul des impôts futurs,
 - Passifs et passifs éventuels.
- Évaluation des actifs/passifs :
 - Juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actifs/passifs d'ABC Inc. et Irlande Inc. n'est pas égale à la valeur aux livres :
 - JVM au moment de l'acquisition,
 - JVM du point de vue de l'acquéreur,
 - Peut être très différente de la « valeur aux livres » :
 - surtout pour une entreprise en difficulté financière,
 - par exemple, JVM basée sur flux de trésorerie futurs;

- Actifs non constatés par ABC Inc. et Irlande Inc. :
 - ABC Inc. et Irlande Inc. peuvent avoir des actifs importants non constatés dans leurs livres (**souvent incorporels**),
 - doivent être évalués à la JVM par l'acquéreur.
- Évaluation des actifs incorporels :
 - Un actif incorporel est constaté si :
 - il résulte de droits contractuels ou légaux,
 - ou
 - il est séparable ou dissociable, et peut être vendu, loué ou faire l'objet d'une licence;
- Exemples d'actifs incorporels qui pourraient être acquis dans ABC Inc. et Irlande Inc. :
 - Brevet (DCL¹);
 - Marque de commerce (DCL);
 - Site Web (DCL);
 - Contrat de location (l'immeuble si = bon prix) (DCL);
 - Convention de non-concurrence (DCL);
 - Relations clients (SD²);
 - Carnet de commandes (DCL);
 - Technologie développée à l'interne (SD);

¹ DCL : résulte d'un droit contractuel ou légal.

² SD : séparable ou dissociable.

- Permis (DCL);
 - Droit de diffusion ou d'exploitation (DCL);
 - Contrat de travail (DCL);
 - Base de données (SD).
- Écart d'acquisition (*Goodwill*/achalandage) :
 - Représente l'excédent du prix payé sur la JVM de l'ensemble des actifs/passifs **déterminés**;
 - **Donc, tous les actifs incorporels identifiés réduisent la valeur du *Goodwill***;
 - Peut être « **néгатif** » lorsque la société acquise est en difficulté financière (vente forcée) :
 - doit être comptabilisé en réduction des actifs acquis,
 - « gain » selon les normes internationales d'information financière (IFRS),
 - par exemple, l'acquéreur d'ABC Inc. et d'Irlande Inc.
- Impôt futur :
 - Élément important lors de l'achat des **actions**;
 - Les valeurs fiscales diffèrent des valeurs comptables,
 - Les pertes fiscales reportées de l'entreprise acquise influent sur le calcul de l'écart d'acquisition (*Goodwill*);
 - Par exemple, pertes fiscales d'Irlande Inc., s'il y a lieu,
 - La norme interdit de constater l'avantage futur aux résultats dans un exercice ultérieur,
 - Doit être constaté en réduction de l'écart d'acquisition (*Goodwill*).

- Passifs éventuels :
 - L'achat des actions (et parfois des actifs) entraîne la prise en charge possible de certains passifs importants;
 - Par exemple, dans le cas d'Irlande Inc. et d'ABC Inc. :
 - Indemnités de départ (employés d'ABC Inc.),
 - Cotisation fiscale,
 - Résiliation de contrat,
 - Dettes assumées (cautions pour Ontario Inc.),
 - Pénalités financières (banques),
 - Fermeture d'Ontario Inc./USA Inc.;
 - Doivent être constatés par l'acquéreur;
 - Constatation du passif si :
 - probable (75 %),
et
 - le montant est raisonnablement estimable.
- *Push-down accounting* (réévaluation intégrale) :
 - Réévaluation des actifs/passifs dans les états financiers d'une société acquise;
 - Les nouvelles valeurs reflètent la JVM :
 - par exemple : réévaluation des actifs/passifs dans les états financiers d'Irlande Inc.;

- Applicable lorsque :
 - il y a acquisition de 90 % ou plus des actions dans le cadre d'un regroupement d'entreprises :
 - réévaluation **optionnelle**;
 - il y a réorganisation financière substantielle **plus** changement de contrôle,
 - réévaluation **obligatoire**;
- Réorganisation financière :
 - doit aboutir à une refonte substantielle des :
 - titres de participation (actions),
 - titres de créance;
 - Bref, un « nouveau départ »,
 - Par exemple : dans le cadre d'une réorganisation en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*³.

³ L.R.C. (1985), c. C-36.

MINI-THÉMATIQUE
OPPORTUNITÉS DE PLANIFICATION EN PÉRIODE DE
DIFFICULTÉS FINANCIÈRES



Coordonnateur

Claude Ménard

BAA, AVA, Pl. Fin.

Vice-président, Marketing – marchés spécialisés

Le Groupe financier PPI



Pierre T. Allard

Avocat, associé

BCF s.e.n.c.r.l.



Jean-François Thuot

CGA, M. Fisc.

Raymond Chabot Grant

Thornton s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (JEAN-FRANÇOIS THUOT)

PARTIE I – AVANTAGE FINANCIER D’UN GEL SUCCESSORAL

DANS UNE SOCIÉTÉ DE GESTION 51:5

INTRODUCTION..... 51:5

1. **GEL SUCCESSORAL ET PLANIFICATION *POST MORTEM***
AVEC UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE 51:6

2. **SCÉNARIO 1 : LE REVENU DE PLACEMENT EST DU REVENU**
D’INTÉRÊTS..... 51:6

2.1. M. INDÉCIS FAIT UN GEL SUCCESSORAL EN FAVEUR
D’UNE FIDUCIE FAMILIALE 51:7

2.2. M. INDÉCIS NE FAIT PAS DE GEL SUCCESSORAL 51:11

3. **SCÉNARIO 2 : LE REVENU DE PLACEMENT EST DU GAIN**
EN CAPITAL..... 51:17

3.1. M. INDÉCIS FAIT UN GEL SUCCESSORAL EN FAVEUR
D’UNE FIDUCIE FAMILIALE 51:17

3.2. M. INDÉCIS NE FAIT PAS DE GEL SUCCESSORAL 51:22

CONCLUSION 51:28

PARTIE II – OCCASIONS FAVORABLES EN TEMPS DE CRISE

ÉCONOMIQUE..... 51:29

1. **PRÊTS AU CONJOINT OU À UN MINEUR AVEC LIEN DE**
DÉPENDANCE 51:29

1.1. CALCUL DES AVANTAGES DANS UN SCÉNARIO..... 51:34

2. **PRÊT À UNE FIDUCIE**..... 51:34

3. **VARIATION DE LA STRATÉGIE DE PRÊTS AU CONJOINT**
OU À LA FIDUCIE LORSQUE L’ACTIONNAIRE A OCTROYÉ
UN PRÊT À SON ENTREPRISE 51:36

4. **RÈGLES D’ATTRIBUTION ET OUVERTURE DE CRÉDIT**
CONJOINTE 51:37

5. **LE PARAGRAPHE 56(4.1) L.I.R.** 51:39

6. **TRANSFERT DE BIENS ENTRE VIFS PAR UN**
PARTICULIER 51:40

7. PERTE DE VALEUR DES PLACEMENTS DU REÉR/FERR	
APRÈS LE DÉCÈS	51:41

PARTIE B (PIERRE T. ALLARD)

PARTIE I – OPPORTUNITÉS DE PLANIFICATION EN PÉRIODE DE	
DIFFICULTÉS FINANCIÈRES.....	51:47

1. MISE EN SITUATION.....	51:47
2. GEL OU NOUVEAU GEL	51:47
2.1. LE NOUVEAU GEL	51:48
2.2. MÉCANIQUE DU NOUVEAU GEL.....	51:50
3. OPPORTUNITÉS À SAISIR DANS UNE RÉORGANISATION	51:52
3.1. REVOIR LA STRUCTURE FIDUCIAIRE	51:52
3.2. VÉRIFIER QUE LES MORCEAUX SONT À LA BONNE PLACE.....	51:53
3.3. CAPITAL-ACTIONS INADÉQUAT.....	51:53
3.4. ATTACHER LES FICELLES	51:54
4. EXEMPLES PRATIQUES	51:55
4.1. MISE EN SITUATION	51:55
4.2. VARIANTE 1	51:55
4.3. VARIANTE 2.....	51:56
4.4. VARIANTE 3.....	51:56
5. LE GEL VU DIFFÉREMMENT	51:58
5.1. GEL AVEC DISPOSITION PARTIELLE IMPOSABLE	51:58
5.2. TRANSFERT SUR UNE BASE IMPOSABLE COMPLÈTE	51:60

ANNEXE A.....	51:62
----------------------	--------------

ANNEXE B.....	51:64
----------------------	--------------

ANNEXE C.....	51:67
----------------------	--------------

ANNEXE D.....	51:69
----------------------	--------------

ANNEXE E.....	51:73
----------------------	--------------

PARTIE C (CLAUDE MÉNARD)

PARTIE I – OPPORTUNITÉS DE PLANIFICATION EN PÉRIODE DE	
DIFFICULTÉS FINANCIÈRES.....	51:76

INTRODUCTION.....	51:76
--------------------------	--------------

1.	VALEUR DU GEL SUCCESSORAL RÉDUIT, IMPÔT À PAYER RÉDUIT	51:77
2.	MAINTENIR LE MÊME MONTANT D'ASSURANCE VIE DE 5 M\$	51:77
3.	CHOIX DE RÉDUIRE LE MONTANT D'ASSURANCE VIE.....	51:78
4.	DON D'UNE POLICE À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE	51:79
	CONCLUSION	51:81
	ANNEXE 1	51:82
	ANNEXE 2	51:85
	PARTIE II – IMPACT DES PERTES EN CAPITAL SUR LE COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL CRÉÉ PAR LA RÉCEPTION D'UN BÉNÉFICIE D'ASSURANCE VIE	51:86
	INTRODUCTION	51:86
1.	CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL CRÉÉ PAR LA RÉCEPTION D'UN BÉNÉFICE D'ASSURANCE VIE	51:86
2.	LE PIÈGE DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL	51:87
	CONCLUSION	51:88

PARTIE A

Jean-François Thuot, CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

PARTIE I – AVANTAGE FINANCIER D’UN GEL SUCCESSORAL DANS UNE SOCIÉTÉ DE GESTION***INTRODUCTION**

En fiscalité, rares sont les sujets aussi populaires que le gel successoral. Considéré comme un *must* par certains, le gel successoral voit peu souvent sa réelle valeur soulevée. La déconfiture des marchés boursiers a incité plusieurs praticiens à recommander à leurs clients un gel successoral dans leur société de gestion ou un regel successoral pour profiter de la baisse de valeur des marchés financiers.

L’objectif de ce texte n’est pas de faire une analyse des techniques de gel ou de regel, d’autres auteurs l’ayant fait avant nous¹. Pour la même raison, l’avantage financier d’un gel successoral dans une société exploitant une entreprise active ne sera pas abordé². De plus, le gel dans le cadre d’une société active sera souvent motivé par des raisons autres que fiscales, par exemple le désir d’assurer la pérennité de l’entreprise.

Le présent texte vise donc à répondre à la question suivante : doit-on toujours recommander un gel successoral dans une société de portefeuille? Nous émettrons l’hypothèse que l’actionnaire de la société de gestion a suffisamment d’actifs pour assurer son train de vie jusqu’à son décès, qu’il procède à un gel successoral ou non. L’écart important entre les taux d’imposition se rapportant aux dividendes et au gain en capital et les différentes techniques de planification *post mortem* ont pour effet de

* L’auteur tient à remercier M. Belkacem Berredjem de sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

¹ Voir à ce sujet Pierre T. ALLARD, « Opportunités de planification en période de difficultés financières – Partie B », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 51:5-88, aux pages 51:47-75.

² Ling CHU, Glenn FELTHAM et Robert MATHIEU, « The Deferral Value of Estate Freezes », (2001), vol. 49, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 345-366.

déconcerter bien souvent le praticien dans le bien-fondé réel d'un gel successoral³.

1. GEL SUCCESSORAL ET PLANIFICATION POST MORTEM AVEC UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE

Comme on l'a souvent vu, la méthode du gel successoral dans une société exploitante s'avère un outil très efficace assurant à l'auteur du gel et à sa famille un avantage fiscal durable et une saine gestion fiscale.

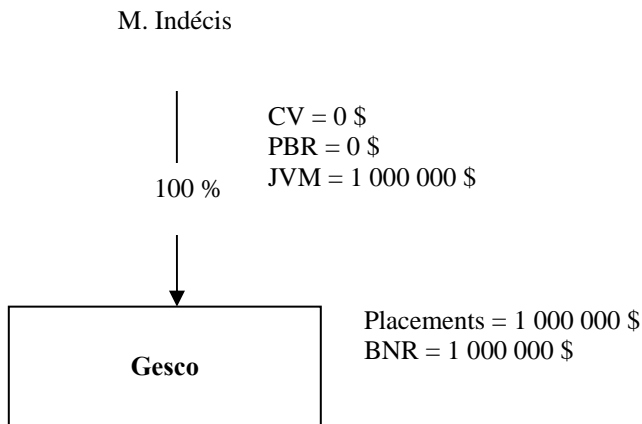
Dans ce contexte, la question est la suivante : qu'en est-il du gel successoral avec une société de portefeuille? Afin d'y répondre, nous présenterons, dans ce texte, deux scénarios de gel successoral dans une société de portefeuille et ferons une brève revue de certaines techniques de planification fiscale *post mortem*. Dans le premier scénario, le revenu de placement généré sera considéré comme du revenu d'intérêts et, dans le second scénario, comme du gain en capital.

2. SCÉNARIO 1 : LE REVENU DE PLACEMENT EST DU REVENU D'INTÉRÊTS

Avant de présenter les deux scénarios, voici la structure fiscale de départ d'une société de placement (ci-après « Gesco ») détenue par un individu (ci-après « M. Indécis »). Celui-ci détient des actions de Gesco dont le capital versé (ci-après « CV ») et le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») sont nuls. La juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions de Gesco détenues par M. Indécis est de 1 M\$. Gesco est une société de placement qui détient des placements dont le PBR est de 1 M\$.

³ Aux fins du présent texte, le taux d'imposition utilisé pour le revenu de placement gagné par une société est de 46,57 %, avec une partie remboursable de 26,67 %. Quant aux particuliers, nous avons utilisé un taux d'imposition de 36,35 % pour un dividende ordinaire et un taux de 48,22 % pour les autres revenus.

Structure 1

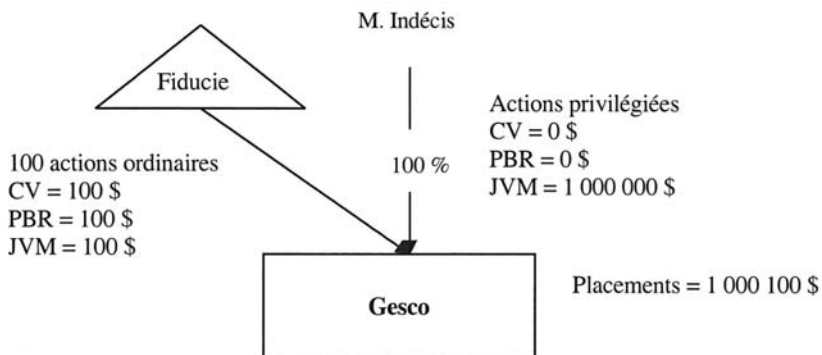


M. Indécis se questionne sur la pertinence d'effectuer un gel successoral et a décidé d'aller consulter son fiscaliste.

2.1. M. INDÉCIS FAIT UN GEL SUCCESSORAL EN FAVEUR D'UNE FIDUCIE FAMILIALE

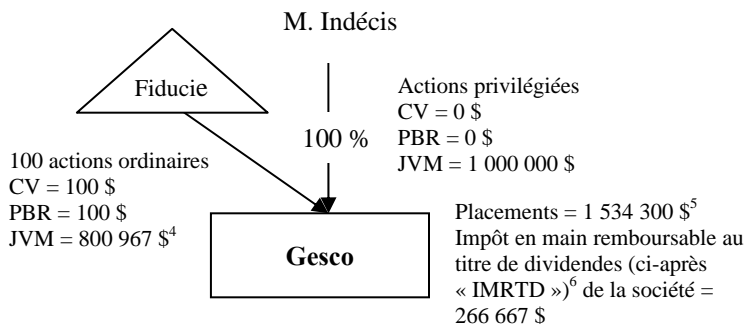
Après avoir discuté avec son fiscaliste, M. Indécis désire procéder à un gel successoral par l'intermédiaire d'une fiducie familiale. Immédiatement après le gel, la situation était la suivante :

Structure 2



Quelques années après avoir effectué ce gel, M. Indécis, qui n'avait pas de conjointe, décède subitement et laisse dans le deuil ses enfants. Depuis le gel, Gesco avait généré un revenu d'intérêts de 1 M\$, de telle sorte que la situation de M. Indécis était la suivante au moment de son décès :

Structure 3



La planification post mortem recherchée dans ce scénario visait les deux objectifs suivants :

- 1) Accéder à l'IMRTD de la société en rachetant un certain nombre d'actions détenues par la succession, créant ainsi une perte en capital;
- 2) Préserver le traitement du gain en capital sur l'excédent en utilisant la stratégie dite du « pipeline »⁷.

Afin d'atteindre les objectifs fixés dans ce scénario, la planification mise en place était la suivante :

⁴ 1 534 300 \$ - 1 000 000 \$ + 266 667 \$.

⁵ 1 000 000 \$ + 1 000 000 \$ × (1 - 46,57 %).

⁶ 1 000 000 \$ × 26,67 %.

⁷ Pierre T. ALLARD et Diane HAMEL, « Planification *post mortem* en fonction des nouveaux taux de dividendes », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 7:1-40.

- 1) Gesco possède un solde d'IMRTD. Ainsi, la méthode optimale sera d'effectuer un rachat d'actions de la succession pour une valeur équivalant à trois fois le compte d'IMRTD (qui est de 800 000 \$)⁸. Ce rachat aura pour effet de créer une perte en capital égale au montant du rachat, dans le cas présent, en raison du CV nul des actions et du PBR élevé provoqués par la disposition réputée au décès. Cette perte sera reportée en vertu du paragraphe 164(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹ sur une partie du gain en capital réalisé par l'auteur du gel à la suite du décès.
- 2) L'excédent de la JVM des actions détenues par la succession sur la valeur du rachat (200 000 \$)¹⁰ sera soumis à la technique communément appelée « pipeline ». Ainsi, une autre société (ci-après « Nouco ») sera créée. La succession transfère les actions détenues dans Gesco à Nouco, en utilisant les dispositions prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. En contrepartie du transfert, Nouco émettra des actions de son capital-actions en faveur de la succession et un billet à payer égal au PBR des actions, soit de 200 000 \$. Plus tard, Gesco sera regroupée dans Nouco.
- 3) Le calcul de l'impôt à payer et de l'encaissement net de ce scénario est présenté au tableau 1.

⁸ 266 667 \$ × 3.

⁹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

¹⁰ 1 000 000 \$ - 800 000 \$.

Tableau 1

	Revenu d'intérêts en dollars (\$)
Succession	
Rachat	800 000
CV	–
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	800 000
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(290 800)
Produit de disposition	800 000
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	(800 000)
PBR	800 000
Perte en capital	(800 000)
Encaissement net	509 200
Défunt	
Produit de disposition (pipeline)	1 000 000
PBR	–
Gain en capital	1 000 000
Perte reportée de la succession (par. 164(6) L.I.R.)	(800 000)
Gain en capital net	200 000
Impôt sur le gain en capital (24,11 %)	(48 220)
Encaissement net	151 780
Encaissement net total	660 980

Les actifs détenus par les héritiers sont donc composés de 660 980 \$ plus les actifs résiduels de Gesco de 800 967 \$.

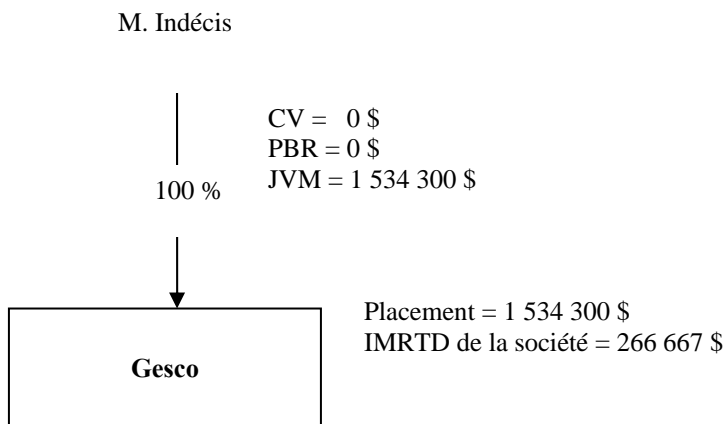
Pour l'ensemble des situations visées par le présent texte, nous émettons l'hypothèse que les actifs résiduels de Gesco seront extraits sous forme de

dividende. L'analyse des techniques de dépouillement de surplus sous forme de gain en capital dépasse l'objectif du présent texte.

2.2. M. INDÉCIS NE FAIT PAS DE GEL SUCCESSORAL

Après avoir discuté avec son fiscaliste, M. Indécis a décidé de ne pas procéder à un gel successoral. Ainsi, immédiatement avant son décès, la situation était la suivante :

Structure 4



Lors du décès de M. Indécis, la JVM des actions de Gesco était de 1 534 300 \$¹¹. Cependant, la détermination de la JVM des actions d'une société repose sur un certain nombre de principes. À cet égard, une problématique réside dans l'établissement de la JVM des actions quand la société dispose d'un solde d'IMRTD¹². En effet, la question qui se pose dans cette situation est la suivante : est-ce que le solde d'IMRTD doit être inclus dans la JVM des actions de la société au moment de l'évaluation? Ainsi, les

¹¹ 1 000 000 \$ + 1 000 000 \$ (1 - 46,57 %).

¹² Liliane FORTIER, « Doit-on conserver les sociétés de gestion? », dans *Colloque – Gestion et transfert de la richesse : quels sont les outils offerts par la fiscalité?*, 171, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 3:1-23. Voir également : « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 50:1-100, question 20, aux pages 50:49-50.

résultats dans la situation où l'IMRTD n'est pas inclus dans la JVM des actions sont les suivants :

Tableau 2

	Revenu d'intérêts en dollars (\$)
Succession	
Rachat	800 000
CV	-
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	800 000
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(290 800)
Produit de disposition	800 000
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	(800 000)
PBR	800 000
Perte en capital	(800 000)
Encaissement net	509 200
Défunt	
Produit de disposition (pipeline)	1 534 300
PBR	-
Gain en capital	1 534 300
Perte reportée de la succession (par. 164(6) L.I.R.)	(800 000)
Gain en capital net	734 300
Impôt sur le gain en capital (24,11 %)	(177 040)
Encaissement net	557 260
Encaissement net total	1 066 460

De plus, Gesco détiendra des actifs résiduels de 266 667 \$. Gesco pourra plus tard faire l'objet d'une liquidation, auquel cas un dividende de liquidation sera réalisé par la succession en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R. Pour chacun des deux scénarios, l'encaissement net après la liquidation est présenté dans le tableau suivant :

Tableau 3

	Revenu d'intérêts	
	Avec gel successoral en dollars (\$)	Sans gel successoral en dollars (\$)
Encaissement net avant liquidation	660 980	1 066 460
Gesco	800 967	266 667
	1 461 947	1 333 127
Dividende de liquidation (par. 84(2) L.I.R.)	800 967	266 667
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(291 152)	(96 933)
Encaissement net après liquidation	1 170 795	1 236 194

Les résultats des calculs démontrent que le scénario sans gel successoral s'avère plus avantageux que le scénario avec gel successoral dans l'éventualité d'une liquidation rapide après le décès. Cependant, afin de pousser notre analyse plus loin, imaginons que le solde de l'IMRTD est inclus dans la JVM des actions. Les résultats de cette hypothèse sont présentés dans les tableaux 4 et 5. Il est à noter que l'ajout de l'IMRTD dans la JVM des actions ne change pas le résultat de l'encaissement net dans la situation où M. Indécis aurait effectué un gel successoral. Cependant, le résultat sera différent s'il décide de ne pas effectuer de gel successoral comme on peut le voir dans le tableau suivant :

Tableau 4

	Revenu d'intérêts en dollars (\$)
Succession	
Rachat	800 000
CV	–
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	800 000
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(290 800)
Produit de disposition	800 000
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	(800 000)
PBR	800 000
Perte en capital	(800 000)
Encaissement net	509 200
Défunt	
Produit de disposition (pipeline)	1 800 967
PBR	–
Gain en capital	1 800 967
Perte reportée de la succession (par. 164(6) L.I.R.)	(800 000)
Gain en capital net	1 000 967
Impôt sur le gain en capital (24,11 %)	(241 333)
Encaissement net	759 634
Encaissement net total	1 268 834

On constate que, dans la situation où M. Indécis ne fait pas de gel successoral, l'écart entre l'hypothèse où l'IMRTD est inclus dans la JVM des actions et celle où il ne l'est pas est de 32 640 \$¹³, dans l'éventualité

¹³ $(36,35\% - 24,11\%) \times 266\,667\ \$$ ou $1\,268\,834\ \$ - 1\,236\,194\ \$$.

d'une liquidation rapide après le décès. Ce résultat s'explique par la différence entre les taux d'imposition d'un gain en capital et d'un dividende. En effet, dans la première hypothèse, le solde de l'IMRTD (266 667 \$) est imposé au taux d'un dividende ordinaire, soit à 36,35 %, et, dans la seconde hypothèse, il est imposé au taux d'un gain en capital, soit à 24,11 %.

Tableau 5

	Revenu d'intérêts	
	Avec gel successoral en dollars (\$)	Sans gel successoral (incluant l'IMRTD) en dollars (\$)
Encaissement net avant liquidation	660 980	1 268 834
Gesco	800 967	—
	1 461 947	1 268 834
Dividende de liquidation (par. 84(2) L.I.R.)	800 967	—
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(291 151)	—
Encaissement net après liquidation	1 170 795	1 268 834

À la lumière des résultats obtenus, le fait de ne pas procéder à un gel successoral s'avère toujours l'option la plus avantageuse pour le défunt et la succession, puisque cela représente une économie d'impôt de 98 039 \$¹⁴ comparativement à la situation avec gel successoral. Cependant, il est possible de compenser cet écart en retardant la liquidation de Gesco. En effet, de cette façon, les héritiers disposeront d'une somme additionnelle de 193 113 \$¹⁵ à investir par l'entremise de Gesco.

Les résultats obtenus démontrent que l'écart est presque compensé après 14 ans, ainsi qu'il est présenté aux tableaux 6, 6-1 et 6-2 en annexe aux

¹⁴ 1 268 834 \$ - 1 170 795 \$.

¹⁵ 1 461 947 \$ - 1 268 834 \$.

pages 51:43 et 51:44¹⁶. Après la liquidation en 2022, l'encaissement net pour chacun des deux scénarios est présenté dans le tableau 7 ci-dessous :

Tableau 7

	Revenu d'intérêts	
	Avec gel successoral en dollars (\$)	Sans gel successoral en dollars (\$)
Encaissement net avant liquidation	1 014 403	1 947 274
Gesco	1 467 919	–
	2 482 322	1 947 274
Dividende de liquidation (par. 84(2) L.I.R.)	1 467 919	–
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(533 589)	–
Encaissement net après liquidation	1 948 733	1 947 274

Après avoir présenté ces derniers résultats à M. Indécis, le fiscaliste s'est rendu compte qu'il n'avait pas considéré le palier d'imposition des héritiers; en effet, le fiscaliste a utilisé le taux marginal maximum d'un dividende ordinaire pour calculer l'impôt que les héritiers devront payer. Ainsi, l'écart de 98 039 \$ déterminé plus haut sera nul (voir le tableau 8 ci-dessous) si le taux d'imposition utilisé pour le dividende est de 24,11 %.

¹⁶ En émettant l'hypothèse que le taux de rendement est de 6 % et que le rendement généré constitue du revenu d'intérêts.

Tableau 8

	Revenu d'intérêts	
	Avec gel successoral en dollars (\$)	Sans gel successoral en dollars (\$)
Encaissement net avant liquidation	660 980	1 268 834
Gesco	800 967	–
	1 461 947	1 268 834
Dividende de liquidation (par. 84(2) L.I.R.)	800 967	–
Impôt sur le dividende (24,11 %)	(193 113)	–
Encaissement net après liquidation	1 268 834	1 268 834

Ainsi, si l'on considère que les héritiers n'ont aucune autre source de revenu que le dividende de liquidation reçu par Gesco, cette dernière pourra verser à chacun d'entre eux un dividende ordinaire à hauteur de 127 000 \$ et atteindre le taux d'imposition combiné fédéral et provincial de 24,11 %.

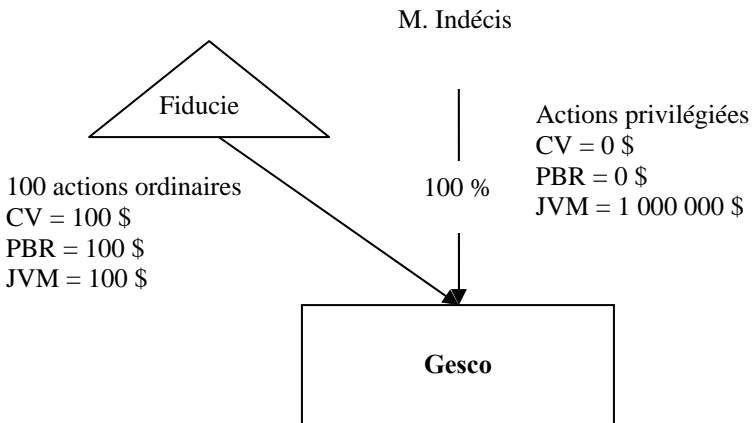
3. SCÉNARIO 2 : LE REVENU DE PLACEMENT EST DU GAIN EN CAPITAL

Détenant un placement d'une valeur de 1 M\$ par l'entremise de sa société de portefeuille, M. Indécis se questionne sur la pertinence d'effectuer un gel successoral et a décidé d'aller consulter son fiscaliste.

3.1. M. INDÉCIS FAIT UN GEL SUCCESSORAL EN FAVEUR D'UNE FIDUCIE FAMILIALE

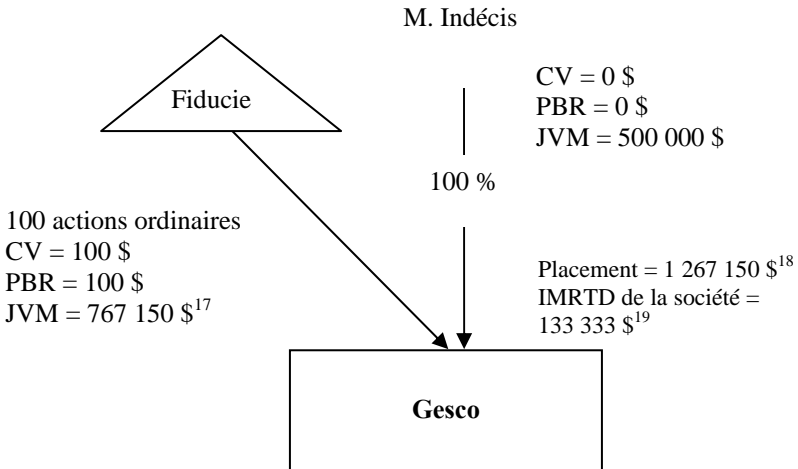
Après avoir discuté avec son fiscaliste, M. Indécis désire procéder à un gel successoral par l'intermédiaire d'une fiducie familiale. Immédiatement après le gel, la situation était la suivante :

Structure 5



Quelques années après avoir effectué ce gel, M. Indécis, qui n'avait pas de conjointe, décède subitement et laisse dans le deuil ses enfants. Entre le gel et le décès de M. Indécis, Gesco a réalisé un gain en capital de 1 M\$ et a racheté 50 % des actions privilégiées issues du gel successoral et détenues par M. Indécis d'une valeur de 500 000 \$. Le montant du rachat a été versé à partir du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »). Ainsi, la situation de M. Indécis au moment du décès était la suivante :

Structure 6



La planification *post mortem* recherchée dans ce scénario visait les deux objectifs suivants :

- 1) Accéder à l'IMRTD de la société en rachetant un certain nombre d'actions détenues par la succession, créant ainsi une perte en capital;
- 2) Préserver le traitement du gain en capital sur l'excédent en utilisant la stratégie dite du « pipeline »²⁰.

Afin d'atteindre les objectifs fixés dans ce scénario, la planification mise en place était la suivante :

¹⁷ 1 267 150 \$ - 500 000 \$.

¹⁸ Placement du début + gain en capital - rachat de 500 000 \$ - impôt sur le gain en capital, soit 1 000 000 \$ + 500 000 \$ (1 - 46,57 %).

¹⁹ 500 000 \$ × 26,67 %.

²⁰ Voir P. T. ALLARD et D. HAMEL, *loc. cit.*, note 7.

- 1) Comme dans le scénario 1, la société effectue un rachat d'actions de la succession pour une valeur équivalant à trois fois le compte d'IMRTD (400 000 \$)²¹. Ce rachat aura pour effet de créer une perte en capital égale à la valeur du rachat, dans le cas présent, en raison du CV nul des actions et du PBR élevé provoqués par la disposition réputée au décès. Cette perte sera reportée en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. sur une partie du gain en capital réalisé par l'auteur du gel après le décès;
- 2) L'excédent de la JVM des actions détenues par la succession sur la valeur du rachat (100 000 \$)²² sera soumis à la technique du « pipeline ». Ainsi, une autre société (Nouco) sera créée. La succession transfère les actions détenues dans Gesco à Nouco, en utilisant les dispositions prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. En contrepartie du transfert, Nouco émettra des actions de son capital-actions en faveur de la succession et un billet à payer égal au PBR des actions, soit de 100 000 \$. Plus tard, Gesco sera regroupée dans Nouco;
- 3) Le calcul de l'impôt à payer et de l'encaissement net de ce scénario est présenté au tableau 9.

²¹ 133 333 \$ × 3.

²² 500 000 \$ - 400 000 \$.

Tableau 9

	Gain en capital en dollars (\$)
Succession	
Rachat	400 000
CV	–
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	400 000
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(145 400)
Produit de disposition	400 000
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	(400 000)
PBR	400 000
Perte en capital	(400 000)
Encaissement net	254 600
Défunt	
Produit de disposition (pipeline)	500 000
PBR	–
Gain en capital	500 000
Perte reportée de la succession (par. 164(6) L.I.R.)	(400 000)
Gain en capital net	100 000
Impôt sur le gain en capital (24,11 %)	(24 110)
Encaissement net	75 890
Encaissement net total	330 490

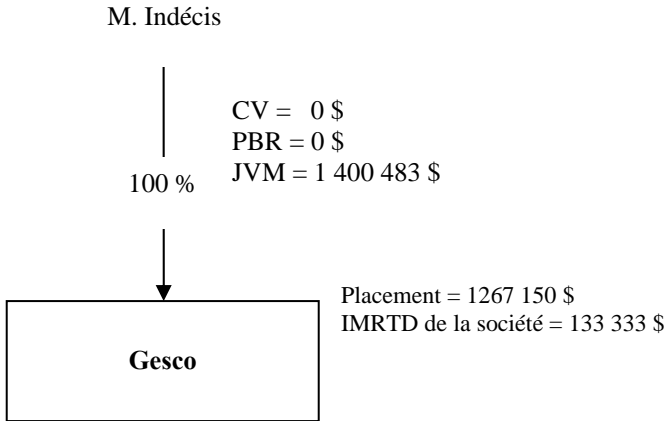
Les actifs détenus par les héritiers sont donc composés de 330 490 \$ plus les actifs résiduels de Gesco de 900 483 \$²³.

²³ (1 267 150 \$ - 500 000 \$) + 133 333 \$.

3.2. M. INDÉCIS NE FAIT PAS DE GEL SUCCESSORAL

Après avoir discuté avec son fiscaliste, M. Indécis a décidé de ne pas procéder à un gel successoral. Ainsi, immédiatement avant son décès, la situation était la suivante :

Structure 7



Lors du décès de M. Indécis, la JVM des actions de Gesco était de 1 400 483 \$²⁴. Cependant, le même problème que celui du scénario 1 quant à la détermination de la JVM des actions demeure; ainsi, l'IMRTD doit-il être inclus dans l'établissement de la JVM de ces actions? Les résultats dans le cas où l'IMRTD n'est pas inclus dans le calcul de la JVM des actions sont les suivants :

²⁴ En incluant la valeur de l'IMRTD de 133 333 \$.

Tableau 10

	Gain en capital en dollars (\$)
Succession	
Rachat	400 000
CV	–
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	400 000
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(145 400)
Produit de disposition	400 000
Dividende réputé 84(3) L.I.R.	(400 000)
PBR	400 000
Perte en capital	(400 000)
Encaissement net	254 600
Défunt	
Produit de disposition (pipeline)	1 267 150
PBR	–
Gain en capital	1 267 150
Perte reportée de la succession (par. 164(6) L.I.R.)	(400 000)
Gain en capital net	867 150
Impôt sur le gain en capital (24,11 %)	(209 070)
Encaissement net	658 080
Encaissement net total	912 680

Une fois les résultats obtenus, la société Gesco détiendra des actifs résiduels de 133 333 \$. Gesco pourra éventuellement faire l'objet d'une liquidation, auquel cas un dividende de liquidation sera réalisé par la succession en vertu du paragraphe 84(2) L.I.R. Pour chacun des deux scénarios, l'encaissement net après la liquidation est présenté dans le tableau suivant :

Tableau 11

	Gain en capital	
	Avec gel successoral en dollars (\$)	Sans gel successoral en dollars (\$)
Encaissement net avant liquidation	330 490	912 680
Gesco	900 483	133 333
	1 230 973	1 046 013
Dividende de liquidation (par. 84(2) L.I.R.)	900 483	133 333
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(327 326)	(48 467)
Encaissement net après liquidation	903 647	997 546

Les résultats des calculs démontrent que le scénario sans gel successoral s'avère plus avantageux que le scénario avec gel successoral dans l'éventualité d'une liquidation rapide après le décès. Cependant, afin de pousser notre analyse plus loin, imaginons que le solde de l'IMRTD est inclus dans la JVM des actions. Les résultats de cette hypothèse sont présentés dans les tableaux 12 et 13. Il est à noter que l'ajout de l'IMRTD dans la JVM des actions ne change pas le résultat de l'encaissement net dans la situation où M. Indécis aurait effectué un gel successoral. Cependant, le résultat sera différent s'il décide de ne pas effectuer de gel successoral comme on peut le voir dans le tableau suivant :

Tableau 12

	Gain en capital en dollars (\$)
Succession	
Rachat	400 000
CV	–
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	400 000
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(145 400)
Produit de disposition	400 000
Dividende réputé (par. 84(3) L.I.R.)	(400 000)
PBR	400 000
Perte en capital	(400 000)
Encaissement net	254 600
Défunt	
Produit de disposition (pipeline)	1 400 483
PBR	–
Gain en capital	1 400 483
Perte reportée de la succession (par. 164(6) L.I.R.)	(400 000)
Gain en capital net	1 000 483
Impôt sur le gain en capital (24,11 %)	(241 216)
Encaissement net	759 267
Encaissement net total	1 013 867

On constate encore une fois que, dans la situation où M. Indécis ne fait pas de gel successoral, l'écart entre l'hypothèse où l'IMRTD est inclus dans la JVM des actions et celle où il ne l'est pas est de 16 321 \$²⁵, dans

²⁵ (36,35 % - 24,11 %) × 133 333 \$ ou 1 013 867 \$ - 997 546 \$.

l'éventualité d'une liquidation rapide après le décès. Ce résultat s'explique par la différence entre les taux d'imposition d'un gain en capital et d'un dividende. En effet, dans la première hypothèse, le solde de l'IMRTD (133 333 \$) est imposé au taux d'un dividende ordinaire, soit à 36,35 % et, dans la seconde hypothèse, il est imposé au taux d'un gain en capital, soit à 24,11 %.

Tableau 13

	Gain en capital	
	Avec gel successoral en dollars (\$)	Sans gel successoral (incluant l'IMRTD) en dollars (\$)
Encaissement net avant liquidation	330 490	1 013 867
Gesco	900 483	–
	1 230 973	1 013 867
Dividende de liquidation (par. 84(2) L.I.R.)	900 483	–
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(327 325)	–
Encaissement net après liquidation	903 647	1 013 867

À la lumière des résultats obtenus, le fait de ne pas procéder à un gel successoral s'avère toujours l'option la plus avantageuse pour le défunt et la succession, puisque cela représente une économie d'impôt de 110 220 \$²⁶ comparativement à la situation avec gel successoral. Cependant, il est possible de compenser cet écart en retardant la liquidation de Gesco. En effet, de cette façon, les héritiers disposeront d'une somme additionnelle de 217 106 \$²⁷ à investir par l'entremise de Gesco.

Les résultats obtenus démontrent que l'écart est presque compensé après 14 ans, ainsi qu'il est présenté aux tableaux 14, 14-1 et 14-2 en annexe aux

²⁶ 1 013 867 \$ - 903 647 \$.

²⁷ 1 230 973 \$ - 1 013 867 \$.

pages 51:45 et 51:46²⁸. Après la liquidation en 2022, l'encaissement net pour chacun des deux scénarios est présenté dans le tableau 15 ci-dessous :

Tableau 15

	Gain en capital	
	Avec gel successoral en dollars (\$)	Sans gel successoral en dollars (\$)
Encaissement net avant liquidation	507 202	1 555 977
Gesco	1 650 300	–
	2 157 502	1 555 977
Dividende de liquidation (par. 84(2) L.I.R.)	1 650 300	–
Impôt sur le dividende (36,35 %)	(599 884)	–
Encaissement net après liquidation	1 557 617	1 555 977

Après avoir présenté ces derniers résultats à M. Indécis, le fiscaliste s'est rendu compte qu'il n'avait pas considéré le palier d'imposition des héritiers; en effet, le fiscaliste a utilisé le taux marginal maximum d'un dividende ordinaire pour calculer l'impôt que les héritiers devront payer. Ainsi, l'écart de 110 220 \$ déterminé plus haut sera nul (voir le tableau 16 ci-dessous) si le taux d'imposition utilisé pour le dividende est de 24,11 %.

²⁸ En émettant l'hypothèse que le taux de rendement est de 6 % et que le rendement généré constitue du revenu d'intérêts.

Tableau 16

	Gain en capital	
	Avec gel successoral en dollars (\$)	Sans gel successoral en dollars (\$)
Encaissement net avant liquidation	330 490	1 013 867
Gesco	900 483	–
	1 230 973	1 013 867
Dividende de liquidation (par. 84(2) L.I.R.)	900 483	–
Impôt sur le dividende (24,11 %)	(217 106)	–
Encaissement net après liquidation	1 013 867	1 013 867

Ainsi, si l'on considère que les héritiers n'ont aucune autre source de revenu que le dividende de liquidation reçu par Gesco, cette dernière pourra verser à chacun d'entre eux un dividende ordinaire à hauteur de 127 000 \$ et atteindre le taux d'imposition combiné fédéral et provincial de 24,11 %.

CONCLUSION

Cette première partie visait donc à répondre à la question suivante : doit-on toujours recommander un gel successoral dans une société de portefeuille? L'analyse des scénarios exposés précédemment nous amène à penser qu'il faut être prudent avant de recommander un gel successoral dans une société de portefeuille. Il est certain que le gel successoral représente un outil de planification fiscale important pour l'entrepreneur, mais il ne doit pas être appliqué à l'aveuglette par le praticien.

Il est d'une importance capitale pour le praticien de bien comprendre les besoins de l'entrepreneur et de ses héritiers éventuels avant de mettre en place un gel successoral. Recommander un gel successoral dans toutes les situations impliquant une société de portefeuille équivaldrait à recommander dans certains cas une planification fiscale non seulement inefficace, mais également coûteuse pour l'entrepreneur.

PARTIE II – OCCASIONS FAVORABLES EN TEMPS DE CRISE ÉCONOMIQUE*

Dans cette section, nous aborderons deux sujets. Le premier a trait à certaines stratégies de fractionnement du revenu fondé sur le faible taux prescrit actuel. Le second touche à la récente modification concernant la perte de valeur des placements détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »)/fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR ») après le décès.

1. PRÊTS AU CONJOINT OU À UN MINEUR AVEC LIEN DE DÉPENDANCE

Dans un contexte économique où les taux d'intérêt sont faibles, il peut s'avérer fort intéressant d'envisager diverses situations de prêts à long terme entre les conjoints afin de fractionner le revenu et ainsi imposer une partie des revenus de placement entre les mains du conjoint ayant le taux d'imposition marginal le moins élevé. Pour le quatrième trimestre de 2009²⁹, les taux prescrits des gouvernements fédéral et provinciaux s'élèvent à 1 %, soit leur plus bas niveau historique.

Lorsqu'un particulier consent un prêt à son conjoint, il y a généralement lieu d'appliquer les règles d'attribution prévues au paragraphe 74.1(1) L.I.R., qui établit que les revenus ou les pertes réellement générés par un bien prêté ou transféré seront réattribués à l'auteur du transfert³⁰. Cette règle s'applique lorsqu'un particulier prête ou transfère un bien, directement ou indirectement par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen, à une personne qui est son conjoint ou qui le deviendra par la suite, ou au profit de celle-ci. Des règles d'attribution semblables s'appliquent aux prêts consentis en faveur d'un mineur avec lequel le particulier a un lien de dépendance ou un mineur qui est le neveu ou la nièce du particulier selon le paragraphe 74.1(2) L.I.R. Le revenu de biens n'est pas la seule source de revenu à faire l'objet de ces règles d'attribution. En effet, les gains ou pertes en capital réalisés par le

* L'auteur tient à remercier M. Simon Le Bouthillier de sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Communiqué de presse*, « Taux d'intérêt pour le quatrième trimestre », 10 septembre 2009.

³⁰ Voir à ce sujet, entre autres, Marc JOLIN, « Le fractionnement du revenu et les pièges insoupçonnés des règles d'attribution », dans *Colloque – La fiducie : le véhicule fiscal du nouveau millénaire*, 88, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 2:1-124.

conjoint peuvent également être attribués à l'émetteur du prêt en vertu du paragraphe 74.2(1) L.I.R. Il est à noter que, contrairement au prêt entre conjoints, il n'y a aucune attribution de gain ou de perte en capital dans le cas de prêt à un enfant mineur³¹.

Il est toutefois possible d'éviter l'application de ces règles et de procéder à un fractionnement de revenu à l'aide d'un prêt respectant les modalités prévues au paragraphe 74.5(2) L.I.R. En vertu de ce paragraphe, il suffit que le prêt porte intérêt au moindre du taux prescrit qui est en vigueur au moment où le prêt est consenti et du taux dont les parties, si elles n'avaient aucun lien de dépendance, seraient convenues au moment où le prêt est consenti. De plus, les intérêts doivent réellement être payés au plus tard 30 jours après la fin de l'année civile donnée. À cet égard, la durée du prêt n'a aucune importance.

Puisque le taux d'intérêt prescrit actuel n'est que de 1 %, il s'agit d'un moment idéal pour mettre en place une stratégie de fractionnement de revenu à long terme entre conjoints. Il s'agit aussi d'une planification simple et peu coûteuse.

Les règles d'attribution comprennent de nombreux pièges et subtilités qu'il est essentiel de connaître afin d'établir une bonne planification. L'un d'eux concerne le paiement des intérêts dans un délai de 30 jours suivant la fin de l'année. Selon le sous-alinéa 74.5(1)b)(iii) L.I.R., l'exception prévue au paragraphe 74.5(1) L.I.R. ne s'applique que si les intérêts payables sur la créance pour l'année d'imposition donnée et pour chaque année d'imposition précédant l'année donnée sont payés au plus tard 30 jours après la fin de chacune de ces années d'imposition. En effet, dans une interprétation technique³², l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») mentionne que les concepts de « année donnée » et de « année d'imposition » des alinéas 74.5(2)b) et 74.5(2)c) L.I.R. sont les mêmes que ceux mentionnés dans le préambule de l'article. De plus, aux yeux de l'ARC, le concept de « année d'imposition donnée » du préambule de l'article est semblable à celui de « année d'imposition » des paragraphes 74.1(1) et 74.1(2) L.I.R. ainsi que de l'article 74.2 L.I.R. Par conséquent, si les intérêts ne sont pas payés dans les 30 jours après la fin de l'année civile où ils sont devenus

³¹ Voir à ce sujet, entre autres, Luc LACOMBE, « Fractionnement de revenu, est-ce encore possible? », dans *Colloque – La famille et la fiscalité*, 149, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 6:1-64.

³² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E 2008-027422117, 16 avril 2008.

exigibles, alors la créance ne remplira pas les conditions qui la rendraient exempte de l'application des règles d'attribution dans l'année en question ou dans toute autre année suivante³³. Il est donc important que les intérêts soient payés dans un délai de 30 jours suivant la fin de l'année civile et non 30 jours suivant la date anniversaire du prêt. Mentionnons que si le délai de 30 jours n'a pas été respecté pour une année, le prêt sera « contaminé » pour toute sa durée restante.

Une attention particulière doit être portée sur les règles d'attribution lors de la lecture de certains textes de doctrine qui, malheureusement, semblent confondre les paragraphes 74.1(1) et 74.3(1) L.I.R. avec le paragraphe 56(4.1) L.I.R. Nous traiterons du paragraphe 56(4.1) L.I.R. plus loin dans le texte.

Prenons l'exemple où M. X octroie un prêt de 200 000 \$ à M^{me} X, portant intérêt au taux de 1 % par année, et que cette dernière investit cette somme à un taux de 4 %. Il en résulte que M^{me} X devra payer chaque année des intérêts de 2 000 \$ à son conjoint, qui, pour sa part, devra s'imposer sur cette somme. Cependant, le revenu d'intérêts restant de 6 000 \$ demeure entre les mains de M^{me} X. Si les taux d'intérêt du marché augmentent dans le futur, elle pourra alors gagner des revenus d'intérêts encore plus élevés sur ses investissements, mais sa dépense d'intérêts demeurera à 1 %.

Il est tout de même possible de bénéficier du faible taux prescrit dans les situations où une telle stratégie a déjà été utilisée par le passé alors que les taux d'intérêt prescrits étaient plus élevés. Sous réserve des modalités du prêt antérieur, il suffit de procéder au remboursement de celui-ci et de contracter un nouveau prêt. Toutefois, un tel remaniement doit être effectué avec précaution, car des opérations mal structurées et mal documentées pourraient être contestées par les autorités fiscales. Il est important que le premier prêt soit effectivement remboursé et que le second soit un nouveau prêt, distinct du précédent.

Si, par exemple, le particulier octroie un second prêt à son conjoint au nouveau taux prescrit, et que cette dernière utilise ce nouveau prêt pour rembourser le premier, il en résulte une stratégie inefficace ayant pour effet de faire perdre le bénéfice de l'exception des règles d'attribution. À cet effet,

³³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-511R, « Transfert et prêts de biens entre conjoints et dans certains autres cas », 21 février 1994; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E 2000-0008455, 19 mai 2000.

l'ARC a déjà démontré par deux fois sa prise de position sur le sujet dans des interprétations techniques³⁴. On y stipule que l'exception du paragraphe 74.5(2) L.I.R. fait référence à un revenu, un gain, ou une perte, dérivé d'un bien prêté ou d'un bien y substitué. Puisque le second prêt est utilisé afin de rembourser le premier prêt (c'est-à-dire que le second prêt ne servirait jamais à gagner un revenu ou ne pourrait jamais générer un gain), l'exception ne serait pas applicable. Par conséquent, le paragraphe 74.1(3) L.I.R. trouverait application, entraînant ainsi l'application des règles d'attribution prévues aux paragraphes 74.1(1) et 74.1(2) ainsi qu'à l'article 74.2 L.I.R. à partir du moment où le second prêt est émis.

Le simple fait de changer le taux d'intérêt du prêt actuel ne permet pas non plus d'échapper aux règles d'attribution. L'ARC s'est également prononcée sur cette situation dans une interprétation technique³⁵. Selon elle, dans le cas où une modification au prêt existant était apportée en changeant le taux d'intérêt annuel, la condition du sous-alinéa 74.5(1)b(i) L.I.R. ne serait plus respectée puisque le taux d'intérêt sur le prêt ne serait plus le taux d'intérêt exigé lors de l'octroi du prêt. Les règles d'attribution seraient donc applicables, et ce, à partir du moment du changement de taux d'intérêt sur le prêt.

Il peut cependant survenir des situations où il est difficile de rembourser le premier prêt compte tenu d'une baisse de valeur des placements effectués.

Le transfert du placement en question, à la JVM, peut alors être envisagé entre les conjoints au lieu de procéder au remboursement du prêt au comptant. Dans notre exemple, M^{me} X pourrait transférer un placement d'une JVM de 150 000 \$ à son conjoint alors que le PBR est de 200 000 \$. Madame subirait donc une perte de 50 000 \$ lors de la disposition de son placement. Cette perte serait refusée puisqu'elle représente une perte apparente compte tenu du fait que la disposition a eu lieu en faveur de son époux. Quant à M. X, le PBR de son placement nouvellement détenu serait augmenté du montant de la perte apparente et passerait ainsi de 150 000 \$ à 200 000 \$.

³⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques E 9336625, 29 avril 1994 et E 2002-0143985, 18 octobre 2002.

³⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E 9336625, *op. cit.*, note 34.

Si M. X procédait à la vente du placement à un tiers non affilié, après un délai de 30 jours, il pourrait alors bénéficier de la perte en capital sur le placement de 50 000 \$, si la JVM de ce dernier est toujours de 150 000 \$.

Ce scénario engendre deux problèmes pour M^{me} X. Premièrement, la perte en capital serait refusée, comme nous l'avons mentionné précédemment. Deuxièmement, si un règlement de dette doit avoir lieu pour le solde encore impayé de son premier emprunt, cela peut devenir problématique.

En effet, lorsqu'il y a règlement de dette commerciale, le montant remis est appliqué en diminution de certains attributs fiscaux du débiteur. Il est à noter qu'un prêt au taux prescrit est généralement considéré comme un prêt commercial si des intérêts sont payables par le débiteur à la suite d'une obligation légale et si ces intérêts sont engagés dans le but de gagner un revenu.

La somme remise doit être appliquée à l'encontre des attributs fiscaux dans un ordre spécifique. Dans l'éventualité où les différents soldes fiscaux ne sont pas suffisants pour absorber complètement le montant remis, 50 % du montant remis restant sera alors ajouté au revenu du débiteur, soit M^{me} X³⁶.

L'ordre des premiers attributs fiscaux est le suivant³⁷ :

- 1) pertes autres que des pertes en capital excluant les pertes au titre de placement d'entreprise;
- 2) pertes agricoles;
- 3) pertes agricoles restreintes;
- 4) pertes autres que des pertes en capital des années antérieures (si elles sont admissibles au titre de placement d'entreprise);
- 5) pertes en capital des années antérieures.

³⁶ Par. 80(13) L.I.R.

³⁷ Pour une analyse complète sur le sujet, nous vous référons au texte suivant : Gaétan BISSON, « Réduction et remises de dettes les moins douloureuses », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 25:1-74.

Une solution à cette situation problématique à envisager serait de cesser d'exiger des intérêts sur le solde restant et d'obtenir un nouveau prêt portant intérêt au taux prescrit afin d'acquérir des placements. Ainsi, il y a véritablement consentement d'un nouveau prêt permettant de bénéficier du faible taux prescrit, et les revenus générés par les investissements faits grâce à ce nouveau prêt pourront servir éventuellement à rembourser le capital dû sur le premier prêt. À long terme, à l'aide des revenus générés sur le prêt, il sera possible de rembourser le premier prêt³⁸.

1.1. CALCUL DES AVANTAGES DANS UN SCÉNARIO

Afin de quantifier les avantages d'une telle planification, prenons l'exemple suivant : M. X gagne un revenu annuel de 150 000 \$ par année et sa conjointe n'a aucun revenu. M. X dispose de liquidités hors REÉR à la suite de la disposition d'une résidence secondaire pour un montant de 350 000 \$. Il effectue un prêt au taux prescrit de 1 % à sa conjointe équivalant à la somme globale. M^{me} X utilise le montant du prêt pour effectuer des placements et obtient un rendement de 5 %. Si M. X investissait lui-même les 350 000 \$ et générerait ainsi un revenu de placement de 17 500 \$, sa dépense d'impôt totale serait de 62 181 \$. Cependant, s'il prête 350 000 \$ à son épouse et que c'est elle qui reçoit le revenu de placement de 17 500 \$, alors l'impôt à payer de M. X sera de 58 629 \$ et M^{me} X devra payer 774 \$ d'impôt.

Il en résulte donc une économie d'impôt de 2 778 \$ pour le ménage lorsque les investissements sont effectués par M^{me} X grâce au prêt octroyé par son conjoint.

	<i>Avec prêt et avec placement \$</i>	<i>Sans prêt et avec placement \$</i>
M ^{me} X	774	0
M. X	58 629	62 181
Total	59 403	62 181

2. PRÊT À UNE FIDUCIE

Une autre stratégie consiste à utiliser une fiducie. En utilisant une fiducie familiale comme véhicule, le prêteur conserve un certain contrôle sur le type de placement effectué avec le produit de l'emprunt, sur la remise des

³⁸ Avant d'entreprendre une telle planification, il serait sage d'obtenir l'avis des autorités fiscales à ce sujet.

intérêts et sur le remboursement du prêt. Une fiducie offre également une grande latitude quant à la distribution du revenu et du capital. Elle peut aussi être dissoute sans incidence fiscale dans certaines circonstances.

Un particulier pourrait consentir un prêt à une fiducie familiale discrétionnaire dont les enfants du prêteur ou le conjoint sont les bénéficiaires. Avec ce prêt, la fiducie serait en mesure de procéder à des investissements lui permettant de gagner un revenu de biens suffisant pour payer les intérêts et la dette contractée auprès du prêteur ainsi que certaines dépenses engagées par les bénéficiaires. Il en résulte une imposition entre les mains des bénéficiaires de la fiducie des revenus générés par le prêt pour la différence entre le taux de rendement du portefeuille et la dépense d'intérêts au taux prescrit de 1 %. Un fractionnement du revenu efficace est alors possible dans la mesure où le taux d'imposition marginal des bénéficiaires est plus faible que celui du prêteur.

Les étapes importantes d'une telle planification sont les suivantes :

- 1) création d'une fiducie familiale aux termes d'un acte de donation notarié;
- 2) ouverture d'un compte de banque (chèque) au nom de la fiducie familiale;
- 3) prêt par le particulier en faveur de la fiducie familiale. Ce prêt porterait intérêt au taux de 1 % et comporterait des modalités de remboursement préétablies. La rédaction d'un billet en bonne et due forme est préférable afin de bien documenter la transaction;
- 4) investissement du produit de l'emprunt par la fiducie familiale.

La mise en place de cette structure doit être finalisée avant le 31 décembre 2009 afin de profiter du taux prescrit de 1 %. Dans le cas contraire, une analyse du taux prescrit du premier trimestre de 2010 devra être effectuée.

Il est à prévoir que des frais de maintien, tels que les frais occasionnés pour la production de Feuilles T3, devront être déboursés chaque année afin que la fiducie puisse remplir ses obligations légales et fiscales.

3. VARIATION DE LA STRATÉGIE DE PRÊTS AU CONJOINT OU À LA FIDUCIE LORSQUE L'ACTIONNAIRE A OCTROYÉ UN PRÊT À SON ENTREPRISE

Il peut arriver des situations où un entrepreneur souhaite effectuer un prêt en faveur de son conjoint afin de profiter d'un taux prescrit peu élevé alors qu'il a déjà octroyé un prêt à sa société. En formulant l'hypothèse selon laquelle le prêt est payable sur demande, la société procède au remboursement du prêt. Le montant ainsi remboursé sera alors prêté par l'actionnaire à son conjoint, qui pourra ainsi consentir un nouveau prêt à la société au taux d'emprunt de la société. Le conjoint n'aura qu'à payer un taux d'intérêt de 1 % sur le prêt.

Prenons l'exemple d'un prêt de 200 000 \$. La société rembourse la somme à M. X. Ce dernier consent alors un prêt de 200 000 \$ à M^{me} X, qui prête cette même somme à la société à un taux de 7 %. M^{me} X devra payer 2 000 \$ chaque année à M. X, qui, quant à lui, devra ajouter 2 000 \$ à ses revenus. Le revenu de M^{me} X (après déduction des intérêts) sera de 12 000 \$, et la société sera en mesure de déduire 14 000 \$ en dépense d'intérêts.

La même stratégie peut être utilisée au moyen d'une fiducie familiale. Prenons l'exemple d'un prêt de 200 000 \$. La société rembourse la somme à M. X. Ce dernier consent alors un prêt de 200 000 \$ à la fiducie familiale au taux de 1 %, qui prête cette même somme à la société au taux de 7 %. La fiducie devra payer 2 000 \$ chaque année à M. X, qui, quant à lui, devra ajouter 2 000 \$ à ses revenus. Le revenu de la fiducie (après déduction des intérêts) sera de 12 000 \$ et la société sera en mesure de déduire 14 000 \$ en dépense d'intérêts.

De telles stratégies peuvent cependant nécessiter la détention de liquidités importantes afin de rembourser le prêt initial. Cela peut s'avérer difficile dans un marché économique à la baisse. Afin de pallier cette situation, il peut s'avérer primordial de s'assurer auprès du banquier du client que celui-ci autorisera les chèques qui passeront dans le compte bancaire afin de réaliser la transaction.

Une autre stratégie peut être envisagée lorsqu'il s'agit d'octroyer des fonds à une société tout en voulant bénéficier du faible taux prescrit sur les prêts en faveur du conjoint. Il serait possible pour la société, dans certaines circonstances, de procéder à une réduction du CV d'une catégorie d'actions ou encore de procéder à un rachat des actions dont le CV et le PBR sont élevés. Les liquidités ainsi obtenues par l'actionnaire pourraient faire l'objet

d'un prêt en faveur du conjoint au taux prescrit de 1 %. Celui-ci peut alors consentir un prêt à la société au taux d'emprunt de la société.

L'utilisation de l'une ou l'autre de ces stratégies doit faire l'objet d'une documentation complète et les opérations doivent être clairement structurées afin de demeurer hors d'atteinte des autorités fiscales.

4. RÈGLES D'ATTRIBUTION ET OUVERTURE DE CRÉDIT CONJOINTE

Dans une récente interprétation technique³⁹, l'ARC s'est penchée sur l'application des règles d'attribution lorsqu'une ouverture de crédit est détenue conjointement par les époux. Les faits sont les suivants :

- Un couple marié a acquis une résidence familiale pour laquelle l'un des conjoints a contribué à la majeure partie du capital nécessaire à l'achat.
- Une ouverture de crédit, garantie par la résidence familiale, est obtenue et consignée conjointement au nom des deux époux.
- Chaque contribuable possède les mêmes droits quant à l'accès aux fonds consentis par l'ouverture de crédit et les retraits ne nécessitent pas deux signatures.
- L'épouse retire des fonds par le biais de l'ouverture de crédit détenue conjointement et investit ces sommes dans un portefeuille générant des revenus de placement.

Devant cette situation, l'ARC a dégagé les commentaires qui suivent :

Premièrement, le simple fait qu'une ouverture de crédit soit garantie par la résidence principale dont monsieur a contribué pour la majeure partie du capital n'entraîne pas en soi l'application des règles d'attribution. Dans une situation où un conjoint ne contribue aucunement au capital nécessaire pour l'achat d'une résidence mais que celle-ci est détenue conjointement, il y a effectivement un transfert de propriété d'un conjoint à l'autre au moment de l'achat. Cependant, dans la situation présente, une responsabilité conjointe liée à l'ouverture de crédit ne constitue pas un prêt au conjoint ou un transfert de propriété. Par conséquent, le fait que l'ouverture de crédit soit

³⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E 2009-0317041E5, 20 juillet 2009.

garantie par la résidence familiale dont le contribuable a apporté la majeure partie du capital n'entraîne pas l'application des règles d'attribution.

Deuxièmement, l'utilisation que la conjointe fait des fonds retirés à même l'ouverture de crédit ne constitue généralement pas un transfert indirect aux fins des paragraphes 56(4.1) et 56(2) L.I.R.

L'application du paragraphe 56(4.1) L.I.R. nécessite qu'un prêt soit octroyé en faveur d'un conjoint. Aux yeux de l'ARC, le fait qu'une ouverture de crédit conjointe soit émise par une institution bancaire ne représente pas un prêt en faveur d'un conjoint. Cependant, si un bien donné est prêté au conjoint, conformément au paragraphe 56(4.3) L.I.R., et que ce bien sert à rembourser l'ouverture de crédit conjointe, alors le paragraphe 56(4.1) L.I.R. pourrait s'appliquer.

Le paragraphe 56(2) L.I.R., quant à lui, ne trouverait pas application puisque le contribuable n'a pas effectué de paiement ou de transfert de biens à une autre personne pour son propre profit. En effet, le revenu de placement n'appartiendrait pas à monsieur mais bien à sa conjointe, puisqu'elle est la propriétaire des placements.

Troisièmement, l'usage de l'ouverture de crédit par la conjointe afin de gagner du revenu de biens constituerait généralement une garantie aux fins du paragraphe 74.5(7) L.I.R. Si le contribuable est tenu, conditionnellement ou non, d'exécuter un engagement, notamment une garantie, un accord ou une convention, conclu afin d'assurer le remboursement total ou partiel d'un prêt, ce dernier est considéré comme ayant octroyé un prêt au conjoint. Ainsi, il y aurait application des règles d'attribution.

Toutefois, l'exemption pour prêt commercial prévue au paragraphe 74.5(2) L.I.R. nécessitant que des intérêts soient payés à un taux non inférieur au taux prescrit au moment de l'octroi du prêt dans les 30 jours suivant la fin de l'année civile où le prêt a été accordé, et ce, chaque année, pourrait s'appliquer. L'alinéa 74.5(7)b) L.I.R. prévoit que, dans le but de déterminer si les conditions du paragraphe 74.5(2) L.I.R. sont respectées, seuls les intérêts payés par l'épouse sur l'ouverture de crédit seront considérés et non les intérêts payés par le contribuable.

Quatrièmement, l'ARC s'est penchée sur la déductibilité des intérêts payés aux fins de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Il en découle que les intérêts sur les fonds empruntés sont déductibles selon l'alinéa 20(1)c) L.I.R. dans la mesure où ces fonds ont servi à gagner du revenu de biens ou d'entreprise. L'ARC ne s'est pas prononcée sur la question en ce qui concerne la situation

présente mais mentionne cependant que cette question nécessite une analyse de tous les faits reliés à la transaction d'acquisition du portefeuille de placement.

L'ARC mentionne également que toute portion de l'ouverture de crédit empruntée par le contribuable et utilisée pour acquérir le portefeuille de placement au nom de sa conjointe constituerait un transfert du contribuable à celle-ci. De fait, les règles d'attribution s'appliqueraient sur tout revenu, perte ou gain en capital dérivé de ces placements. De plus, une telle utilisation des fonds empruntés ne serait pas admissible aux fins de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., puisque les fonds ne seraient pas empruntés par le contribuable pour gagner du revenu. Le contribuable ne pourrait donc pas déduire les intérêts payés sur son ouverture de crédit.

Par contre, pour ce qui est des sommes empruntées sur l'ouverture de crédit par l'épouse afin d'acquérir les placements en son propre nom, ces sommes seraient admissibles à l'application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., puisque les fonds sont empruntés dans le but de gagner un revenu de placement.

Il est à noter que, dans le cadre de cette interprétation, l'ARC met en garde les contribuables à savoir que s'il est démontré que le motif premier, ou l'un des principaux motifs de la transaction, était de réduire l'impôt à payer par l'un ou l'autre des conjoints, le paragraphe 74.5(11) L.I.R. ou l'article 245 L.I.R. pourrait s'appliquer.

5. LE PARAGRAPHE 56(4.1) L.I.R.

Le paragraphe 56(4.1) L.I.R. est une autre règle d'attribution à considérer dans le cadre d'une stratégie de fractionnement des revenus. Elle ne s'applique pas lorsque les règles de prêt au conjoint ou de prêt à un enfant mineur discutées plus tôt trouvent application.

Le paragraphe 56(4.1) L.I.R. prévoit que, lorsqu'un particulier a reçu un prêt d'une autre personne ou d'une fiducie ou qu'il est devenu son débiteur dans certaines conditions, le revenu provenant du bien acquis grâce au prêt ou à la dette, ou d'un bien qui y est substitué, est attribué au créancier. Lorsque le créancier est un particulier, il est nécessaire de négocier avec un autre particulier avec qui il y a un lien de dépendance au moment où le prêt ou la dette ont été contractés afin que ce paragraphe trouve application. Pour que ce paragraphe s'applique, on doit raisonnablement pouvoir considérer qu'un des principaux motifs du prêt sans intérêt ou à intérêt faible consiste à obtenir un avantage fiscal.

En vertu du paragraphe 56(4.2) L.I.R., le paragraphe 56(4.1) L.I.R. ne s'applique à aucun revenu provenant d'un bien prêté ou d'un bien qui y est substitué lorsque la dette ou le prêt porte intérêt à un taux égal ou supérieur au moindre du taux prescrit et du taux qui aurait été fixé par des parties n'ayant entre elles aucun lien de dépendance. De plus, les intérêts payables doivent effectivement être payés au plus tard 30 jours après la fin de chaque année civile où ils sont devenus exigibles.

Il existe des différences fondamentales entre le paragraphe 56(4.1) L.I.R. et les règles d'attribution à ne pas perdre de vue. En effet, si les paragraphes 74.1(1) et 74.3(1) L.I.R. visent à réattribuer les revenus de biens gagnés par un époux ou un conjoint de fait ainsi que les gains ou pertes en capital, le paragraphe 56(4.1) L.I.R., quant à lui, vise plutôt la réattribution des revenus de biens gagnés par un particulier majeur avec qui le prêteur a un lien de dépendance mais non les gains ou les pertes en capital.

Pour conclure, mentionnons que le paragraphe 56(4.1) L.I.R. vise les prêts et ne s'applique pas à la donation d'un bien.

6. TRANSFERT DE BIENS ENTRE VIFS PAR UN PARTICULIER

Une autre stratégie de fractionnement de revenus envisageable est le transfert d'un portefeuille de placement détenu par un particulier à son conjoint. Afin d'éviter que les règles d'attribution discutées précédemment ne trouvent application, les conditions suivantes doivent être remplies :

- 1) Au moment du transfert par le particulier à son conjoint, la JVM du bien transféré par le particulier ne dépasse pas la JVM du bien qu'il reçoit.
- 2) Si la contrepartie reçue est une créance, cette dernière doit porter intérêt au moindre du taux prescrit à ce moment et d'un taux commercial.
- 3) Les intérêts sur la créance doivent être acquittés dans les 30 jours qui suivent la fin de l'année donnée et des années subséquentes.
- 4) Le particulier doit faire le choix de ne pas se prévaloir du paragraphe 73(1) L.I.R.⁴⁰, c'est-à-dire qu'il doit utiliser comme produit de disposition pour son portefeuille de placement la JVM des biens cédés.

⁴⁰ « Règle de roulement fiscal entre conjoints ».

7. PERTE DE VALEUR DES PLACEMENTS DU REÉR/FERR APRÈS LE DÉCÈS

Les Budgets 2009 des gouvernements fédéral⁴¹ et provincial⁴² se sont attaqués à une problématique longtemps énoncée par les praticiens, soit la perte de valeur des placements dans un REÉR ou un FERR après le décès de son détenteur. En effet, il sera désormais possible pour la succession de déduire ces pertes du montant devant être inclus dans le revenu pour l'année du décès.

À l'heure actuelle, la JVM des placements détenus dans un REÉR au décès du rentier est généralement incluse dans le revenu du rentier décédé de l'année de son décès selon l'alinéa 146(8.8)a) L.I.R.

Cependant, par le passé, aucune disposition fiscale ne reconnaissait la perte de valeur des placements détenus dans un REÉR ou un FERR qui survénait après le décès du rentier et avant la distribution des placements aux bénéficiaires.

Sous réserve des conditions énoncées au paragraphe 146(8.93) L.I.R., le nouveau paragraphe 146(8.92) L.I.R. prévoit, lors de la distribution finale des biens détenus dans un REÉR ou un FERR d'un rentier décédé, le report rétrospectif des pertes de valeur des placements détenus dans un REÉR ou un FERR qui surviennent après le décès du rentier, ainsi que la déduction de ces pertes du montant provenant d'un REÉR et d'un FERR devant être inclus dans le revenu du rentier de l'année de son décès⁴³. Cette mesure, applicable aux distributions finales survenues après 2008, a reçu la sanction royale le 12 mars 2009.

Le montant pouvant être reporté rétrospectivement correspond en général à la différence entre le montant provenant des REÉR ou des FERR qui est inclus dans le revenu du rentier à la suite de son décès et la somme de tous les montants payés à partir des REÉR ou des FERR après le décès du rentier.

⁴¹ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2009*, 27 janvier 2009.

⁴² QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2009-2010, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 19 mars 2009.

⁴³ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 41, p. 352.

Il est possible pour le mandataire du particulier décédé de demander une nouvelle cotisation afin que la déduction soit reportée dans la déclaration de revenus de l'année du décès du particulier.

En règle générale, la déduction ne sera pas accordée si, après le décès du particulier, le REÉR ou le FERR détenait un placement non admissible (tel que cela s'applique actuellement aux REÉR et FERR) ou si la distribution finale des REÉR ou FERR a été faite après l'année suivant l'année du décès du particulier. Toutefois, l'application de la règle concernant le délai de la distribution finale pourrait être suspendue afin de permettre la déduction à certains contribuables, en fonction de chaque cas⁴⁴.

Prenons l'exemple d'un titulaire de REÉR, décédé en décembre 2006. Son institution financière est rapidement informée du décès. Cependant, parce que ses désignations de bénéficiaires sont légalement contestées, la répartition définitive des actifs est retardée alors que la valeur du REÉR diminue. Une fois le conflit résolu, l'institution financière du défunt n'arrive à effectuer la répartition définitive des actifs du REÉR qu'en février 2010. Le mandataire du défunt peut demander à l'ARC de suspendre la règle et de permettre une déduction pour la perte de valeur du REÉR survenue après le décès.

Il est à noter que l'ARC procède actuellement à l'élaboration des nouveaux formulaires, politiques et lignes directrices reliés à cette mesure.

⁴⁴ Voir le site de l'ARC : AGENCE DU REVENU DU CANADA (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/bdgt/2009/fqrrsp-fra.html>).

Tableau 6
Scénario 1 – Revenus d'intérêts

Liquidation de la société après 14 ans

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Revenu d'intérêts	48 058 \$	49 599 \$	51 189 \$	52 820 \$	54 523 \$	56 271 \$	58 075 \$	59 927 \$	61 838 \$	63 814 \$	65 888 \$	68 000 \$	70 180 \$	72 430 \$
Impôt à payer	(22 381 \$)	(23 098 \$)	(23 839 \$)	(24 603 \$)	(25 392 \$)	(26 206 \$)	(27 046 \$)	(27 913 \$)	(28 807 \$)	(29 731 \$)	(30 684 \$)	(31 668 \$)	(32 683 \$)	(33 731 \$)
Revenu net	25 677 \$	26 501 \$	27 350 \$	28 217 \$	29 132 \$	30 066 \$	31 030 \$	32 024 \$	33 051 \$	34 105 \$	35 204 \$	36 333 \$	37 497 \$	38 699 \$
Somme investie	800 967 \$	826 644 \$	853 145 \$	880 495 \$	908 722 \$	937 854 \$	967 920 \$	998 949 \$	1 030 973 \$	1 064 024 \$	1 098 135 \$	1 133 339 \$	1 169 671 \$	1 207 169 \$
Somme investie (31 décembre)	25 677 \$	26 501 \$	27 350 \$	28 217 \$	29 132 \$	30 066 \$	31 030 \$	32 024 \$	33 051 \$	34 105 \$	35 204 \$	36 333 \$	37 497 \$	38 699 \$
Somme totale investie	826 644 \$	853 145 \$	880 495 \$	908 722 \$	937 854 \$	967 920 \$	998 949 \$	1 030 973 \$	1 064 024 \$	1 098 135 \$	1 133 339 \$	1 169 671 \$	1 207 169 \$	1 245 868 \$

Solde IMRTD

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
IMRTD à la fin de l'année précédente	0 \$	12 816 \$	26 042 \$	39 695 \$	53 781 \$	68 320 \$	83 326 \$	98 813 \$	114 797 \$	131 292 \$	148 317 \$	165 887 \$	184 021 \$	202 736 \$
RTD de l'année d'imposition précédente	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	1 \$	2 \$
FRIP (case 1)	12 816 \$	13 226 \$	13 650 \$	14 088 \$	14 540 \$	15 008 \$	15 497 \$	15 983 \$	16 496 \$	17 025 \$	17 570 \$	18 134 \$	18 715 \$	19 315 \$
Impôt de la Partie IV à payer	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	1 \$	2 \$
IMRTD à la fin de l'exercice courant	12 816 \$	26 042 \$	39 695 \$	53 781 \$	68 320 \$	83 326 \$	98 813 \$	114 797 \$	131 292 \$	148 317 \$	165 887 \$	184 021 \$	202 736 \$	222 051 \$

Tableaux 6.1 et 6.2
Scénario 1 – Revenus d'intérêts

Investissement réalisé par la succession

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Revenu d'intérêts	39 659 \$	40 891 \$	42 161 \$	43 471 \$	44 822 \$	46 214 \$	47 640 \$	49 100 \$	50 607 \$	52 231 \$	53 883 \$	55 566 \$	57 282 \$	59 030 \$
Impôts à payer	(19 123 \$)	(19 718 \$)	(20 330 \$)	(20 962 \$)	(21 613 \$)	(22 285 \$)	(22 977 \$)	(23 691 \$)	(24 427 \$)	(25 186 \$)	(25 968 \$)	(26 775 \$)	(27 607 \$)	(28 464 \$)
Revenu net	20 536 \$	21 173 \$	21 831 \$	22 509 \$	23 209 \$	23 929 \$	24 673 \$	25 409 \$	26 230 \$	27 045 \$	27 885 \$	28 752 \$	29 645 \$	30 566 \$
Somme investie (1 ^{er} janvier)	660 980 \$	681 515 \$	702 689 \$	724 520 \$	747 029 \$	770 238 \$	794 168 \$	818 841 \$	844 281 \$	870 511 \$	897 556 \$	925 441 \$	954 193 \$	983 837 \$
Somme investie (31 décembre)	20 533 \$	21 173 \$	21 831 \$	22 509 \$	23 209 \$	23 929 \$	24 673 \$	25 409 \$	26 230 \$	27 045 \$	27 885 \$	28 752 \$	29 645 \$	30 566 \$
Somme totale investie	681 515 \$	702 689 \$	724 520 \$	747 029 \$	770 238 \$	794 168 \$	818 841 \$	844 281 \$	870 511 \$	897 556 \$	925 441 \$	954 193 \$	983 837 \$	1 014 403 \$

Investissement réalisé par la succession

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Revenu d'intérêts	76 130 \$	78 895 \$	80 924 \$	83 448 \$	86 041 \$	88 714 \$	91 470 \$	94 312 \$	97 242 \$	100 265 \$	103 378 \$	106 590 \$	109 902 \$	113 316 \$
Impôts à payer	(56 710 \$)	(57 830 \$)	(59 076 \$)	(60 239 \$)	(61 480 \$)	(62 778 \$)	(64 107 \$)	(65 477 \$)	(66 893 \$)	(68 347 \$)	(69 842 \$)	(71 398 \$)	(72 995 \$)	(74 641 \$)
Revenu net	39 420 \$	40 665 \$	41 908 \$	43 210 \$	44 562 \$	45 936 \$	47 363 \$	48 835 \$	50 352 \$	51 916 \$	53 539 \$	55 192 \$	56 907 \$	58 675 \$
Somme investie (1 ^{er} janvier)	1 268 834 \$	1 308 254 \$	1 348 899 \$	1 390 807 \$	1 434 016 \$	1 478 668 \$	1 524 504 \$	1 571 868 \$	1 620 702 \$	1 671 054 \$	1 722 971 \$	1 776 500 \$	1 831 692 \$	1 888 599 \$
Somme investie (31 décembre)	39 420 \$	40 665 \$	41 908 \$	43 210 \$	44 562 \$	45 936 \$	47 363 \$	48 835 \$	50 352 \$	51 916 \$	53 539 \$	55 192 \$	56 907 \$	58 675 \$
Somme totale investie	1 308 254 \$	1 348 899 \$	1 390 807 \$	1 434 016 \$	1 478 568 \$	1 524 504 \$	1 571 868 \$	1 620 702 \$	1 671 054 \$	1 722 971 \$	1 776 500 \$	1 831 692 \$	1 888 599 \$	1 947 274 \$

Tableau 14
Scénario 2 – Gain en capital

Liquidation de la société après 14 ans

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Revenu d'intérêts	54 029 \$	55 761 \$	57 540 \$	59 394 \$	61 298 \$	63 265 \$	65 291 \$	67 384 \$	69 544 \$	71 773 \$	74 074 \$	76 449 \$	78 900 \$	81 429 \$
Impôt à payer	(25 161 \$)	(25 568 \$)	(26 801 \$)	(27 661 \$)	(28 545 \$)	(29 461 \$)	(30 405 \$)	(31 381 \$)	(32 387 \$)	(33 425 \$)	(34 496 \$)	(35 603 \$)	(36 744 \$)	(37 923 \$)
Revenu net	28 868 \$	29 793 \$	30 748 \$	31 734 \$	32 751 \$	33 801 \$	34 885 \$	36 003 \$	37 157 \$	38 349 \$	39 578 \$	40 847 \$	42 156 \$	43 508 \$
Somme investie (1 ^{er} janvier)	900 483 \$	929 351 \$	959 144 \$	989 892 \$	1 021 626 \$	1 054 377 \$	1 088 179 \$	1 123 063 \$	1 159 067 \$	1 196 224 \$	1 234 572 \$	1 274 130 \$	1 314 997 \$	1 357 153 \$
Somme investie (31 décembre)	28 868 \$	29 793 \$	30 748 \$	31 734 \$	32 751 \$	33 801 \$	34 885 \$	36 003 \$	37 157 \$	38 349 \$	39 578 \$	40 847 \$	42 156 \$	43 508 \$
Somme totale investie	929 351 \$	959 144 \$	989 892 \$	1 021 626 \$	1 054 377 \$	1 088 179 \$	1 123 063 \$	1 159 067 \$	1 196 224 \$	1 234 572 \$	1 274 130 \$	1 314 997 \$	1 357 153 \$	1 400 661 \$

Solde IMRTD

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
IMRTD à la fin de l'année précédente	0 \$	14 408 \$	29 278 \$	44 624 \$	60 463 \$	76 809 \$	93 679 \$	111 090 \$	129 059 \$	147 665 \$	166 745 \$	186 498 \$	206 885 \$	227 925 \$
KTD de l'année précédente	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	0 \$	2 \$
FRIP (note 1)	14 408 \$	14 870 \$	15 346 \$	15 838 \$	16 346 \$	16 870 \$	17 411 \$	17 969 \$	18 545 \$	19 140 \$	19 753 \$	20 387 \$	21 040 \$	21 715 \$
Impôt de la Partie IV à payer	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
IMRTD à la fin de l'exercice courant	14 408 \$	29 278 \$	44 624 \$	60 463 \$	76 809 \$	93 679 \$	111 090 \$	129 059 \$	147 665 \$	166 745 \$	186 498 \$	206 885 \$	227 925 \$	249 641 \$

Tableaux 14.1 et 14.2
Scénario 2 – Gain en capital

Investissement réalisé par la succession

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Revenu d'intérêts	19 829 \$	20 445 \$	21 081 \$	21 736 \$	22 411 \$	23 107 \$	23 825 \$	24 565 \$	25 328 \$	26 115 \$	26 927 \$	27 763 \$	28 626 \$	29 515 \$
Impôt à payer	(9 562 \$)	(9 859 \$)	(10 165 \$)	(10 481 \$)	(10 807 \$)	(11 142 \$)	(11 488 \$)	(11 845 \$)	(12 213 \$)	(12 593 \$)	(12 984 \$)	(13 387 \$)	(13 803 \$)	(14 233 \$)
Revenu net	10 268 \$	10 587 \$	10 916 \$	11 255 \$	11 604 \$	11 965 \$	12 337 \$	12 720 \$	13 115 \$	13 522 \$	13 943 \$	14 376 \$	14 822 \$	15 283 \$
Somme investie (1 ^{er} janvier)	330 499 \$	340 758 \$	351 344 \$	362 260 \$	373 515 \$	385 119 \$	397 084 \$	409 420 \$	422 140 \$	435 255 \$	448 778 \$	462 720 \$	477 096 \$	491 919 \$
Somme investie (31 décembre)	10 268 \$	10 587 \$	10 916 \$	11 255 \$	11 604 \$	11 965 \$	12 337 \$	12 720 \$	13 115 \$	13 522 \$	13 943 \$	14 376 \$	14 822 \$	15 283 \$
Somme totale investie	340 758 \$	351 344 \$	362 260 \$	373 515 \$	385 119 \$	397 084 \$	409 420 \$	422 140 \$	435 255 \$	448 778 \$	462 720 \$	477 096 \$	491 919 \$	507 202 \$

Investissement réalisé par la succession

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Revenu d'intérêts	60 832 \$	62 722 \$	64 671 \$	66 680 \$	68 751 \$	70 887 \$	73 090 \$	75 360 \$	77 702 \$	80 116 \$	82 605 \$	85 171 \$	87 817 \$	90 546 \$
Impôt à payer	(29 333 \$)	(30 245 \$)	(31 184 \$)	(32 153 \$)	(33 152 \$)	(34 182 \$)	(35 244 \$)	(36 339 \$)	(37 468 \$)	(38 632 \$)	(39 832 \$)	(41 070 \$)	(42 345 \$)	(43 661 \$)
Revenu net	31 499 \$	32 477 \$	33 486 \$	34 527 \$	35 599 \$	36 705 \$	37 846 \$	39 022 \$	40 234 \$	41 484 \$	42 773 \$	44 102 \$	45 472 \$	46 884 \$
Somme investie (1 ^{er} janvier)	1 013 867 \$	1 045 365 \$	1 077 843 \$	1 111 329 \$	1 145 826 \$	1 181 455 \$	1 218 161 \$	1 256 007 \$	1 295 028 \$	1 335 262 \$	1 376 746 \$	1 419 519 \$	1 463 621 \$	1 509 092 \$
Somme investie (31 décembre)	31 499 \$	32 477 \$	33 486 \$	34 527 \$	35 599 \$	36 705 \$	37 846 \$	39 022 \$	40 234 \$	41 484 \$	42 773 \$	44 102 \$	45 472 \$	46 884 \$
Somme totale investie	1 045 365 \$	1 077 843 \$	1 111 329 \$	1 145 856 \$	1 181 455 \$	1 218 161 \$	1 256 007 \$	1 295 028 \$	1 335 262 \$	1 376 746 \$	1 419 519 \$	1 463 621 \$	1 509 092 \$	1 555 977 \$

PARTIE B

Pierre T. Allard, avocat, associé
BCF s.e.n.c.r.l.

PARTIE I – OPPORTUNITÉS DE PLANIFICATION EN PÉRIODE DE DIFFICULTÉS FINANCIÈRES**1. MISE EN SITUATION***

L'être humain cherche fondamentalement à trouver le bon côté des choses, même dans les pires situations. Cette capacité à résister à un choc et à rebondir, qu'on peut appeler la résilience, peut certainement s'exprimer dans un contexte de crise économique et financière. C'est dans cette perspective que nous vous présenterons les réflexions et les idées de planification qui suivent.

Les idées de planification seront principalement caractérisées par la possibilité de tirer profit temporairement de valeurs marchandes inférieures ainsi que par l'utilisation de différentes caractéristiques fiscales permettant d'augmenter le rendement net en réduisant les impôts payables. Par ailleurs, les occasions qui nous sont données de revisiter certaines structures de planification permettront également de corriger ou de mettre à jour certaines situations, tel que nous vous l'exposerons.

2. GEL OU NOUVEAU GEL

Le gel successoral est une technique utilisée depuis de nombreuses années afin de différer l'impôt résultant de la disposition réputée au décès d'un contribuable résident canadien. Cette technique est suffisamment utilisée pour affirmer que plusieurs entreprises ayant des valeurs significatives ont profité de cette stratégie et ont une structure caractéristique d'une telle planification. Par contre, malgré la popularité de cette approche, il serait faux de penser que tous ceux qui pourraient en bénéficier sont passés à l'action.

Pour les contribuables qui ne sont pas encore passés à l'action, le moment ne pourrait être mieux choisi. Un des principes mêmes du gel

* L'auteur tient à remercier M^e Julie Lavigne, avocate chez BCF s.e.n.c.r.l., de sa contribution à l'élaboration du présent texte.

successoral (en tenant compte des bémols concernant la rentabilité d'un gel discutés à la section précédente¹) est d'effectuer l'opération à la valeur la plus basse possible. Naturellement, cette affirmation doit tenir compte d'enjeux autres que fiscaux, notamment quant aux besoins financiers de la ou des personnes effectuant le gel et de la capacité de renverser cette transaction. Le but de la présente section n'est pas de revoir en détail les techniques de gel successoral. À cet effet, nous vous référerons à plusieurs textes qui en traitent abondamment. Nous mettrons en lumière au cours des exemples que nous verrons qu'il est toutefois possible de moduler les techniques habituelles pour tenir compte des réalités fiscales du XXI^e siècle.

2.1. LE NOUVEAU GEL

Nous désirons nous attarder plus longuement sur les situations où un contribuable a déjà mis en place une structure complète ou partielle de gel successoral.

« De la même façon qu'il n'est pas toujours aisé de vendre nos actions sur le marché quand les prix sont au plus haut et d'acheter quand ils sont au plus bas » (plusieurs comprennent maintenant la portée de cette affirmation!). Le gel successoral n'a pas nécessairement été mis en place à un moment où les valeurs étaient les plus favorables, soit, comme il est mentionné plus haut, à la valeur la plus basse. Il est donc possible que, dans un contexte de crise économique et financière, le secteur économique dans lequel le contribuable opère soit touché et rende la valeur marchande de la compagnie plus basse que la valeur à laquelle le gel a été effectué par le passé. Il est donc possible d'envisager de « regeler » ou plutôt d'effectuer un nouveau gel avec de nouvelles valeurs plus favorables.

La majorité des structures de gel successoral que nous retrouverons impliquent des structures corporatives. Dans ces compagnies, il y a habituellement des actions privilégiées rachetables à une valeur fixe qui ont été émises pour la valeur du gel et de nouvelles actions ordinaires qui ont été émises à de nouveaux actionnaires, que ce soit des individus, des compagnies ou des fiducies. Dans certains cas exceptionnels, nous retrouvons des structures similaires dans des sociétés de personnes. Finalement, d'autres structures de gel ont été faites par des donations directes, par exemple, d'un immeuble. Dans ces derniers cas, par contre,

¹ Jean-François THUOT, « Opportunités de planification en période de difficultés financières – Partie A », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 51:5-88, aux pages 51:5-46.

étant donné que l'impact fiscal a été immédiat, il ne sera pas possible, d'un point de vue fiscal, de revenir en arrière.

Dans ce contexte, nous tenterons de trouver la solution la plus simple pour effectuer un nouveau gel. Nous pourrions instinctivement penser de simplement échanger les anciennes actions de gel pour de nouvelles actions ayant une valeur de rachat plus basse. L'idée d'effectuer cet échange ne date pas d'hier. Cette question a été posée en 1985 aux autorités fiscales et avait alors donné lieu à une réponse qui donnait un résultat peu intéressant. En effet, celles-ci considéraient que l'échange constituait un bénéfice conféré aux détenteurs d'actions ordinaires². Les autorités fiscales ont eu l'occasion de se pencher à nouveau sur cette question à la fin des années 1990 et sont revenues avec une position beaucoup plus intéressante pour le contribuable. Leur position est essentiellement qu'il n'y aura pas de bénéfice conféré autant à l'auteur du gel qu'à ceux qui en bénéficient dans le cas d'un échange d'actions ayant une valeur de rachat plus basse pour de nouvelles actions privilégiées correspondant à la JVM de la compagnie, pourvu que cette diminution de valeur ne résulte pas d'un dépouillement d'actifs de la compagnie³. Il faut dire d'emblée que les autorités fiscales avaient reconnu que le produit de disposition d'actions privilégiées de gel ayant techniquement une valeur de rachat supérieure à la valeur réelle de l'entreprise serait égal à la valeur de l'entreprise⁴. Pour mieux comprendre la position des autorités fiscales sur les « regels » (*refreeze*, en anglais) qui sont acceptables, comparons les deux exemples suivants.

Entreprise ABC inc. exploite trois immeubles à vocation hôtelière. Les profits d'Entreprise ABC inc. ont chuté de 40 % au cours des 18 derniers mois. De plus, la valeur marchande des terrains où sont situés les immeubles a chuté de 10 % dans le secteur où ils se trouvent. En date d'aujourd'hui, un expert en évaluation convient que l'entreprise vaut 6 M\$. Cette même entreprise avait été évaluée à 10 M\$ il y a quatre ans. En 2005, les actionnaires d'Entreprise ABC inc. avaient effectué un gel successoral en faveur d'une fiducie familiale sur la base de cette évaluation de 10 M\$. Ces mêmes actionnaires se proposent d'effectuer, en 2009, un nouveau gel à la

² « Table ronde de Revenu Canada », dans *1985 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1986, pp. 49:1-32, question 53, à la page 49:29.

³ *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétations techniques 9607635, 28 mai 1997, 9229905, 3 juin 1997; 2000-0029115, 17 novembre 2000.

⁴ *Id.*, interprétation technique 9234925, 18 janvier 1993.

baisse de leurs actions privilégiées. L'opération consisterait à échanger les anciennes actions privilégiées contre de nouvelles actions ayant une valeur de rachat plus basse. Nous comprenons que selon la position des autorités fiscales, cette opération, si elle est correctement effectuée techniquement, n'impliquera aucun bénéfice conféré pour les actionnaires, que ce soit les détenteurs d'actions privilégiées ou la fiducie.

Prenons un deuxième exemple où Compagnie de gestion XYZ inc. a également subi une perte de valeur importante, mais où le contexte est fort différent. Compagnie de gestion XYZ inc. détient des placements en valeurs mobilières et en immobilier. En 2005, un gel successoral avait été effectué en faveur d'une fiducie pour 10 M\$. Depuis, des dividendes fort importants ont été versés sur les actions ordinaires malgré la prohibition contenue dans les statuts de la société à savoir que les actifs devaient suffire pour pourvoir au rachat des actions privilégiées avant de procéder à la déclaration de dividendes sur les actions ordinaires. Ces dividendes expliquent presque à eux seuls la baisse de valeur de 10 M\$ à celle de 6 M\$ que nous retrouvons aujourd'hui. Les actionnaires de Compagnie de gestion XYZ inc. voudraient également effectuer une nouvelle opération de gel pour refléter la nouvelle valeur. Étant donné que cette baisse de valeur vient du dépouillement de surplus de la compagnie⁵, les autorités fiscales pourraient vouloir imposer les actionnaires sur une base d'avantages conférés. Il n'est pas clair de quelle façon ils imposeraient techniquement une telle transaction, mais quelques possibilités semblent s'offrir à eux dont les paragraphes 15(1) et 56(2) L.I.R.

2.2. MÉCANIQUE DU NOUVEAU GEL

D'un point de vue mécanique, la réalisation du gel à la nouvelle valeur peut se faire de différentes façons. En fait, presque toutes les techniques disponibles pour effectuer un gel peuvent être utilisées à ce stade-ci.

D'abord, disons généralement que si le capital-actions est adéquat (voir la section 3.3. à ce sujet), le plus simple est sans doute d'effectuer un échange en vertu de l'article 51 L.I.R. Cette technique ne nécessitera qu'un contrat d'échange. Aucun document ne devra être produit auprès des autorités fiscales ni aucune disposition ne devra être rapportée dans la déclaration fiscale de l'actionnaire. Les différents points à considérer quant à l'utilisation de l'article 51 L.I.R. sont résumés dans le tableau joint en annexe A.

⁵ Voir le commentaire à cet égard, *supra*, note 3, interprétation technique 2000-0029115, 17 novembre 2000.

Par ailleurs, s'il est nécessaire de modifier le capital-actions, il pourrait alors être opportun d'utiliser les dispositions de l'article 86 L.I.R. afin d'effectuer la conversion des actions dans la même opération. Les dispositions de l'article 86 L.I.R. prévoient également un roulement automatique et, donc, il n'est pas nécessaire d'indiquer ce choix auprès des autorités fiscales. Par contre, contrairement à l'article 51 L.I.R., l'article 86 L.I.R. crée une disposition sur le plan fiscal qui devra être rapportée dans les déclarations fiscales malgré le fait qu'il n'y ait pas d'impact fiscal immédiat. Recourir à un remaniement de l'article 86 L.I.R. peut également être la technique la plus rapide pour geler à nouveau un grand nombre d'actionnaires dans la même compagnie. Encore une fois, les conditions d'application de l'article 86 L.I.R. sont résumées au tableau joint en annexe A.

Dans un contexte où la structure corporative en elle-même doit être touchée (voir certaines réflexions à cet effet à la section 3.2. dans le texte), le nouveau gel pourrait être effectué avec un transfert dans une nouvelle société en utilisant les dispositions de l'article 85 L.I.R. et en produisant les formulaires de roulement en temps opportun. Une des principales caractéristiques de l'article 85 L.I.R. est la possibilité de choisir une somme convenue qui correspondra au produit de disposition. Cette flexibilité permettra dans certains cas d'effectuer par la même occasion une cristallisation. De plus, l'utilisation de l'article 85 L.I.R. pourrait être recommandée dans les cas où il serait utile d'isoler le PBR sur des actions privilégiées⁶. En effet, lorsque les actions privilégiées de gel ont un PBR significatif mais qui n'est pas égal à la valeur marchande des actions, il pourrait être indiqué d'isoler le PBR sur une seule catégorie d'actions privilégiées ayant une valeur de rachat égale à ce PBR et de transférer l'excédent de valeur sur une autre catégorie d'actions privilégiées qui, elles, auront alors un PBR nominal. Cette structure permettra plus de flexibilité dans la planification fiscale du détenteur des actions de gel, autant de son vivant que *post mortem*. Nous vous référons au tableau joint en annexe A pour l'ensemble des conditions d'application de l'article 85 L.I.R.

Finalement, dans certains cas particuliers où des regroupements de compagnies feront partie de la révision de la structure, il serait pensable d'effectuer le nouveau gel en utilisant les dispositions de l'article 87 L.I.R. dans le cadre d'une fusion de deux ou plusieurs compagnies. En effet, la convention de fusion donnera la latitude nécessaire pour pouvoir créer et émettre les actions désirées.

⁶ Voir les alinéas 85(1)g) et 85(1)h) L.I.R.

Nous pourrions nous interroger s'il n'était pas suffisant, dans le cas où la description de la valeur de rachat dans les statuts de la compagnie le permettait, de simplement fixer une nouvelle valeur de rachat par résolution des administrateurs ou de racheter les actions représentant l'excédent de la valeur. Par contre, étant donné notamment que la possibilité d'appliquer une clause d'ajustement reconnue par les autorités fiscales dans ces circonstances est incertaine, il serait inutile de courir ce risque.

3. OPPORTUNITÉS À SAISIR DANS UNE RÉORGANISATION

En se questionnant sur la possibilité d'effectuer un nouveau gel d'une entreprise, il nous est donné comme professionnel une chance unique de revoir la planification déjà mise en place. Cette opportunité permettra généralement de mettre la planification à jour en fonction de la nouvelle réalité du client, que ce soit du point de vue de la famille (divorce, nouveau conjoint, nouveaux enfants, décès d'un membre de la famille, nouvelle implication des membres de la famille dans l'entreprise, etc.), du point de vue de l'entreprise (nouvelle réalité d'affaires, nouvelle division, employés clés à intéresser, etc.) ou du point de vue financier (besoins mieux définis de l'actionnaire principal, nouveaux objectifs, etc.). Il sera même possible, dans certaines situations, de déterminer des éléments de planification qui n'étaient pas optimaux. Finalement, comme dans plusieurs sphères, les planifications légales et fiscales évoluent et deviennent plus sophistiquées et il pourrait être important de remettre au goût du jour la structure d'un client.

Nous énumérerons différents éléments qui devraient être considérés à l'occasion d'un nouveau gel, à tout le moins pour s'assurer de l'adéquation de la planification, et nous en discuterons brièvement. Naturellement, cette liste est loin d'être exhaustive.

3.1. REVOIR LA STRUCTURE FIDUCIAIRE

La première question à se poser, s'il n'y a pas de fiducie, consiste à se demander s'il est maintenant opportun d'en utiliser une ou, s'il y en avait une, est-elle toujours utile? Ensuite, il faudrait vérifier que la fiducie actuelle n'est pas aux prises avec une contamination fiscale (par exemple, l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.). Il faudrait aussi s'assurer que les fiduciaires en place sont les bonnes personnes, que les modes de remplacement prévus à l'acte sont toujours adéquats et qu'au besoin, les désignations dans des documents externes (par exemple, dans un testament ou dans un mandat en cas d'incapacité) sont faites ou mises à jour. Le même exercice devra être fait en ce qui a trait à la liste des bénéficiaires et des facultés d'élire externes. Par exemple, le gel qui avait préalablement été fait

n'était peut-être pas un gel réversible, c'est-à-dire que l'auteur n'était pas l'un des bénéficiaires de la fiducie. Il faudra se questionner à savoir s'il n'est pas opportun de l'inclure dans une nouvelle fiducie. Finalement, il faudra se questionner sur l'âge de la fiducie et s'il n'est pas simplement temps d'en faire une nouvelle afin de repartir le délai pour repousser le moment de la disposition au 21^e anniversaire. Dans l'éventualité où les fiduciaires acceptaient l'achat des actions ordinaires pour une considération nominale, la responsabilité de ces derniers devrait être consolidée et abordée selon les faits propres à chacune des situations⁷. Si les bénéficiaires et les conditions de remise du revenu et du capital sont sensiblement les mêmes dans la nouvelle fiducie, il devrait être plus simple de prendre cette décision.

3.2. VÉRIFIER QUE LES MORCEAUX SONT À LA BONNE PLACE

La structure corporative en elle-même n'est pas toujours optimale. Par exemple, il se peut qu'il y ait une compagnie de gestion interposée entre la fiducie et la compagnie exploitante alors qu'il y a d'autres actifs dans la compagnie de gestion. Dans l'optique où la compagnie exploitante était possiblement vendable, il faudrait s'assurer que la structure soit ajustée afin de permettre l'utilisation des déductions pour gains en capital (ci-après « DGC ») des bénéficiaires de la fiducie. Une piste de solution pourrait être de renverser la structure pour faire en sorte que la compagnie de gestion soit plutôt bénéficiaire de la fiducie, tout en s'assurant de ne pas créer de problème relativement à l'impôt de la Partie IV L.I.R. Par ailleurs, dans les structures comportant une multitude de compagnies, il faudrait également porter une attention particulière aux tests de société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE »), notamment afin que la possibilité d'utiliser la DGC ne soit pas compromise. Par exemple, un problème rencontré fréquemment est celui d'une filiale étrangère détenue par une compagnie exploitante qui est considérée comme un actif inadmissible aux fins du test de SEPE. De plus, puisque les tests de SEPE pour les compagnies superposées sont plus difficiles à respecter, la compagnie pourrait potentiellement se disqualifier même si, sur une base consolidée, elle respectait normalement le test.

3.3. CAPITAL-ACTIONS INADÉQUAT

L'occasion d'effectuer un nouveau gel permet également de revoir l'ensemble du capital-actions de la compagnie. À cet effet, plusieurs

⁷ Voir à ce sujet André MORRISSETTE, Richard CHAGNON et Diane BRUNEAU, « Le dégel successoral », (1992), vol. 40, n^o 2 *Revue fiscale canadienne* 304-337.

éléments pourraient nécessiter des modifications. Par exemple, le taux du dividende sur les actions privilégiées de gel (ou sur d'autres catégories d'actions) pourrait ne plus être adéquat ou suffisamment flexible notamment compte tenu de la valeur révisée à la baisse. Également, il est probablement souhaitable d'avoir une certaine souplesse dans le versement des dividendes sur les actions privilégiées en prenant soin d'indiquer que le taux mensuel prévu sur les actions privilégiées de gel est un maximum et non pas un montant fixe. Ensuite, il faut s'assurer d'avoir, dans les statuts, des actions à vote multiple leur permettant d'éviter d'être affublées d'une valeur marchande importante. Ces actions sont caractérisées, par exemple, par le fait qu'elles perdront leur vote au décès d'un individu ou qu'elles seront rachetables au gré de la compagnie pour la valeur d'émission. Récemment, certains auteurs ont soulevé le fait que l'ARC prétendrait que les actions de contrôle ont une valeur importante⁸. Une position prise récemment au congrès de l'Association canadienne d'études fiscales en Colombie-Britannique semble vouloir minimiser l'impact de cette nouvelle tendance⁹. La révision du capital-actions permettra également de s'assurer que certains détails sont bien décrits dans le capital-actions, notamment l'effet d'une réduction du CV sur la valeur de rachat des actions privilégiées de gel. L'utilisation d'une réduction de CV pourrait être utile dans l'optique où il était voulu d'extraire une partie du revenu gagné de la compagnie tout en s'assurant de réduire la valeur des actions de gel. Finalement, la révision du capital-actions pourrait être l'occasion, si ce n'est déjà fait, de modifier les statuts afin de les rendre conformes à la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁰ ou encore de corriger le district du siège social si la compagnie est déménagée. C'est peut-être également une occasion de revoir le nom de la compagnie.

3.4. ATTACHER LES FICELLES

La révision de la structure du gel permettra aussi de compléter ou de revoir, si ce n'est déjà fait, les références à des documents externes qui donnent de la flexibilité à la structure. Par exemple, la révision en

⁸ Voir également le commentaire de l'ARC dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 38, 22 septembre 2008, p. 14.

⁹ « Table ronde de Revenu Canada », dans *2009 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 22 septembre 2009, question 1, à la page 16:1. Voir également David LOUIS, « Control Premium – Canada Revenue Agency Changes Policy », *Tax Topics*, n° 1960, Don Mills, Ont., CCH Canadian, 1^{er} octobre 2009, p. 1.

¹⁰ L.R.Q. c. V-1.1, règlement 45-106.

profondeur du testament et du mandat en cas d'incapacité notamment pour s'assurer que les désignations des fiduciaires remplaçants et l'exercice des facultés d'élire sont adéquats et suffisamment précis. Ensuite, la révision de la convention entre actionnaires ou la préparation d'une convention dans les cas où ce n'est déjà fait est certainement à considérer. Dans ce dernier cas, la clause d'évaluation devra être mise à jour en fonction de la nouvelle réalité et, entre autres, des nouvelles valeurs fixées dans le cadre du gel. De même, l'adéquation du portefeuille d'assurance et son positionnement dans la structure devront être réexaminés.

4. EXEMPLES PRATIQUES

Afin d'illustrer nos propos, nous discuterons de situations où un nouveau gel serait approprié et des techniques pour y arriver selon différentes hypothèses propres à la situation.

4.1. MISE EN SITUATION

Entreprise ABC inc. a deux actionnaires : M. A, qui possède 5 000 000 d'actions de gel émises il y a cinq ans pour une valeur de rachat de 5 M\$ et des actions privilégiées à vote multiple lui conférant le contrôle de la compagnie, et Fiducie ABC, qui détient la totalité des actions ordinaires de la compagnie qu'elle a acquises à la suite du gel. En date d'aujourd'hui, la JVM de la compagnie a été évaluée à la baisse à 3 M\$. M. A souhaite faire un gel à cette valeur plus basse afin de mieux gérer son passif fiscal au décès. La baisse de valeur est attribuable aux conditions du marché et non en raison du dépouillement des actifs de la compagnie.

4.2. VARIANTE 1

Le capital-actions de la compagnie prévoit une autre catégorie d'actions privilégiées de gel ayant les caractéristiques souhaitées, notamment quant au taux de dividende mensuel qui varie entre zéro et 0,66 % de la valeur de rachat donnant amplement de souplesse dans le versement des dividendes. Afin de faciliter l'opération de nouveau gel et de minimiser la documentation corporative, il est décidé d'effectuer un échange des actions actuellement émises contre de nouvelles actions de gel ayant une valeur de rachat révisée à la baisse selon les dispositions de l'article 51 L.I.R.

Le contrat d'échange d'actions n'a qu'à prévoir un nombre minimal d'éléments, soit le nombre des actions qui seront échangées, les actions qui seront émises en retour et une clause d'ajustement de la JVM. Puisque l'échange de l'article 51 L.I.R. se fait automatiquement au PBR, il n'est pas nécessaire de prévoir une clause d'ajustement de ce dernier. Nous trouverons en annexe B un exemple de contrat d'échange d'actions pour effectuer la transaction.

4.3. VARIANTE 2

Le capital-actions de la compagnie ne comporte pas de capital-actions adéquat puisqu'il n'y a pas d'autres catégories d'actions privilégiées de gel. De plus, l'actionnaire désire obtenir plus de flexibilité sur le taux de dividende des actions de gel et mettre à jour certains éléments dans le capital-actions, dont la clause d'émetteur fermé ainsi que le district où est situé le siège social de la compagnie à la suite d'un déménagement. Il est donc convenu d'effectuer le nouveau gel tout en procédant au remaniement du capital-actions par le dépôt de statuts de modification auprès du Registraire des entreprises ou d'Industrie Canada, selon le cas. Il est suggéré dans la clause de conversion d'actions prévue dans les statuts de décrire l'échange comme étant un ratio d'actions échangées (par exemple, cinq pour trois) et non pas le nombre absolu (par exemple, 5 000 000 pour 3 000 000) afin d'éviter des erreurs qui pourraient être dues à une mauvaise mise à jour du livre de la compagnie, par exemple. Le fait de procéder à la conversion dans les statuts évitera d'effectuer l'opération en deux transactions, soit la modification des statuts suivi d'un contrat d'échange. Par contre, il ne faudra pas oublier d'indiquer dans la déclaration de revenus que les actions ont été disposées bien qu'elles profitent d'un roulement automatique puisque l'article 86 L.I.R. crée une disposition contrairement à l'article 51 L.I.R. Nous trouverons en annexe C un exemple de statuts de modification, tels qu'on pourrait les avoir préparés pour effectuer un nouveau gel.

4.4. VARIANTE 3

Les actions privilégiées de gel préalablement émises avaient la caractéristique d'avoir un PBR de 500 000 \$ à la suite d'une cristallisation intervenue lors de l'opération de gel. Les actions avaient donc une valeur de rachat de 5 M\$ et un PBR de 500 000 \$. Il est souhaité lors de l'opération de nouveau gel de procéder par la même occasion à l'isolement du PBR des anciennes actions privilégiées en une seule catégorie ayant une valeur de rachat du même montant. Il serait également possible, si cela est souhaité, de cristalliser les 250 000 \$ de DGC supplémentaire disponible pour M. A afin de porter le PBR à 750 000 \$.

La seule disposition disponible dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui permet d'isoler le PBR sur une seule catégorie d'actions est l'article 85. Nous devons donc procéder au gel en utilisant cette disposition. Si le capital-actions actuel de la compagnie comporte les bonnes catégories d'actions, soit deux catégories d'actions privilégiées de gel (comme dans la variante A), nous pourrions procéder immédiatement à une vente et à un roulement du capital-actions. Si, par contre, il n'y a pas suffisamment d'actions privilégiées de gel ou si nous devons apporter certaines modifications aux actions existantes (comme dans la variante B), nous devons d'abord procéder à un remaniement du capital-actions et ensuite au roulement en vertu de l'article 85 L.I.R. À cet effet, il serait possible d'effectuer simplement la conversion des actions dans les statuts de modification tout en déposant des formulaires de roulement ou de procéder à l'opération au long, soit en déposant des statuts de modification dans lesquels les actions actuelles seront converties en actions de catégories similaires, pour ensuite faire une vente et un roulement contractuellement.

Le contrat de roulement devra prévoir le nombre et la catégorie des actions vendues, les actions et catégories d'actions reçues en contrepartie, la somme convenue, une clause d'ajustement de la JVM et une clause d'ajustement du PBR. Advenant le fait qu'il ait été souhaité de procéder à la cristallisation supplémentaire par la même occasion, une clause d'ajustement du solde de la DGC disponible serait également nécessaire.

Afin de procéder à l'isolement du PBR, nous devons procéder en deux étapes. Nous devons d'abord convertir les actions privilégiées de gel existantes à la fois en actions privilégiées de gel et en actions ordinaires afin que le PBR s'isole sur les actions privilégiées de gel existantes. Dans ce contexte, 500 000 actions privilégiées de gel et de nouvelles actions ordinaires seraient émises. Un dégel temporaire serait donc effectué. Avant de procéder à l'opération, il serait recommandé d'acheter, pour une valeur nominale, les actions ordinaires détenues par la fiducie puisque ces dernières n'ont aucune valeur. Après avoir effectué ce premier roulement, les actions ordinaires détenues par M. A reçues dans le cadre de la première vente seront échangées soit selon l'article 51 L.I.R. soit en faisant un roulement prévu à l'article 85 L.I.R. comme à l'étape précédente afin d'émettre à nouveau une deuxième catégorie d'actions de gel ayant une juste valeur de rachat de 2,5 M\$ et un PBR de 1 \$. Nous trouverons en annexe D un exemple de contrat de roulement et en annexe E un exemple de contrat d'échange d'actions.

5. LE GEL VU DIFFÉREMMENT

Les fiscalistes ont pour réflexe d'effectuer, dans la majorité des cas, des transactions de gel en s'assurant de ne pas créer des conséquences fiscales immédiatement. Par contre, dans certaines situations, il pourrait être préférable d'effectuer partiellement ou totalement la transaction sur une base imposable afin de mieux atteindre les objectifs du client ou même de lui conférer un avantage fiscal immédiat. Voyons deux exemples de cette approche.

5.1. GEL AVEC DISPOSITION PARTIELLE IMPOSABLE

Entreprise A exploite activement une entreprise et détient un immeuble. Cet immeuble est utilisé en partie pour les activités commerciales d'Entreprise A, mais étant donné sa superficie importante, il est également loué à des tiers. La superficie louée représente près de 60 % de l'immeuble. La présence de l'immeuble empêche actuellement la compagnie de se qualifier à titre de SEPE, notamment pour permettre à son actionnaire de bénéficier de la DGC de 750 000 \$. Elle fait en sorte également que les dispositions des règles d'attribution du paragraphe 74.4(2) L.I.R. s'appliqueraient si un gel était effectué en faveur d'une personne désignée (essentiellement, le conjoint et les enfants mineurs). De plus, il est souhaité d'effectuer un gel dans Entreprise A afin de mieux gérer le passif fiscal de son actionnaire actuel.

Le moment ne pourrait être mieux choisi pour effectuer le gel, car la valeur actuelle au marché d'Entreprise A est à son plus bas depuis cinq ans, entre autres en raison d'une baisse d'activités dans ce secteur, mais également en raison de la baisse de la valeur marchande de l'immeuble. L'actionnaire s'attend toutefois à une reprise rapide des activités et à une hausse importante de la valeur marchande. Bien que l'immeuble ait une valeur un peu plus basse qu'au cours des dernières années, ce dernier demeure techniquement en situation de gain puisque l'immeuble a été acheté il y a plus de 10 ans.

Les caractéristiques fiscales de l'immeuble sont une JVM de 800 000 \$, un coût fiscal de 450 000 \$ et une fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») de 450 000 \$ également. La JVM d'Entreprise A est de 4 M\$ au total. Il est souhaité d'effectuer un gel à cette valeur tout en créant une nouvelle compagnie de gestion afin d'y transférer l'immeuble.

Nous aurons habituellement le réflexe de transférer l'immeuble à la nouvelle compagnie par voie de roulement fiscal et ensuite de procéder à une

vente d'actions afin d'être en mesure d'effectuer un rachat croisé d'actions pour éliminer la dette entre les deux compagnies. Dans ces circonstances de rachat croisé, il faudra s'assurer de ne pas déclencher l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Rappelons que ce paragraphe s'appliquera généralement en présence d'actionnaires qui sont des tiers ou des frères et sœurs. Bien que l'opération puisse effectivement s'effectuer sur une base de roulement complète de l'immeuble pour ensuite procéder à un nouveau gel, il est proposé de considérer la transaction qui suit.

L'immeuble pourrait être vendu sur une base imposable à la nouvelle compagnie de gestion contre un billet payable à demande. La vente déclencherait un gain en capital de 400 000 \$ pour Entreprise A. Ce gain en capital représenterait un impôt payable par la compagnie d'environ 93 000 \$. Par contre, le gain créerait par la même occasion un CDC de 200 000 \$ et un impôt en main remboursable de 53 300 \$. Dans l'optique où l'actionnaire A retire déjà environ 200 000 \$ de dividendes par année, voici l'effet de la planification : la compagnie verserait un dividende imposable de 159 300 \$ (200 000 \$ - impôt des sociétés sans tenir compte de l'IMRTD de 40 700 \$) à l'actionnaire A avant sa fin d'année d'imposition (et idéalement en début d'année fiscale civile pour reporter le paiement de l'impôt par l'actionnaire A à l'année suivante) afin d'éviter de payer le montant d'impôt en main remboursable aux autorités fiscales. L'impôt payable par Entreprise A serait donc de 40 700 \$ plutôt que de 94 000 \$ (94 000 \$ - 53 300 \$). L'actionnaire A devra inclure le dividende de 159 300 \$ dans ses revenus imposables pour l'année où il l'a reçu et il paiera environ 57 900 \$ d'impôt si tout le dividende est imposé comme un dividende ordinaire au taux le plus élevé. Par la suite, Entreprise A verserait un dividende en capital non imposable de 200 000 \$ à l'actionnaire A. L'actionnaire A aurait alors les liquidités dont il a besoin pour les deux prochaines années. Cette opération se solderait en un montant d'impôt à payer total de 98 600 \$, soit 40 700 \$ pour Entreprise A et 57 900 \$ pour l'actionnaire A, et donc à un montant net disponible pour l'actionnaire de 301 400 \$. De plus, la nouvelle compagnie de gestion aura un coût majoré de l'immeuble à 800 000 \$ pour amortir l'immeuble. Si le transfert de l'immeuble s'était effectué sur une base de roulement fiscal et que l'actionnaire A avait retiré 400 000 \$ de dividendes sur deux ans, le montant d'impôt sur le dividende aurait été de 145 400 \$ s'il avait été imposé comme un dividende ordinaire au taux le plus élevé. L'économie de la planification serait donc de 46 800 \$ et, de plus, l'immeuble aurait toujours un coût en capital de 400 000 \$ à la suite de ce transfert sur une base imposable. Entreprise A et la compagnie de gestion seront par la suite gelées à la valeur désirée. Des actions de contrôle

d'Entreprise A auront été préalablement émises à la compagnie de gestion afin de profiter de l'exonération des droits sur les mutations immobilières¹¹.

5.2. TRANSFERT SUR UNE BASE IMPOSABLE COMPLÈTE

M. A possède personnellement plusieurs immeubles locatifs. M. A a 75 ans et il désire impliquer sa fille dans la gestion des immeubles. Son parc immobilier a une valeur de plus de 10 M\$ et représente un actif beaucoup plus important que ses besoins financiers. Dans le parc immobilier, il y a des immeubles qui sont détenus depuis longtemps et qui auront une FNACC très basse et qui représente un passif fiscal important. M. A s'est assuré de se construire un portefeuille d'assurance qui lui permettra de couvrir le passif fiscal, mais il veut éviter que ce dernier ne continue d'augmenter. Un certain nombre d'édifices ont été acquis plus récemment et ont actuellement une valeur marchande identique sinon inférieure à leur coût d'acquisition d'il y a quelques années. M. A vous consulte donc pour établir une planification fiscale qui permettra de geler sa facture fiscale.

Après avoir analysé le mode de fonctionnement de M. A et pris en compte notamment son désir de refinancer de temps à autre les immeubles par la méthode de mise à part d'argent, le scénario d'un gel en faveur d'une compagnie est exclu. Il est plutôt proposé de donner, sur une base imposable, des immeubles n'ayant pas de plus-value ou très peu de plus-value à sa fille en pleine propriété. Le don en pleine propriété aurait pour avantage de neutraliser dans bien des situations l'inclusion de cette valeur dans un régime matrimonial. Le transfert profitera d'une exonération en vertu du paragraphe 20d) L.D.M.I. Dans l'éventualité où M. A voulait donner plus de flexibilité à sa fille et lui permettre d'effectuer du fractionnement de revenu avec les membres de sa famille, il serait possible d'effectuer un don en faveur d'une fiducie familiale. Le don serait également effectué sur une base imposable. Dans ce scénario, il faudrait s'assurer de structurer la fiducie pour éviter l'application du sous-alinéa 75(2)a(ii) ou de l'alinéa 75(2)b) L.I.R.

Étant donné que les immeubles comportent également un certain passif hypothécaire, le don serait techniquement un don à charge de supporter les hypothèques. Les revenus des immeubles seront suffisants pour couvrir le montant d'hypothèque. Par contre, afin d'éviter que le coût fiscal des immeubles soit fixé pour la valeur de l'équité du don en vertu de

¹¹ *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I »), par. 19d).

l'alinéa 69(1)c) L.I.R., il serait préférable en premier lieu d'effectuer le don d'une somme en argent ou d'un billet pour ensuite prévoir l'achat par sa fille ou par la fiducie à la JVM en payant comme contrepartie la somme d'argent donnée ou l'annulation du billet et en supportant le passif hypothécaire. De cette façon, le coût fiscal pour sa fille ou pour la fiducie sera réellement la JVM de l'immeuble. La famille pourra donc continuer de faire évoluer le parc immobilier sans trop s'inquiéter d'accroître le passif fiscal à courte échéance.

ANNEXE A

**LES ARTICLES 51, 85 ET 86 L.I.R.
DIFFÉRENCES ET SIMILITUDES**

	<u>Article 51 L.I.R.</u>	<u>Article 85 L.I.R.</u>	<u>Article 86 L.I.R.</u>
Caractéristiques des actions échangées	actions échangées sont des immobilisations	actions échangées sont des biens admissibles	actions échangées sont des immobilisations
Ordre de priorité de l'application de ces articles	3 ^e rang : ne s'applique pas si l'article 85 ou 86 L.I.R. s'applique	1 ^{er} rang	2 ^e rang : ne s'applique pas si l'article 85 s'applique
Restriction quant à la société émettant les actions en échange	non	société cessionnaire est une société canadienne imposable	non
Obligation de disposer de toutes les actions d'une catégorie	non	non	oui
Contrepartie autre qu'en actions permise	non	oui, mais doit inclure au moins une action	oui, mais doit inclure au moins une action
Application automatique si les conditions sont réunies	oui	non	oui
Répartition du PBR sur les actions reçues	au prorata de la JVM des différentes catégories d'actions	sur les actions privilégiées d'abord et ensuite sur les actions ordinaires	au prorata de la JVM des différentes catégories d'actions
CV des actions émises en échange	CV des actions échangées	somme convenue moins toute contrepartie autre qu'en actions	CV des actions échangées
Choix de somme convenue possible	non	oui	non
Disposition aux fins fiscales	non	oui	oui
Documents à déposer	non	oui, formulaires de roulement auprès des autorités fiscales	oui, statuts de modification auprès des autorités compétentes

	<u>Article 51 L.I.R.</u>	<u>Article 85 L.I.R.</u>	<u>Article 86 L.I.R.</u>
Clause d'ajustement possible	oui, dans la convention d'échange	oui, dans la convention de vente	oui, dans les statuts de modification
Clause d'ajustement – nécessité d'aviser les autorités fiscales	non si les autres conditions du <i>Bulletin d'interprétation IT-169</i> ¹ sont remplies	non si dans le formulaire de roulement, la case « oui » est cochée pour l'existence d'une clause d'ajustement	non si les autres conditions du <i>Bulletin d'interprétation IT-169</i> sont remplies
Autres conditions d'application	—	—	la disposition a lieu dans le cadre d'un remaniement de capital

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-169*, « Clauses de rajustement du prix », 1^{er} janvier 1995.

ANNEXE B**CONTRAT D'ÉCHANGE D' ACTIONS**

CONTRAT intervenu à Montréal (Québec), le 7 octobre 2009.

ENTRE : **MONSIEUR A,**

(ci-après appelé le « **Cédant** »)

ET : **ENTREPRISE ABC INC.,**

(ci-après appelée la « **Compagnie** »)

ATTENDU QUE le Cédant est propriétaire et porteur inscrit de 5 000 000 actions privilégiées de catégorie A du capital émis et en circulation de la Compagnie (les « **Actions** »);

ATTENDU QUE le Cédant désire échanger les Actions et la Compagnie a convenu de les lui échanger en contrepartie de l'émission d'actions privilégiées de catégorie B en sa faveur;

ATTENDU QUE le Cédant et la Compagnie désirent que, dans le cadre de cet échange, les dispositions de l'article 51 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) et de l'article 301 de la *Loi sur les impôts* (Québec) s'appliquent;

ATTENDU QUE l'intention des parties est de fixer la contrepartie de cet échange à la juste valeur marchande des Actions qui en font l'objet;

EN CONSÉQUENCE, les parties conviennent de ce qui suit :

ÉCHANGE DES ACTIONS ET CONTREPARTIE

Échange des actions. *Pour la contrepartie et aux termes et conditions décrits ci-dessous, ainsi que sur la foi des seules représentations et garanties prévues à ce contrat, le Cédant transfère et échange à la Compagnie, qui accepte pour fins d'annulation, les Actions, celles-ci étant représentées par le certificat d'actions numéro PA-1 immatriculé au nom du Cédant.*

Contrepartie. La contrepartie de cet échange à être payée par la Compagnie est établie à 0,60 \$ l'Action, soit une contrepartie totale de 3 000 000 \$ (la « **Contrepartie** »), payable à la signature de ce contrat par l'émission au Cédant de 3 000 000 actions privilégiées de catégorie B du capital de la Compagnie, ces actions ayant, sous réserve des dispositions de l'0, une valeur de rachat de 1 \$ chacune.

Compte de capital. De la Contrepartie reçue, la Compagnie versera une somme de 0,00003333 \$ l'action, soit une somme totale de 100 \$, au compte de capital-actions émis et payé de ses actions privilégiées de catégorie B.

RAJUSTEMENT DE LA CONTREPARTIE

Rajustement de la juste valeur marchande. Advenant que les autorités fiscales compétentes établissent, pour fins de cotisation, la juste valeur marchande des Actions à un montant autre que la Contrepartie, cette Contrepartie sera augmentée ou, selon le cas, réduite en fonction du montant ainsi établi, sous réserve cependant de tout rajustement qui serait requis à la suite d'un jugement final rendu à cet égard par un tribunal compétent. Advenant que diverses autorités fiscales compétentes fixent cette évaluation à des montants différents, la plus basse de ces évaluations sera utilisée pour les fins de la fixation de la Contrepartie.

Rajustement de la valeur de rachat. À la suite de tout rajustement de la Contrepartie conformément aux dispositions du paragraphe 0, la valeur de rachat des actions privilégiées de catégorie B émises au Cédant aux termes du paragraphe 0 sera augmentée ou, selon le cas, réduite d'autant.

REPRÉSENTATIONS ET GARANTIES DU CÉDANT

Représentations et garanties. Le Cédant représente à la Compagnie et lui garantit ce qui suit :

le Cédant a le pouvoir et la capacité d'échanger les Actions et ce contrat est valide et exécutoire à l'encontre du Cédant conformément à ses dispositions;

le Cédant est propriétaire des Actions par titre bon et valable et les Actions sont franches et quittes de toute hypothèque ou affectation quelconque;

sous réserve des droits du Cédant aux termes de ce contrat aucune personne ne détient quelque option, droit ou obligation d'acheter l'une des Actions ou de souscrire, d'acheter ou de se faire émettre tout autre titre émis ou non du capital de la Compagnie;

le Cédant n'est partie à aucune convention le liant à un ou plusieurs autres actionnaires de la Compagnie;

le Cédant n'est pas un non-résident du Canada au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada);

le Cédant est un résident de la province de Québec;

le Cédant agit pour son propre compte.

Durée. *Tous les engagements, garanties et déclarations prévus dans ce contrat survivront à la clôture de la transaction et continueront d'avoir plein effet par la suite, au bénéfice de la Compagnie.*

INDEMNISATION

Indemnisation. *Le Cédant s'engage à indemniser la Compagnie de tous dommages, perte, réclamation, poursuite, frais et dépense qu'il pourrait encourir du fait de tout défaut ou inexactitude des engagements, garanties et représentations du Cédant contenus aux présentes.*

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Ayants cause. *Ce contrat liera ou, selon le cas, bénéficiera aux successeurs, représentants et ayants cause du Cédant et de la Compagnie.*

Lois applicables. *Ce contrat sera régi et interprété en vertu des lois du Québec et des lois du Canada qui y sont applicables.*

EN FOI DE QUOI, les parties ont signé ce contrat aux date et lieu précités.

7.1.1.1.a.1.1.1

7.1.1.1.a.1.1.2

MONSIEUR A

7.1.1.1.a.1.1.3

ENTREPRISE ABC INC.

7.1.1.1.a.1.1.4

par : _____
Monsieur A

Annexe A

L'article 2 des statuts de constitution est remplacé par ce qui suit:

« District judiciaire du Québec où la compagnie établit son siège :
District judiciaire de Laval. »

L'article 5 des statuts de constitution est remplacé par ce qui suit :

« Décrire le capital-actions autorisé et les limites imposées :
Le capital-actions est décrit à l'Annexe 1 jointe à ces statuts de modification. L'Annexe 1 ci-jointe fait partie intégrante de la présente formule. »
et l'Annexe 1 jointe aux statuts de constitution est abrogée en conséquence.

L'article 6 des statuts de constitution est remplacé par ce qui suit:

« Restrictions sur le transfert des actions et autres dispositions, le cas échéant :
Les restrictions sur le transfert des actions et les autres dispositions sont décrites à l'Annexe 2 jointe à ces statuts de modification. L'Annexe 2 ci-jointe fait partie intégrante de la présente formule. »
et l'Annexe 2 jointe aux statuts de constitution est abrogée en conséquence.

Toutes les actions privilégiées de catégorie A émises et en circulation de la compagnie sont converties en actions privilégiées de catégorie B dont les droits, privilèges, conditions et restrictions sont décrits à l'Annexe 1 jointe à ces statuts de modification et ce, à raison de 0,60 action privilégiée de catégorie B pour chaque action privilégiée de catégorie A émise et en circulation.

Toutes les actions ordinaires émises et en circulation de la compagnie sont converties en nouvelles actions ordinaires dont les droits, privilèges, conditions et restrictions sont décrits à l'annexe 1 jointe à ces statuts de modification et ce, à raison d'une action ordinaire pour chaque action ordinaire émise et en circulation.

Les détenteurs des actions ainsi converties ont droit de se faire remettre par la compagnie, sans frais, les certificats représentant les actions auxquelles ils ont droit.

Annexe 2

Restrictions sur le transfert et autres dispositions

Un porteur de titres de la compagnie ne pourra en aucun temps transférer à une autre personne les titres de la compagnie qu'il détient, autres que les titres de créance non convertibles, que cette personne soit ou non actionnaire de la compagnie, sans l'autorisation du conseil d'administration, exprimée par résolution. Les administrateurs de la compagnie peuvent, entre autres, à leur entière discrétion, décider de ne pas autoriser un transfert de titres qui ferait en sorte que la compagnie ne soit plus un « émetteur fermé » au sens de la législation ou de la réglementation sur les valeurs mobilières.

* * *

ANNEXE D**CONTRAT DE VENTE D' ACTIONS ET DE ROULEMENT**

CONTRAT intervenu à Montréal (Québec), le 7 octobre 2009.

ENTRE : **MONSIEUR A,**

(ci-après appelé le « **Vendeur** »)

ET : **ENTREPRISE ABC INC.,**

(ci-après appelée l'« **Acheteur** »)

ATTENDU QUE le Vendeur est propriétaire et porteur inscrit de 5 000 000 actions privilégiées de catégorie A du capital émis et en circulation de l'Acheteur;

ATTENDU QUE le Vendeur a convenu de vendre ces actions à l'Acheteur qui a convenu de les lui acheter et ce, conformément aux conditions, modalités, engagements, représentations et garanties contenus dans ce contrat;

ATTENDU QUE les parties désirent, dans le cadre de cette vente, faire le choix prévu aux articles 85(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) et 518 de la *Loi sur les impôts* (Québec);

ATTENDU QUE l'intention des parties est de fixer le prix de cette vente à la juste valeur marchande des actions qui en font l'objet;

ATTENDU QU'il existe un lien de dépendance entre l'Acheteur et le Vendeur et que les parties ont donc convenu que le prix de cette vente pourra être rajusté selon les dispositions de ce contrat;

EN CONSÉQUENCE, les parties conviennent de ce qui suit :

VENTE DES ACTIONS ET PRIX

Vente des actions. Pour le prix et aux termes et conditions décrits ci-dessous, ainsi que sur la foi des seules représentations et garanties prévues à ce contrat, le Vendeur vend à l'Acheteur, pour fins d'annulation, qui accepte, 5 000 000 actions privilégiées de catégorie A qu'il détient dans le capital de l'Acheteur (les « **Actions** »), ces Actions étant représentées par le certificat d'actions n° PA-1 immatriculé au nom du Vendeur.

Prix de vente. Le prix de cette vente (le « **Prix** ») est de 0,60 \$ l'Action, soit une contrepartie totale de 3 000 000 \$, payable à la signature de ce contrat par l'émission au Vendeur de 500 000 actions privilégiées de catégorie B et 100 actions ordinaires du capital de l'Acheteur, les actions privilégiées de catégorie B ayant, sous réserve des dispositions de l'article 3, une valeur de rachat de 1 \$ chacune.

Compte de capital. De la contrepartie reçue, l'Acheteur versera une somme de 0,000002 \$ l'action privilégiée de catégorie B, soit une somme globale de 17 \$, au compte de capital-actions émis et payé de ses actions privilégiées de catégorie B ainsi qu'une somme de 0,83\$ l'action ordinaire au compte de capital-actions émis et payé de ses actions ordinaires.

Juste valeur marchande. Les parties conviennent que le Prix représente la juste valeur marchande des Actions.

Choix fiscaux

Choix prescrits. Les parties conviennent de faire ou d'exercer tous les choix et options nécessaires ou utiles et de produire les formulaires et autres documents prévus à cette fin, dans les délais et les formes prescrits, conformément aux dispositions des articles 85 de la Loi de l'impôt sur le revenu (Canada) et 518 de la Loi sur les impôts (Québec) et ce, de façon à ce qu'il ne résulte de cette vente aucune conséquence fiscale immédiate pour le Vendeur.

Somme convenue. Les parties établissent la somme convenue aux fins des articles 85 de la Loi de l'impôt sur le revenu (Canada) et 518 de la Loi sur les impôts (Québec) à une somme égale au prix de base rajusté des Actions pour le Vendeur, soit une somme de 500 000 \$.

Rajustement du prix

Rajustement de la juste valeur marchande. Advenant que les autorités fiscales compétentes établissent, pour fins de cotisation, la juste valeur marchande des Actions à un montant autre que le Prix, ce Prix sera augmenté ou, selon le cas, réduit en fonction du montant ainsi établi, sous réserve cependant de tout rajustement qui serait requis à la suite d'un jugement final rendu à cet égard par un tribunal compétent. Advenant que diverses autorités fiscales compétentes fixent cette évaluation à des montants différents, la plus basse de ces évaluations sera utilisée pour les fins de la fixation du Prix.

Rajustement du prix de base. Advenant que les autorités fiscales compétentes établissent, pour fins de cotisation, le prix de base rajusté des Actions à un montant autre que celui indiqué par les parties dans les formulaires prescrits déposés auprès des autorités fiscales, ce prix de base rajusté sera augmenté ou, selon le cas, réduit en fonction du montant ainsi établi, sous réserve cependant de tout rajustement qui serait requis à la suite d'un jugement final rendu à cet égard par un tribunal compétent. Advenant que diverses autorités fiscales compétentes fixent ce prix de base rajusté à des montants différents, le plus bas de ces montants sera utilisé pour les fins de la fixation du prix de base rajusté.

REPRÉSENTATIONS ET GARANTIES

Représentations et garanties du Vendeur. Le Vendeur représente à l'Acheteur et lui garantit ce qui suit :

le Vendeur a le pouvoir et la capacité de vendre les Actions et ce contrat est valide et exécutoire à l'encontre du Vendeur conformément à ses dispositions;

le Vendeur est propriétaire des Actions par titre bon et valable et les Actions sont franches et quittes de toute hypothèque ou affectation quelconque;

sous réserve des droits de l'Acheteur aux termes de ce contrat, aucune personne ne détient quelque option, droit ou obligation d'acheter l'une des Actions ou de souscrire, d'acheter ou de se faire émettre tout autre titre émis ou non du capital de l'Acheteur;

le Vendeur n'est pas un non-résident du Canada au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada).

le Vendeur est un résident de la province de Québec;

le Vendeur agit pour son propre compte.

Durée. *Tous les engagements, garanties et déclarations prévus dans ce contrat survivront à la clôture de la transaction et continueront d'avoir plein effet par la suite, au bénéfice de l'Acheteur.*

INDEMNISATION

Indemnisation. *Le Vendeur s'engage à indemniser l'Acheteur de tous dommages, perte, réclamation, poursuite, frais et dépense qu'il pourrait encourir du fait de tout défaut ou inexactitude des engagements, garanties et représentations du Vendeur contenus aux présentes.*

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Ayants cause. *Ce contrat liera ou, selon le cas, avantagera les héritiers, administrateurs et ayants cause du Vendeur et de l'Acheteur.*

Lois applicables. *Ce contrat sera régi et interprété en vertu des lois du Québec et des lois du Canada qui y sont applicables.*

EN FOI DE QUOI, les parties ont signé ce contrat aux date et lieu précités.

7.1.1.1.a.1.1.5 *Le Vendeur*

7.1.1.1.a.1.1.6

MONSIEUR A

7.1.1.1.a.1.1.7 *L'Acheteur*

ENTREPRISE ABC INC.

par :

7.1.1.1.a.1.1.8

Monsieur A

ANNEXE E**CONTRAT D'ÉCHANGE D' ACTIONS**

CONTRAT intervenu à Montréal (Québec), le 7 octobre 2009.

ENTRE : **MONSIEUR A,**

(ci-après appelé le « **Cédant** »)

ET : **ENTREPRISE ABC INC.,**

(ci-après appelée la « **Compagnie** »)

ATTENDU QUE le Cédant est propriétaire et porteur inscrit de 100 actions ordinaires du capital émis et en circulation de la Compagnie (les « **Actions** »);

ATTENDU QUE le Cédant désire échanger les Actions et la Compagnie a convenu de les lui échanger en contrepartie de l'émission d'actions privilégiées de catégorie A en sa faveur;

ATTENDU QUE le Cédant et la Compagnie désirent que, dans le cadre de cet échange, les dispositions de l'article 51 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) et de l'article 301 de la *Loi sur les impôts* (Québec) s'appliquent;

ATTENDU QUE l'intention des parties est de fixer la contrepartie de cet échange à la juste valeur marchande des Actions qui en font l'objet;

EN CONSÉQUENCE, les parties conviennent de ce qui suit :

ÉCHANGE DES ACTIONS ET CONTREPARTIE

Échange des actions. *Pour la contrepartie et aux termes et conditions décrits ci-dessous, ainsi que sur la foi des seules représentations et garanties prévues à ce contrat, le Cédant transfère et échange à la Compagnie, qui*

accepte pour fins d'annulation, les Actions, celles-ci étant représentées par le certificat d'actions numéro O-3 immatriculé au nom du Cédant.

Contrepartie. La contrepartie de cet échange à être payée par la Compagnie est établie à 25 000 \$ l'Action, soit une contrepartie totale de 2 500 000 \$ (la « **Contrepartie** »), payable à la signature de ce contrat par l'émission au Cédant de 2 500 000 actions privilégiées de catégorie A du capital de la Compagnie, ces actions ayant, sous réserve des dispositions de l'O, une valeur de rachat de 1 \$ chacune.

Compte de capital. De la Contrepartie reçue, la Compagnie versera une somme de 0,0000332 \$ l'action, soit une somme totale de 83 \$, au compte de capital-actions émis et payé de ses actions privilégiées de catégorie A.

RAJUSTEMENT DE LA CONTREPARTIE

Rajustement de la juste valeur marchande. Advenant que les autorités fiscales compétentes établissent, pour fins de cotisation, la juste valeur marchande des Actions à un montant autre que la Contrepartie, cette Contrepartie sera augmentée ou, selon le cas, réduite en fonction du montant ainsi établi, sous réserve cependant de tout rajustement qui serait requis à la suite d'un jugement final rendu à cet égard par un tribunal compétent. Advenant que diverses autorités fiscales compétentes fixent cette évaluation à des montants différents, la plus basse de ces évaluations sera utilisée pour les fins de la fixation de la Contrepartie.

Rajustement de la valeur de rachat. À la suite de tout rajustement de la Contrepartie conformément aux dispositions du paragraphe O, la valeur de rachat des actions privilégiées de catégorie A émises au Cédant aux termes du paragraphe O sera augmentée ou, selon le cas, réduite d'autant.

REPRÉSENTATIONS ET GARANTIES DU CÉDANT

Représentations et garanties. Le Cédant représente à la Compagnie et lui garantit ce qui suit :

le Cédant a le pouvoir et la capacité d'échanger les Actions et ce contrat est valide et exécutoire à l'encontre du Cédant conformément à ses dispositions;

le Cédant est propriétaire des Actions par titre bon et valable et les Actions sont franches et quittes de toute hypothèque ou affectation quelconque;

sous réserve des droits du Cédant aux termes de ce contrat aucune personne ne détient quelque option, droit ou obligation d’acheter l’une des Actions ou de souscrire, d’acheter ou de se faire émettre tout autre titre émis ou non du capital de la Compagnie;

le Cédant n’est partie à aucune convention le liant à un ou plusieurs autres actionnaires de la Compagnie;

le Cédant n’est pas un non-résident du Canada au sens de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (Canada);

le Cédant est un résident de la province de Québec;

le Cédant agit pour son propre compte.

Durée. *Tous les engagements, garanties et déclarations prévus dans ce contrat survivront à la clôture de la transaction et continueront d’avoir plein effet par la suite, au bénéfice de la Compagnie.*

INDEMNISATION

Indemnisation. *Le Cédant s’engage à indemniser la Compagnie de tous dommages, perte, réclamation, poursuite, frais et dépense qu’il pourrait encourir du fait de tout défaut ou inexactitude des engagements, garanties et représentations du Cédant contenus aux présentes.*

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Ayants cause. *Ce contrat liera ou, selon le cas, bénéficiera aux successeurs, représentants et ayants cause du Cédant et de la Compagnie.*

Lois applicables. *Ce contrat sera régi et interprété en vertu des lois du Québec et des lois du Canada qui y sont applicables.*

EN FOI DE QUOI, les parties ont signé ce contrat aux date et lieu précités.

7.1.1.1.a.1.1.9

7.1.1.1.a.1.1.10

MONSIEUR A

7.1.1.1.a.1.1.11

ENTREPRISE ABC INC.

par :

7.1.1.1.a.1.1.12

Monsieur A

PARTIE C

Claude Ménard, BAA, AVA, Pl. Fin.
Vice-président, Marketing – marchés spécialisés
Le Groupe Financier PPI

PARTIE I – OPPORTUNITÉS DE PLANIFICATION EN PÉRIODE DE DIFFICULTÉS FINANCIÈRES

INTRODUCTION

Dans le cadre d'un dégel successoral, que faire avec les assurances vie contractées pour payer l'impôt sur le gain en capital au décès?

Il est bien accepté, dans le domaine de la planification successorale, que lorsqu'une personne réalise un gain en capital important au moment du décès, elle fasse l'acquisition d'une protection d'assurance vie d'un montant au moins égal à la dette fiscale. Le choix de la ou des personnes assurées dépendra de la planification testamentaire. À savoir que, s'il y a roulement au conjoint ou à une fiducie en faveur du conjoint, une police conjointe payable au deuxième décès des personnes assurées est appropriée, ou si les biens sont légués directement aux enfants ou dans une fiducie en faveur des enfants, la police sera émise sur la vie du propriétaire uniquement.

Pour reprendre notre exemple de gel successoral à 20 M\$, l'impôt à payer au moment du décès est d'environ 5 M\$ (gain en capital multiplié par 50 % (portion imposable du gain en capital) à un taux de 48,22 %). Une police d'assurance vie permanente de 5 M\$ sera donc acquise pour prendre soin de cette dette fiscale. Dans la majorité des cas, la société sera propriétaire du contrat, payeur de prime et bénéficiaire.

Comme l'impôt au décès est déclenché par le transfert des actions d'une société privée sous contrôle canadien, une planification additionnelle est disponible pour amoindrir cette facture fiscale. Si les actions sont admissibles aux règles transitoires pour les besoins de la minimisation des pertes en capital au paragraphe 112(3) L.I.R., et si le testament offre assez de flexibilité au liquidateur pour faire des choix fiscaux, l'utilisation de pertes en capital grâce au paragraphe 164(6) L.I.R. permet de différer l'impôt à payer d'environ 25 %¹.

¹ Au taux marginal de 48,22 %, l'impôt différé serait de 24,1 %.

Si les actions ne sont pas admissibles aux règles transitoires, alors le pourcentage d'économie peut varier entre 15 % et 22 %, selon que le dividende présumé lors du rachat soit un dividende déterminé ou non déterminé et que l'on utilise la solution du 50 %².

Donc, dans le cas qui nous intéresse, cet impôt pourrait être réduit de 5 M\$ à un montant se situant entre 3 600 000 \$ et 4 200 000 \$ (voir annexe 1).

Non seulement l'assurance vie aura fourni les liquidités nécessaires au paiement des impôts, mais en plus elle aura permis la création d'un CDC qui permettra de différer un montant important des impôts autrement payables. La succession se retrouverait donc avec un surplus de liquidités *versus* les impôts à payer d'un montant se situant entre 775 000 \$ et 1 300 000 \$. L'annexe 2 démontre le taux de rendement interne de la prestation de décès *versus* les primes payées et les avantages fiscaux inhérents.

1. VALEUR DU GEL SUCCESSORAL RÉDUIT, IMPÔT À PAYER RÉDUIT

Dans notre analyse de cas, nous supposons que la valeur du nouveau gel successoral sera réduite de 20 M\$ à 14 M\$. Par conséquent, les impôts à payer au décès seront réduits de 5 M\$ à environ 3,5 M\$. Donc, la question devient : devons-nous conserver les assurances ou les réduire à 3,5 M\$.

2. MAINTENIR LE MÊME MONTANT D'ASSURANCE VIE DE 5 M\$

Comme nous l'avons vu à l'annexe 2, le taux de rendement interne d'un contrat d'assurance est des plus attrayants. De plus, si les actions se qualifient aux règles transitoires selon le paragraphe 112(3) L.I.R., l'impôt à payer au moment du décès pourrait être réduit à environ 2,2 M\$. Les liquidités additionnelles pourraient servir à équilibrer la succession entre les différents membres de la famille, ou encore à faire un don au décès, ce qui pourrait représenter des économies d'impôt additionnelles, en plus d'avantager des organismes de bienfaisance.

Les éléments pris en considération pour faire ce choix seront :

² Le taux des dividendes déterminés est de 29,69 % et celui des dividendes non déterminés est de 36,35 %. Ce que l'on appelle communément la solution du 50 % est le fait de racheter des actions pour un montant égal à deux fois le montant d'assurance.

- 1) Quel est le montant de la prime?
- 2) Comment finance-t-on la prime? S'agit-il d'une police à prime viagère avec ou sans valeur de rachat? Selon le type de contrat, le scénario de paiement initial prévoyait-il des dépôts additionnels aux coûts d'assurance, dans le but de faire un paiement de prime d'une durée limitée? Y a-t-il suffisamment de valeurs accumulées au contrat pour permettre le maintien de la police à long terme tout en réduisant le montant de la prime annuelle?
- 3) A-t-on envisagé la mise en place d'un contrat de rente adossé à une police d'assurance vie pour stabiliser et peut-être augmenter les revenus nets de la personne assurée tout en maintenant la valeur de la succession?
- 4) Peut-on financer la rente dos à dos à l'aide d'un emprunt pour profiter des faibles taux d'intérêt à long terme?
- 5) Ou tout simplement, maintenir le montant d'assurance tel quel pour compenser la perte d'équité que l'on vient de réaliser?

Il faudra également prendre en considération le fait que le taux d'assurance du contrat est fort probablement sans équivalent avec un nouveau contrat délivré aujourd'hui. La tarification actuelle se ferait sur quelqu'un de beaucoup plus âgé qu'au moment de la délivrance; l'état de santé de la ou des personnes assurées a peut-être changé, ce qui augmente la valeur du contrat en vigueur; de plus, les taux des contrats permanents ont, de façon générale, eu tendance à augmenter substantiellement au cours des 10 ou 15 dernières années.

3. CHOIX DE RÉDUIRE LE MONTANT D'ASSURANCE VIE

Une fois toutes ces considérations évaluées, le détenteur de la police peut tout de même choisir de diminuer son montant de protection à un montant égal aux impôts à payer. La prime de la police sera réduite proportionnellement au montant de réduction. S'il s'agit d'un contrat permanent avec valeurs de rachat, celles-ci seront peut-être suffisantes pour maintenir le montant réduit en vigueur sans nécessiter de nouvelles primes? Dans certains cas, il se pourrait même qu'un retrait partiel des valeurs de rachat soit exigé afin de maintenir le statut de police exonérée.

4. DON D'UNE POLICE À UN ORGANISME DE BIENFAISANCE

Une troisième option peut être envisagée, surtout si le client désire réduire son montant de protection au montant des impôts à payer, soit 3,5 M\$. Il s'agit de faire un don aujourd'hui du montant de la réduction de protection à un organisme de bienfaisance. Dans les bonnes circonstances, la stratégie peut être très avantageuse pour le client ainsi que pour l'organisme de bienfaisance.

Le point de départ de cette stratégie est la nature du contrat que le client détient. Comme l'acquisition du contrat a été faite dans le but de financer un impôt au décès, dans la très grande majorité des cas, il s'agira d'un contrat d'assurance vie permanent. L'ARC a déclaré lors de la Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers au Congrès de l'Association de planification fiscale et financière en 2007³ que la JVM d'un contrat d'assurance vie peut excéder sa valeur de rachat et peut tenir compte de critères tels que :

- a) la valeur de rachat de la police;
- b) le montant d'un prêt sur police;
- c) le montant de couverture de la police;
- d) l'état de santé de l'assuré ainsi que son espérance de vie;
- e) les privilèges de conversion de la police;
- f) autres avenants de la police tels qu'un avenant d'assurance temporaire, double indemnité; et
- g) la valeur de remplacement de la police.

La conclusion est donc qu'en faisant appel à un actuaire aux fins d'évaluation de la valeur marchande de la police, le propriétaire peut recevoir un reçu de bienfaisance égal à la valeur marchande du don. Comme il a été mentionné précédemment, la valeur du don sera basée sur les

³ « Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des instruments financiers », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 48:1-38, question 1, aux pages 48:5-7.

caractéristiques spécifiques du contrat, tout comme sur l'âge de l'assuré, de son état de santé et de son espérance de vie.

Présumons un moment que notre propriétaire d'entreprise aurait fait l'acquisition de son Contrat T-100 alors qu'il était âgé de 50 ans. Les primes annuelles seraient d'environ 15 750 \$ pour 1,5 M\$ d'assurance et de don qu'il voudrait effectuer. La police n'a aucune valeur de rachat. Selon le *Bulletin d'interprétation IT-244R3*⁴, un organisme de bienfaisance recevant cette police en don ne devrait délivrer aucun reçu de bienfaisance puisque la police n'a aucune valeur de rachat. Mais selon les nouvelles règles administratives, et selon une évaluation actuarielle, en supposant que l'assuré est toujours en bonne santé, cette police pourrait être évaluée comme suit :

	Valeur estimée	Primes cumulatives	Économies d'impôt à la suite du don à 48,22 %
Année 10 (60 ans)	225 000 \$	157 500 \$	108 500 \$
Année 20 (70 ans)	525 000 \$	315 000 \$	253 000 \$
Année 30 (80 ans)	775 000 \$	472 500 \$	374 000 \$

Comme le démontre ce tableau, la valeur de la police excède les primes payées, même à la 10^e année. Toutefois, l'écart s'agrandit au cours des années. Alors que les économies d'impôt n'excèdent jamais les primes payées dans cet exemple, il n'est pas difficile d'imaginer de tels scénarios, particulièrement si l'état de santé de l'assuré/donateur s'est aggravé au moment du don.

Lorsqu'un organisme de bienfaisance reçoit le don d'une police d'assurance vie, elle s'attend également à ce que le donateur prenne l'engagement du paiement futur des primes afin de maintenir la police en vigueur et de réaliser le capital à une date ultérieure. Le donateur qui supporte le paiement annuel des primes recevra, chaque année, un reçu pour don d'un montant égal à la prime payée. Il pourrait également faire l'acquisition d'une rente viagère qui garantira le paiement annuel des primes

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-244R3*, « Dons par des particuliers de polices d'assurance-vie comme dons de charité », 6 septembre 1991.

et en faire le don à l'organisme de bienfaisance. Dans une telle situation, le donateur recevra un reçu pour don égal au capital nécessaire à l'achat de la rente. Il n'est pas exceptionnel que les économies d'impôt totales soient supérieures au capital requis pour l'achat de la rente.

Si le donateur ne désire pas s'engager au paiement futur des primes, certains organismes disposent d'une banque de donateurs qui seraient prêts à prendre un tel engagement et qui pourraient profiter d'un don substantiel au moment du décès de la personne assurée de beaucoup supérieur à celui du don d'une police nouvellement acquise. De plus, le donateur qui supporte le paiement des primes annuelles reçoit un reçu pour don annuel égal au montant déboursé. Évidemment, la structure de taux de la police sera déterminante pour la réalisation de ce scénario. Une police d'assurance temporaire à 100 ans (T-100) ou une police d'assurance vie universelle avec une structure de coût nivelé faciliteront grandement la transaction ainsi que l'évaluation de la police.

D'autres considérations devront également être prises en considération. Si la police a une valeur de rachat, bien souvent elle sera encaissée par le propriétaire du contrat avant d'effectuer le don. Son encaissement est une disposition de la police et si elle excède le coût de base rajusté (ci-après « CBR »), le montant excédentaire pourra être imposable.

CONCLUSION

En conclusion, avant de réduire une protection d'assurance vie ou d'annuler une police parce que la nature et le montant des besoins ont changé dans le temps, il vaut la peine d'évaluer d'autres possibilités qui pourraient être avantageuses sur le plan financier et sur le plan fiscal.

ANNEXE 1**HYPOTHÈSES**

JVM	20 000 \$	
PBR	s. o.	
C.V.	s. o.	
– Disposition présumée : alinéa 70(5)a L.I.R.		
– Portion imposable du gain en capital au taux de 50 %	10 000 \$	
– Impôts à payer au taux marginal de 48,22 %	4 822 \$	
– Taux d'impôt des dividendes : 33 % ⁵		

⁵ Taux moyen entre les dividendes déterminés à 29,68 % et les dividendes non déterminés à 36,35 %.

**AVEC ASSURANCE VIE – ADMISSIBLE AUX RÈGLES
TRANSITOIRES**

Rachat partiel :

– « Règles grand-père »

Paragraphe 112(3) L.I.R. non applicable

– Rachat d'actions 5 000 \$

Paragraphe 84(3) L.I.R.

– Perte en capital applicable 5 000 \$

Paragraphe 164(6) L.I.R.

Attention : Refus de perte en capital – paragraphe 40(3.6) L.I.R.

Exception – paragraphe 40(3.61) L.I.R.

Gain en capital	15 000 \$
-----------------	-----------

Portion imposable	7 500 \$
-------------------	----------

Impôt à payer	3 617 \$
---------------	----------

Économie d'impôt	1 205 \$
------------------	----------

ou	25 %
----	------

**AVEC ASSURANCE VIE ET NOUVELLES RÈGLES SELON LE
PARAGRAPHE 112(3) L.I.R.**

Rachat partiel :	10 000 \$	
– Paragraphe 112(3) L.I.R. applicable		
– La perte sera réduite de tout montant du CDC excédent le moindre de :	5 000 \$ (CDC)	5 000 \$ (dividende imposable)
– 50 % du gain en capital du décédé		
– 50 % de la perte en capital réalisée par la succession		
Rachat partiel	10 000 \$	
CDC	5 000 \$	
Dividende imposable	5 000 \$	
Impôt sur dividende (33 %)		1 650 \$
Perte en capital	10 000 \$	
Gain en capital	10 000 \$	
Impôt sur gain en capital		2 410 \$
Impôt total		4 060 \$
Économie d'impôt		762 \$ ou 16 %

ANNEXE 2

Vie conjointe

Taux de rendement net

Rendement	H&F 50NF	H&F 60NF	H&F 70NF
5 ans	161,17 %	124,31 %	87,59 %
10 ans	52,56 %	40,53 %	27,36 %
15 ans	28,83 %	21,65 %	13,46 %
20 ans	18,94 %	13,76 %	7,69 %
25 ans	13,64 %	9,55 %	4,65 %
30 ans	10,38 %	6,98 %	2,83 %
Prime	5,120 \$	9,933 \$	21,004 \$
Bénéfice	1 000 000 \$	1 000 000 \$	1 000 000 \$
Espérance de vie	34 ans	25 ans	17 ans

Taux de rendement net avec bénéfice du CDC (+24%)

Rendement	H&F 50NF	H&F 60NF	H&F 70NF
5 ans	174,14 %	135,79 %	97,66 %
10 ans	56,56 %	44,38 %	31,11 %
15 ans	31,17 %	23,98 %	15,84 %
20 ans	20,60 %	15,45 %	9,47 %
25 ans	14,94 %	10,89 %	6,10 %
30 ans	11,46 %	8,10 %	4,07 %
Prime	5 120 \$	9 933 \$	21,004 \$
Bénéfice	1 240 000 \$	1 240 000 \$	1 240 000 \$
Espérance de vie	34 ans	25 ans	17 ans

Vie simple

Taux de rendement net

Rendement	H50NF	H60NF	H70NF
5 ans	118,41 %	84,91 %	55,62 %
10 ans	38,50 %	26,34 %	14,54 %
15 ans	20,42 %	12,81 %	5,04 %
20 ans	12,86 %	7,20 %	1,21 %
25 ans	8,83 %	4,25 %	-
30 ans	6,37 %	2,49 %	-
Prime	11 132 \$	22 273 \$	43 973 \$
Bénéfice	1 000 000 \$	1 000 000 \$	1 000 000 \$
Espérance de vie	30 ans	22 ans	15 ans

Taux de rendement net avec bénéfice du CDC (+24%)

Rendement	H50NF	H60NF	H70NF
5 ans	129,66 %	94,87 %	64,54 %
10 ans	42,34 %	30,08 %	18,27 %
15 ans	22,75 %	15,19 %	7,55 %
20 ans	14,56 %	8,99 %	3,17 %
25 ans	10,18 %	5,71 %	0,91 %
30 ans	7,51 %	3,74 %	-
Prime	11 132 \$	22 273 \$	43 973 \$
Bénéfice	1 240 000 \$	1 240 000 \$	1 240 000 \$
Espérance de vie	30 ans	22 ans	15 ans

PARTIE II – IMPACT DES PERTES EN CAPITAL SUR LE COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL CRÉÉ PAR LA RÉCEPTION D’UN BÉNÉFICIE D’ASSURANCE VIE

INTRODUCTION

Le mécanisme du CDC est un outil de planification fiscale extrêmement important pour les sociétés privées et leurs actionnaires canadiens. Un principe fondamental du système d'imposition canadien est « l'intégration ». Avec l'intégration, les impôts payés par un contribuable devraient être les mêmes dans le cas où il reçoit les revenus personnellement ou s'ils sont gagnés par une société qui les lui distribue subséquemment. Il y a des circonstances où un revenu reçu personnellement est exempt d'impôt ou a un traitement préférentiel. Le CDC permet la distribution de revenu gagné par la société à ses actionnaires sur une base libre d'impôt grâce à l'intégration.

Nous traiterons dans cette section de la situation où la société bénéficiaire d'une police d'assurance vie a déjà réalisé des pertes en capital et de leurs impacts sur le calcul du CDC admissible. Dans un deuxième temps, nous décrirons comment éviter ce piège.

1. CALCUL DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL CRÉÉ PAR LA RÉCEPTION D’UN BÉNÉFICE D’ASSURANCE VIE

Le CDC est décrit au paragraphe 89(1) L.I.R. Il s'agit d'un compte fiscal notionnel qui tient compte de divers montants libres d'impôt accumulés par la société. De tels montants accumulés peuvent être distribués en franchise d'impôt aux actionnaires résidents canadiens de la société.

Le CDC comprend les montants suivants tels qu'ils sont décrits au paragraphe 89(1) L.I.R.

La somme de :

- 1) l'excédent cumulatif de la portion non imposable des gains en capital sur la portion non déductible des pertes en capital contractées par la société depuis 1971 (ou depuis qu'elle est une société privée);
- 2) dividendes en capital reçus d'autres sociétés;
- 3) la portion non imposable de gains réalisés à la suite de la disposition de biens en capital admissibles tels que l'achalandage ou une liste de clients;

- 4) un bénéfice d'assurance vie au décès reçu par la société moins le CBR de la police pour la société; et
- 5) certaines répartitions faites par une fiducie et reçues par une société quant aux gains en capital non imposables obtenus par la fiducie, et les dividendes en capital reçus par la fiducie;

moins

- le total de tous les dividendes en capital déjà versés par la société à ses actionnaires.

Alors que les composantes paraissent être relativement claires, il faut porter une attention particulière lorsque l'on calcule le solde du CDC. Il est important de constater que chaque fois qu'une distribution d'un dividende en capital est envisagée, il faut calculer le solde du CDC, en prenant en considération les ajouts et les retraits du compte.

2. LE PIÈGE DU COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Sans entrer dans toutes les circonstances où il faille calculer le CDC, il est généralement admis que, lorsqu'un dividende en capital est reçu par une autre société ou d'un montant d'assurance vie à la suite du décès et qu'il est crédité au CDC, le plein montant peut être versé comme dividende en capital. Toutefois, il y a des situations où cela ne sera pas le cas.

Par exemple, supposons qu'une compagnie a été incorporée le 1^{er} janvier 2000 et qu'elle a une fin d'année fiscale au 31 décembre. Dans l'année d'imposition 2002, elle réalise un gain en capital de 700 000 \$ et le 1^{er} janvier 2003 elle paie un dividende en capital de 350 000 \$ à ses actionnaires. Dans l'année d'imposition 2003 et après le 1^{er} janvier 2003, la société réalise une perte en capital de 600 000 \$ et dans l'année d'imposition 2005, elle reçoit un bénéfice d'assurance vie de 500 000 \$ (présumons que le CBR de la police est nominal). La société voudrait verser un dividende en capital de 500 000 \$ le 30 janvier 2006. Toutefois, le solde du CDC sera moindre que 500 000 \$ selon le calcul qui suit :

Excès de la portion du gain en capital non imposable sur la portion non déductible de la perte en capital :

Année d'imposition 2002	350 000 \$	
Année d'imposition 2003	(300 000 \$)	50 000 \$
Bénéfice d'assurance vie moins le CBR		500 000 \$
Moins : dividendes en capital déjà payés		(350 000 \$)
CDC immédiatement avant le 30 janvier 2006		200 000 \$

Le solde du bénéfice d'assurance vie de 300 000 \$ ne sera admissible au versement d'un dividende en capital que si la société réalise des gains en capital nets de 600 000 \$ après le 30 janvier 2006.

La façon la plus simple d'éviter une telle situation serait d'avoir une autre société comme bénéficiaire du bénéfice d'assurance vie que la société qui a réalisé les pertes en capital. Dans certains cas, si les montants d'assurance et de primes le justifient, nous pourrions mettre en place AssureCo, qui serait propriétaire, payeur de primes et bénéficiaire des polices, et dont l'unique fonction est d'administrer ces contrats.

CONCLUSION

Le CDC est un outil fiscal très avantageux à la disposition des sociétés privées. L'assurance vie est acquise pour une multitude de besoins tels que la planification successorale, la protection contre les créanciers, la protection de personne clé, la convention entre actionnaires, etc. Les contribuables et leurs conseillers sont invités à explorer comment le CDC peut être utilisé à leur avantage, en maximisant son retour et en évitant les pièges.