

apff

association
de planification
fiscale et financière

R E V U E

A P P F

PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE

Vol. 29, n° 3 • 2009

Une petite histoire de financement international <i>Bertrand Lemieux</i>	419
L'arrêt <i>Lipson</i> : À quatre contre trois, la Cour suprême conclut à une opération d'évitement abusive <i>Marie-Pierre Allard</i>	483
L'arrêt <i>La Reine c. Cascades inc.</i> - Perte en capital réputée nulle par interprétation de l'alinéa 40(3.5)c) de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> <i>Chantal Jacquier</i>	509
Les aides fiscales à l'épargne-retraite : pourquoi et pour qui? <i>Luc Godbout, Suzie St-Cerny et Marie-Andrée Babineau</i>	525

Revue de planification fiscale et successorale

Cette publication doit être citée : (2009), vol. 29, n° 3
*Revue de planification fiscale
et successorale*

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

Veuillez adresser toute correspondance à :

APFF

1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660

Montréal (Québec) H3B 4N4

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

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

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

© 2009, Association de planification fiscale et financière

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

ISSN 0708-5079

Dépôt légal, 1^{er} trimestre 2010

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

COMITÉ DE LA REVUE

PRÉSIDENTE :

Chantal Jacquier, avocate

COORDONNATRICE :

Diane Gagnon, avocate

Directrice de l'édition – APFF

MEMBRES :

Marie-Pierre Allard, avocate, M. Fisc.

Université de Sherbrooke

Mélanie Beaulieu, avocate

Agence du revenu du Canada

France Bordeleau, CGA, M. Fisc.

Standard Life

Kathleen Comeau, M. Fisc.

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

Paule Gauthier, CA, LL.M. fisc., TEP

RBC Dominion Valeurs Mobilières

Yves-André Grondin, avocat,

M. Fisc., CPA

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

Michel Ostiguy, avocat, M. Fisc.

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

Dave Santerre, CA, LL.M. fisc.

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

Julie Hélène Tremblay, avocate,

M. Fisc.

Dufour Charbonneau Brunet & Ass.

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

HEC Montréal

MEMBRE D'OFFICE :

Maurice Mongrain, avocat

Président-directeur général – APFF

Toute personne, membre de l'APFF, désireuse de participer aux travaux de la *Revue* peut communiquer avec M^e Diane Gagnon, directrice de l'édition, par téléphone au (514) 866-2733, poste 209, ou sans frais au 1 877 866-2733, ou à l'adresse électronique suivante : gagnond@apff.org.

POLITIQUE EDITORIALE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SOMMAIRE DE LA REVUE

Vol. 29, n° 3 • 2009

- | | | |
|---|--|-----|
| ➤ | Une petite histoire de financement international
<i>Bertrand Lemieux</i> | 419 |
| ➤ | L'arrêt <i>Lipson</i> : À quatre contre trois, la Cour suprême conclut à une opération d'évitement abusive
<i>Marie-Pierre Allard</i> | 483 |
| ➤ | L'arrêt <i>La Reine c. Cascades inc.</i> – Perte en capital réputée nulle par interprétation de l'alinéa 40(3.5)c) de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i>
<i>Chantal Jacquier</i> | 509 |
| ➤ | Les aides fiscales à l'épargne-retraite : pourquoi et pour qui?
<i>Luc Godbout, Suzie St-Cerny et Marie-Andrée Babineau</i> | 525 |
-

UNE PETITE HISTOIRE DE FINANCEMENT INTERNATIONAL

BERTRAND LEMIEUX, MBA, M. Fisc., CA, CMA
AGENCE DU REVENU DU CANADA

PRÉCIS

Les règles qui régissent le financement international sont complexes et peuvent avoir des répercussions fiscales coûteuses tant à l'étranger qu'au Canada. Nul ne peut traiter de financement international sans aborder les règles régissant les sociétés étrangères affiliées et le revenu étranger accumulé, tiré de biens. Le présent texte retrace, dans une perspective historique, les premières planifications de double déduction d'intérêts classique (*double dip structure*) ainsi qu'une version modifiée de celle-ci. Il présente d'abord une série de concepts fiscaux reliés au régime des sociétés étrangères affiliées, dont le rappel est nécessaire à la compréhension des structures de financement présentées. Il existe de nombreuses possibilités pour une société canadienne de faire des affaires à l'étranger et, en conséquence, d'en assurer le financement. Ces structures représentent une phase importante dans la recherche constante de façons de réduire, pour les entreprises canadiennes, le coût de financement à l'échelle mondiale et ainsi d'accroître leur compétitivité par rapport aux entreprises étrangères. Le présent texte comporte aussi un bref survol des règles fiscales américaines édictées en 1997, qui allaient mettre un frein au modèle de financement utilisant une société à responsabilité limitée américaine.

ABSTRACT

The rules governing international financing are intricate and can have adverse effects in Canada and abroad. International financing and both the foreign affiliate rules and the foreign accrual property income rules are very closely intertwined. This paper will look back at the history of certain traditional international financing structures involving a double deduction of interest (commonly known as a "double dip structure"), and a refined version thereof. This paper will explain a series of concepts that are necessary to understand the financing structures presented in the second part of this paper.

There are numerous ways a Canadian corporation can do business abroad and finance its operations. These structures represent an important phase in the constant search for ways to reduce the borrowing costs of a Canadian corporation and to maintain a competitive advantage in the global market. This paper will also briefly review U.S. tax provisions enacted in 1997 that would put an end to certain double dip structures involving limited liability companies.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	423
1. DÉFINITIONS DE CERTAINS CONCEPTS, EXPRESSIONS ET TERMES.....	423
1.1. DÉFINITION FISCALE D'UNE « SOCIÉTÉ »	423
1.2. DÉFINITION D'UNE « ACTION »	425
1.3. DÉFINITION D'UNE « SÉRIE D'UNE CATÉGORIE D' ACTIONS »	427
1.4. DÉFINITION DE « POURCENTAGE D'INTÉRÊT DIRECT »	427
1.5. DÉFINITION DE « POURCENTAGE D'INTÉRÊT »	428
1.6. DÉFINITION DE « SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE ».....	430
1.7. DÉFINITION DE « SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE CONTRÔLÉE »	433
1.8. CERTAINES PRÉCISIONS SUR LA NOTION DE « CONTRÔLE ».....	434
1.8.1. Contrôle de droit et de fait.....	434
1.8.2. Contrôle effectif, direct et indirect	435
1.8.3. Arrêt <i>Parthenon Investments Ltd. c. MRN</i>	435
1.8.4. Arrêt <i>Silicon Graphics Ltd. c. La Reine</i>	437
2. STRUCTURES DE FINANCEMENT CLASSIQUES.....	439
2.1. FINANCEMENT DIRECT PAR LA FILIALE AMÉRICAINE	439
2.2. FINANCEMENT PROVENANT DE LA SOCIÉTÉ MÈRE CANCO	439
2.3. FINANCEMENT PAR LE TRUCHEMENT D'UNE SOCIÉTÉ DU GROUPE ...	441
2.3.1. Explication sommaire de la structure	442
2.3.2. Implications fiscales	443
3. STRUCTURES DE DOUBLE DÉDUCTION D'INTÉRÊTS	453
3.1. STRUCTURE DE FINANCEMENT DE DOUBLE DÉDUCTION D'INTÉRÊTS CLASSIQUE	453
3.1.1. Explication sommaire de la structure	453
3.1.2. Implications fiscales américaines	455
3.1.3. Implications fiscales canadiennes.....	456
3.2. VERSION MODIFIÉE DE LA STRUCTURE CLASSIQUE	467
3.2.1. Implications fiscales américaines	468
3.2.2. Implications fiscales canadiennes.....	471
3.3. POLITIQUE FISCALE DU CANADA ET RÉPONSE DES ÉTATS-UNIS	478
3.3.1. Politique fiscale canadienne	478
3.3.2. Règles américaines du 5 août 1997	479

INTRODUCTION*

Les règles régissant les sociétés étrangères affiliées (ci-après « SÉA ») et le revenu étranger accumulé, tiré de biens (ci-après « RÉATB ») ont été édictées en 1972, mais n'ont été appliquées qu'à partir des années d'imposition 1976 et suivantes. Elles ont subi de nombreuses modifications depuis leur apparition. Les concepts et exemples présentés dans cet article sont puisés durant la période qui a débuté avec le Budget fédéral du 22 février 1994¹ et d'autres mesures annoncées par le gouvernement fédéral en 1994 et qui s'est terminée le 5 août 1997, date à laquelle la législation fiscale américaine a été modifiée afin d'enrayer plusieurs de ces planifications. Les concepts antérieurs aux modifications de 1995 ne seront pas traités. Cet article présente, dans un premier temps, quelques définitions et concepts de base reliés au régime des SÉA, dont le rappel est nécessaire à la compréhension des structures de financement abordées. Dans un deuxième temps, l'article retrace les premières planifications de double déduction d'intérêts classique (*double dip structure*) ainsi que des raffinements de celles-ci. Le vérificateur général du Canada a formulé au fil des années des critiques sévères à l'endroit de certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² concernant le régime des SÉA; certaines de ces critiques sont analysées et commentées. Enfin, le présent article fait un bref survol de la politique fiscale américaine à l'égard de ces structures, en comparant celle-ci avec la politique fiscale canadienne.

1. DÉFINITIONS DE CERTAINS CONCEPTS, EXPRESSIONS ET TERMES

1.1. DÉFINITION FISCALE D'UNE « SOCIÉTÉ »

Tout le régime des SÉA repose sur le fait qu'il y ait effectivement une société et que celle-ci soit étrangère : c'est la pierre angulaire du régime.

* L'auteur tient à remercier M. Robert Chayer, M.S. Tax, pour ses commentaires judicieux sur les règles fiscales américaines contenues dans le présent document et M^e Éric Labelle pour ses précieux commentaires sur celui-ci. Les opinions exprimées dans le présent article ne représentent que l'interprétation de l'auteur et ne lient d'aucune façon l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »).

¹ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 22 février 1994, reprises dans le Projet de loi C-70 et adoptées par la *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, les Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu et des lois connexes*, sanctionné le 22 juin 1995 (L.C. 1995, c. 21) (ci-après « modifications de 1995 »).

² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

Dans sa version originale, la structure de double déduction d'intérêts classique faisait intervenir des sociétés qui étaient reconnues comme telles au Canada et dans le pays étranger. Toutefois, ces planifications ont rapidement évolué du fait que les lois sur les sociétés et les lois fiscales canadiennes et étrangères ne qualifient pas une entité nécessairement de la même manière. Ces différences ont donné l'occasion aux planificateurs fiscaux de raffiner la structure de double déduction d'intérêts classique.

L'ARC a publié un bulletin d'interprétation³ qui explique la façon dont elle qualifie certaines entités juridiques reconnues dans le monde, aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'ARC a aussi publié de nombreuses interprétations techniques exposant le traitement qu'elle entend accorder à des entités juridiques précises. Une entité juridique qui est traitée différemment au Canada et à l'étranger est communément appelée une entité hybride⁴. Une entité hybride très connue est la société à responsabilité limitée des États-Unis (ci-après « USLLC »)⁵. Quoique l'utilisation de ce type d'entité ait été restreinte, notamment par l'arrivée de certaines règles fiscales américaines, les concepts et notions qui sont présentés restent d'actualité.

Le terme « société » est défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* : « Sauf dans l'expression « société de personnes », s'entend d'une personne morale, y compris une compagnie »⁶. Cette définition s'applique tant aux sociétés canadiennes qu'étrangères. Dans une interprétation technique⁷, l'ARC mentionne que si une entité est une personne morale en vertu d'une loi étrangère régissant les sociétés, en donnant l'exemple de la *Irish*

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-343R, « Signification du terme "corporation" », 26 septembre 1977. Bien que ce bulletin soit encore valide, il utilise le terme « corporation », qui n'est plus utilisé dans la version française de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans le présent document, le terme actuel « société » sera utilisé pour désigner une corporation ou une compagnie.

⁴ Bien qu'il existe un nombre considérable d'entités hybrides, le but du présent document n'est pas de les recenser, mais plutôt d'exposer certaines possibilités et limites qui s'offrent aux contribuables.

⁵ Dans l'acronyme « USLLC », qui est utilisé tout au long du présent document, les lettres « LLC » signifient *Limited Liability Company*, un type de société américaine. Comme il existe des sociétés à responsabilité limitée ailleurs qu'aux États-Unis, les lettres « US » précisent qu'il s'agit d'une entité américaine.

⁶ Par. 248(1) « société » L.I.R.

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique OC90_280, « Meaning of "Foreign Affiliate" », 9 octobre 1990.

Companies Act, elle est une « société » aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et ce, malgré le fait que les actionnaires aient ou non une responsabilité illimitée envers les dettes de la société. Dans une autre interprétation technique⁸, l'ARC adopte le même raisonnement et arrive à la même conclusion quant à une société à responsabilité illimitée de Nouvelle-Écosse⁹.

Pendant de nombreuses années, l'ARC a utilisé les critères indiqués dans le *Bulletin d'interprétation* IT-343R afin de déterminer si l'entité à l'étude était ou non une « société » aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ce bulletin¹⁰ a été publié afin de préciser quelles sont les sociétés visées aux fins du régime des « sociétés étrangères affiliées »¹¹.

Récemment, l'ARC a annoncé qu'elle modifiait sa façon de déterminer la nature de l'entité étrangère à l'étude et propose maintenant une nouvelle démarche en deux étapes¹². D'abord, l'ARC détermine les caractéristiques de l'association commerciale étrangère selon la loi commerciale étrangère, pour ensuite comparer ces caractéristiques avec les catégories d'associations commerciales reconnues en droit commercial canadien afin de classer cette association commerciale étrangère dans l'une de ces catégories.

1.2. DÉFINITION D'UNE « ACTION »

De la difficulté d'interprétation du traitement à accorder aux diverses entités juridiques dans le monde découle le problème d'interprétation du terme « action ». Aux fins fiscales, le terme « action »¹³ est défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* de façon très large et inclut une fraction d'action du capital-actions d'une société, ainsi qu'une part du capital social de certaines entités.

⁸ *Id.*, interprétation technique 9510435, « Canadian Corporation Treated as Partnership in U.S. (Foreign Tax Credit Issues) », 27 avril 1995.

⁹ En anglais, *Nova Scotia Unlimited Liability Company*, communément appelée « NSULC ».

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 3, par. 1.

¹¹ Par. 95(1) « société étrangère affiliée » L.I.R.

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 38, 22 septembre 2008.

¹³ Par. 248(1) « action » L.I.R.

Tout comme pour le *Bulletin d'interprétation* IT-343R portant sur la signification du terme « société », l'ARC a fait paraître à la même date un autre bulletin d'interprétation¹⁴ portant cette fois sur le terme « action » dans le contexte du régime des SÉA. Entre autres, il traite de la situation où une entité étrangère est considérée comme une société à l'étranger bien que les titres de propriété ne soient pas divisés en unités appelées actions. Dans ce cas, l'ARC considérerait que la société a un capital-actions émis et en circulation de 100 actions et chaque personne qui possède des droits dans l'entreprise étrangère est alors considérée comme propriétaire d'un nombre d'actions qui est proportionnel à ses droits dans cette entité¹⁵.

N'eût été cette interprétation, une société résidant au Canada qui recevrait ce qui pourrait s'apparenter à un dividende d'une entité étrangère pourrait ne pas avoir droit à une déduction dans le calcul de son revenu imposable¹⁶, car pour y avoir droit, la société résidant au Canada doit remplir la condition du passage introductif du paragraphe 113(1) L.I.R., à savoir qu'elle « a reçu un dividende sur une action lui appartenant du capital-actions d'une société étrangère affiliée de cette société ». Cette interprétation permet donc à une société résidant au Canada d'avoir accès au régime des SÉA. Par contre, le côté pernicieux de cette interprétation est qu'elle fait en sorte que la société résidant au Canada doive inclure, dans le calcul de son revenu, tout « revenu étranger accumulé, tiré de biens »¹⁷ d'une telle « société étrangère affiliée contrôlée »¹⁸. En effet, le paragraphe 91(1) L.I.R. pose la même condition que le passage introductif du paragraphe 113(1) L.I.R., à savoir qu'un contribuable résidant au Canada doive inclure, « relativement à chaque action qui lui appartient dans le capital-actions d'une société étrangère affiliée contrôlée [...] » sa quote-part de RÉATB.

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-392 (archivé), « Définition du terme "action" », 26 septembre 1977. Ce bulletin est maintenant retiré, mais peut toujours être consulté sur le site Internet de l'ARC à l'adresse suivante : <http://www.cra-arc.gc.ca/formspubs/prioryear/it392/it392-f.html>.

¹⁵ *Id.*, par. 3. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0004415, « Arizona LLC », 23 octobre 2003.

¹⁶ Art. 113 L.I.R.

¹⁷ Par. 95(1) « revenu étranger accumulé, tiré de biens » L.I.R.

¹⁸ Par. 95(1) « société étrangère affiliée contrôlée » L.I.R.

1.3. DÉFINITION D'UNE « SÉRIE D'UNE CATÉGORIE D' ACTIONS »

Une précision intéressante sur le terme « action » est l'application du paragraphe 248(6) L.I.R., à savoir que dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la mention de « catégorie » relativement à une société qui émet des actions d'une catégorie de son capital-actions en une ou plusieurs séries vaut mention de « série de la catégorie » avec les adaptations nécessaires. Ce paragraphe est important dans l'application de certaines définitions, notamment celle de « pourcentage d'intérêt direct » exposée ci-dessous.

1.4. DÉFINITION DE « POURCENTAGE D'INTÉRÊT DIRECT »

La définition de l'expression « société étrangère affiliée », qui sera expliquée en détail à la section 1.6. du présent texte, fait référence à deux définitions, soit celle de « pourcentage d'intérêt direct » et celle de « pourcentage d'intérêt ».

Un « pourcentage d'intérêt direct »¹⁹ est défini comme suit :

« Le pourcentage d'intérêt direct d'une personne dans une société à un moment donné est le pourcentage déterminé selon les règles suivantes :

a) pour chaque catégorie des actions émises du capital-actions de la société, déterminer le pourcentage que représente le nombre d'actions de cette catégorie, appartenant à cette personne à ce moment, par rapport au nombre total d'actions émises de cette catégorie à ce moment;

b) choisir le pourcentage déterminé en vertu de l'alinéa a) pour cette personne à l'égard de la société, qui est au moins égal à tout autre pourcentage ainsi déterminé pour cette personne à l'égard de la société à ce moment,

et le pourcentage choisis en vertu de l'alinéa b) est le pourcentage d'intérêt direct de cette personne dans la société à ce moment. » (Notre soulignement)

Le terme « direct » parle par lui-même, à savoir que toute participation indirecte n'est pas considérée. Aux fins de cette définition, tant la « personne » que la « société » peut être soit canadienne, soit étrangère. Tel qu'il a été mentionné à la section 1.3., chaque série d'une même catégorie

¹⁹ Par. 95(4) « pourcentage d'intérêt direct » L.I.R. Cette définition a été adoptée en 1972 avec les règles sur le RÉATB et les SÉA. Elle était applicable aux années d'imposition 1972 et suivantes et est toujours en vigueur au moment d'écrire ces lignes. Cette définition n'a fait l'objet que de modifications mineures depuis son adoption.

d'actions doit être traitée comme une catégorie distincte en soi. De plus, les actions émises du capital-actions peuvent être des actions ordinaires ou privilégiées; aucune distinction n'est à faire. Les divers privilèges possibles associés aux actions privilégiées ne sont pas pertinents; ce qui est important est simplement la détention, en pourcentage, dans une catégorie d'actions quelconque. L'alinéa a) de la définition ci-dessus établit un prorata pour calculer le pourcentage d'intérêt direct revenant à chaque détenteur d'actions d'une même catégorie. L'alinéa b), quant à lui, retient le pourcentage le plus élevé, peu importe de quelle catégorie ce pourcentage provient, et c'est ce pourcentage qui représente le « pourcentage d'intérêt direct ».

1.5. DÉFINITION DE « POURCENTAGE D'INTÉRÊT »

D'une façon simplifiée, la définition de « pourcentage d'intérêt »²⁰ est le total du pourcentage d'intérêt direct et du pourcentage d'intérêt indirect du contribuable; elle se lit comme suit :

« Le pourcentage d'intérêt d'une personne à un moment donné dans une société donnée est le total des montants suivants :

a) le pourcentage d'intérêt direct de cette personne dans la société donnée à ce moment;

b) tous les pourcentages dont chacun est le produit de la multiplication du pourcentage d'intérêt de cette personne à ce moment dans toute société par le pourcentage d'intérêt direct de cette société à ce moment dans la société donnée;

toutefois, dans le cadre de la définition de "pourcentage de participation" au paragraphe (1), l'alinéa b) s'applique comme si la mention de "toute société" était remplacée par la mention de « toute société autre qu'une société résidant au Canada » (Notre soulignement)

Les termes « personne », « société » et « société donnée » font en sorte que dans une chaîne de plusieurs sociétés, la totalité de celles-ci entre en ligne de compte dans la détermination du « pourcentage d'intérêt ». Ainsi, si la société Canco1 détient 75 % de la société Canco2 qui, elle, détient 80 % de USCo1 qui, à son tour, détient 25 % de USCo2 et que l'on veut calculer le pourcentage d'intérêt de Canco1 dans USCo2, Canco1 sera la « personne »,

²⁰ Par. 95(4) « pourcentage d'intérêt » L.I.R. Cette définition a été adoptée en 1972 avec les règles sur le RÉATB et les SÉA. Elle était applicable aux années d'imposition 1972 et suivantes et est toujours en vigueur au moment d'écrire ces lignes. Cette définition n'a fait l'objet que de modifications mineures depuis son adoption.

Canco2 et USCo1 entreraient dans le champ d'application de l'expression « toute société » et enfin USCo2 sera la « société donnée ». Dans cet exemple, le « pourcentage d'intérêt » de Canco1 dans USCo2 est de 15 % ($75 \% \times 80 \% \times 25 \%$).

Chaque contribuable résidant au Canada doit inclure²¹, dans le calcul de son revenu, relativement à chaque action qui lui appartient dans le capital-actions d'une « société étrangère affiliée contrôlée »²², sa quote-part du « revenu étranger accumulé, tiré de biens »²³, calculée en fonction de son « pourcentage de participation »²⁴ de chaque action qu'il détient. De façon très sommaire, lorsqu'une SÉA n'a qu'une seule catégorie d'actions émises²⁵, le « pourcentage de participation » équivaut au « pourcentage d'intérêt ». Si plus d'une catégorie d'actions est émise²⁶, le calcul du pourcentage de participation est effectué selon l'article 5904 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*²⁷. Il représenterait essentiellement la portion du RÉATB que recevrait le contribuable résidant au Canada, fondée sur son droit au dividende qui, lui, est fondé sur sa participation tant réelle que potentielle dans les bénéfices annuels de chaque catégorie d'actions qu'il détient dans la société étrangère, si la totalité du revenu de cette dernière était distribuée aux actionnaires.

Comme le contrôle d'une société peut être exercé de façon directe ou indirecte²⁸, il peut y avoir des situations de double imposition. Par exemple, si Canco1 détenait 100 % de l'unique catégorie d'actions de Canco2 qui, elle, détient 100 % de l'unique catégorie d'actions d'USCo, USCo serait une société étrangère affiliée contrôlée (ci-après « SÉAC ») à la fois de Canco1 et de Canco2, car les deux sociétés canadiennes auraient un pourcentage de participation respectif de 100 % (équivalant à leur pourcentage d'intérêt).

²¹ Par. 91(1) L.I.R.

²² Par. 95(1) « société étrangère affiliée contrôlée » L.I.R.

²³ Par. 95(1) « revenu étranger accumulé, tiré de biens » L.I.R.

²⁴ Par. 95(1) « pourcentage de participation » L.I.R.

²⁵ Sous-alinéa b)(i) de la définition de « pourcentage de participation » au paragraphe 95(1) L.I.R.

²⁶ Sous-alinéa b)(ii) de la définition de « pourcentage de participation » au paragraphe 95(1) L.I.R.

²⁷ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Sociétés : Association et contrôle », 14 août 2001, par. 17.

Elles devraient toutes deux inclure la totalité du RÉATB d'USCo. Afin d'éviter cette double imposition et uniquement aux fins de la définition de « pourcentage de participation », le passage *in fine* de la définition de « pourcentage d'intérêt » modifie le sens, à l'alinéa b), de « toute société » (canadienne ou non) par « toute société autre qu'une société résidant au Canada ». Cette modification a pour effet d'empêcher de tenir compte du pourcentage d'intérêt indirect par le truchement d'une ou de plusieurs autres sociétés canadiennes. La conséquence est que seule la première société canadienne qui détient des actions directement ou indirectement (c'est-à-dire par le truchement d'autres sociétés étrangères et non par des sociétés canadiennes) dans la SÉAC doit inclure sa quote-part du RÉATB dans le calcul de son revenu. Dans l'exemple précédent, Canco1 a un « pourcentage d'intérêt » de 100 % dans USCo, qui est uniquement fondé sur son pourcentage d'intérêt indirect (par le truchement de Canco2), puisque Canco1 n'a aucune détention directe d'actions dans USCo. En conséquence, aux fins de la détermination du « pourcentage de participation » seulement, la modification de la définition de « pourcentage d'intérêt » fait en sorte que Canco1 n'a plus aucun « pourcentage d'intérêt » dans USCo et, par conséquent, plus aucun « pourcentage de participation ». Seule Canco2 inclura sa quote-part du RÉATB dans le calcul de son revenu.

1.6. DÉFINITION DE « SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE »

La définition de « société étrangère affiliée »²⁹ est la pierre angulaire de toutes les structures de financement; elle se lit comme suit :

« Quant à une société qui, à un moment donné, est une société étrangère affiliée d'un contribuable qui réside au Canada, société non-résidente dans laquelle, à la fois :

a) le pourcentage d'intérêt du contribuable est d'au moins 1 % à ce moment;

b) le total du pourcentage d'intérêt du contribuable et de celui de chacune des personnes qui lui est liée est d'au moins 10 % à ce moment, chaque pourcentage étant déterminé comme si le calcul prévu à l'alinéa b) de la définition de "pourcentage d'intérêt" au paragraphe (4) était effectué compte non tenu du pourcentage d'intérêt d'une personne dans le contribuable ou dans une personne liée à celui-ci.

²⁹ Par. 95(1) « société étrangère affiliée » L.I.R. La définition retenue pour cet article est celle qui est entrée en vigueur avec les modifications de 1995 apportées au régime des SÉA. Elle est toujours en vigueur et n'a fait l'objet d'aucune modification à ce jour.

Toutefois, nulle société ne peut être une société étrangère affiliée d'une société de placement appartenant à des non-résidents. » (Notre soulignement)

Certaines nuances sont à faire quant à cette définition. D'abord, celle-ci ne s'applique qu'à une société non résidente d'un contribuable qui réside au Canada. Une société non résidente ne peut être qualifiée de SÉA d'une autre société non résidente, et ce, même si toutes les autres conditions de la définition sont remplies.

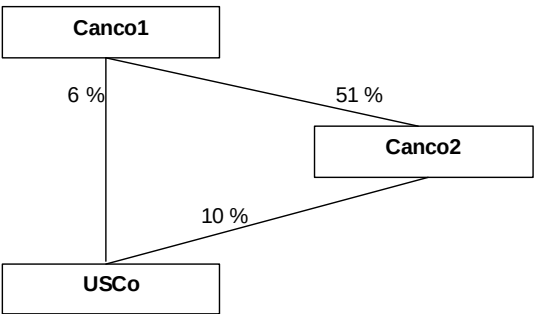
Pour se qualifier de SÉA d'un contribuable résidant au Canada, ce dernier doit remplir deux conditions de détention d'actions, soit le test de 1 % et le test de 10 %. De façon sommaire, le contribuable résidant au Canada doit détenir un pourcentage d'intérêt d'au moins 1 % des actions de la société étrangère (ci-après « test de 1 % ») et lui et des personnes liées à lui doivent détenir un pourcentage d'intérêt d'au moins 10 % des actions de celle-ci (ci-après « test de 10 % »).

Si le « pourcentage d'intérêt » d'un contribuable qui réside au Canada dans une société étrangère est inférieur à 1 %, mais qu'une personne liée à lui détient toutes les autres actions de la société étrangère, la condition à l'alinéa a) de la définition de « société étrangère affiliée » ne sera pas remplie.

Aux fins du test de 1 %, la définition de « pourcentage d'intérêt » s'entend de celle édictée intégralement au paragraphe 95(4) L.I.R., qui prévoit que la détention des actions peut être directe et indirecte. Toutefois, aux fins du test de 10 % à l'alinéa b) de la définition de « société étrangère affiliée », la définition de « pourcentage d'intérêt » est modifiée, et ce, aux seules fins de déterminer s'il s'agit d'une SÉA ou non d'un contribuable. De façon sommaire, l'alinéa b) prévoit qu'un contribuable doit prendre le total de son pourcentage d'intérêt (direct et indirect) et du pourcentage d'intérêt (direct ou indirect) de chacune des personnes qui lui est liée³⁰, mais il ne doit pas tenir compte, dans ce total, du pourcentage d'intérêt qu'une autre personne (liée ou non au contribuable) pourrait détenir dans le contribuable lui-même ou dans une personne qui est liée au contribuable. Cette modification de la définition a pour but de s'assurer que les pourcentages d'intérêt d'autres personnes ne sont pas comptés plus d'une fois dans la

³⁰ Par. 251(2) L.I.R. Il est intéressant de noter qu'il est toujours question de personnes liées et non de personnes ayant entre elles un lien de dépendance. Un lien de fait n'est pas pertinent aux fins de déterminer s'il s'agit ou non d'une SÉA d'un contribuable résidant au Canada.

détermination du test de 10 %. L'exemple suivant démontre l'application pratique de ces concepts à une situation donnée :



Étape 1 : Détermination du « pourcentage d'intérêt direct »

<u>Pourcentage d'intérêt direct</u>		
Dans la société :	Canco1	Canco2
Canco2	51 %	s. o.
USCo	6 %	10 %

Étape 2 : Détermination du « pourcentage d'intérêt »

<u>Pourcentage d'intérêt</u>		
Dans la société :	Canco1	Canco2
USCo		
Total de :		
% direct	6,0 %	10,0 %
% indirect (note 1)	5,1 %	0,0 %
Pourcentage d'intérêt	11,1 %	10,0 %

Note 1 : 51 % × 10 % = 5,1 %

Étape 3 : Vérification de l'existence d'une « société étrangère affiliée »

Aux fins du test de 1 %, le pourcentage d'intérêt (direct et indirect) de Canco1 dans USCo est d'au moins 1 %. Cela vaut aussi pour Canco2. Aux fins du test de 10 %, Canco1 dépasse le seuil requis de 10 % (11,1 %) en tenant compte de son pourcentage d'intérêt direct et indirect dans USCo (par le truchement de Canco2, une personne liée³¹ à Canco1). Quant à Canco2, le seuil de 10 % est atteint avec son pourcentage d'intérêt direct. USCo est donc une SÉA tant de Canco1 que de Canco2. En modifiant l'exemple, si Canco2 ne détenait que seulement 7 % dans USCo, le test de 1 % serait rempli, tant pour Canco1 que pour Canco2. Toutefois, le test de 10 % ne serait plus rempli, car tant pour Canco1 que pour Canco2, le total du pourcentage d'intérêt du contribuable et des personnes qui lui sont liées n'atteindrait pas le seuil de 10 % requis.

1.7. DÉFINITION DE « SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE CONTRÔLÉE »

La définition de « société étrangère affiliée contrôlée » a subi plusieurs modifications au fil du temps³². La définition pertinente au présent article se lisait comme suit :

« **«société étrangère affiliée contrôlée»** – un moment donné, société étrangère affiliée d'un contribuable résidant au Canada qui, à ce moment, est contrôlée par :

- a) soit le contribuable;
- b) soit le contribuable et au plus quatre autres personnes résidant au Canada;
- c) soit au plus quatre personnes résidant au Canada, autres que le contribuable;
- d) soit une ou plusieurs personnes avec lesquelles le contribuable a un lien de dépendance;

³¹ S.-al. 251(2)b)(i) L.I.R.

³² Afin de préserver le caractère historique du présent texte et de la période où les planifications examinées étaient en vigueur, la définition pertinente est celle qui a été adoptée par L.C. 1994, c. 7, par. 71(1) et s'appliquant aux années d'imposition commençant après le 13 juillet 1990. Cette définition a été en vigueur jusqu'au 14 décembre 2007, date à laquelle elle a été modifiée rétroactivement par L.C. 2007, c. 35, par. 26(1), applicable aux années d'imposition d'une SÉA d'un contribuable commençant après 1995. L'analyse en profondeur de cette nouvelle définition dépasse le cadre du présent article.

e) soit le contribuable et une ou plusieurs personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance. » (Notre soulignement)

La condition la plus importante à retenir est que la société étrangère doit d'abord se qualifier comme « société étrangère affiliée » afin de pouvoir répondre à la définition de « société étrangère affiliée contrôlée ». À titre d'exemple, une société étrangère peut être contrôlée par un « groupe lié »³³ comprenant le contribuable qui réside au Canada, sans pour autant être une SÉA de celui-ci. Il en est ainsi si le contribuable qui réside au Canada ne remplit pas d'abord les conditions posées par la définition de « société étrangère affiliée ».

1.8. CERTAINES PRÉCISIONS SUR LA NOTION DE « CONTRÔLE »

La notion de contrôle est fondamentale, car un contribuable résidant au Canada qui contrôle une SÉA qui a un RÉATB doit inclure sa quote-part de celui-ci dans le calcul de son revenu au Canada, pour chaque année d'imposition de la SÉA qui se termine au cours de l'année d'imposition du contribuable, et ce, en fonction du pourcentage de participation qu'il détient dans chaque action d'une SÉAC³⁴.

1.8.1. Contrôle de droit et de fait

Jusqu'au 31 décembre 1987, le passage introductif de la définition de « société étrangère affiliée contrôlée » utilisait l'expression « contrôlée directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit ». Le contrôle de fait (*de facto*) était suffisant pour qu'une SÉA soit contrôlée. À partir du 1^{er} janvier 1988, le législateur a modifié la définition afin de supprimer cette expression de façon que la détermination du contrôle ne se fasse qu'en tenant compte du contrôle de droit (*de jure*)³⁵.

³³ Par. 251(4) « groupe lié » L.I.R.

³⁴ Par. 91(1) L.I.

³⁵ La définition de « société étrangère affiliée contrôlée » a été modifiée par L.C. 1988, c. 55, par. 65(1), applicable aux années d'imposition commençant après 1988. L'ajout du paragraphe 256(5.1) L.I.R., qui donne des précisions sur le contrôle de fait, s'est effectué de façon concomitante par L.C. 1988, c. 55, par. 192(3), applicable aux années d'imposition commençant après 1988.

1.8.2. Contrôle effectif, direct et indirect

Le critère général pour le contrôle de droit est essentiellement de savoir si l'actionnaire jouit d'un « contrôle effectif » sur les affaires et le sort de la société, selon la propriété d'un certain nombre d'actions donnant droit à la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration³⁶. Une personne peut avoir le contrôle de droit d'une société sans pour autant détenir des actions de cette société, pourvu que cette personne contrôle une ou plusieurs autres sociétés qui, seules ou entre elles, ont le contrôle, par leur droit de vote, de la première société³⁷. De ces énoncés découle la conclusion que le contrôle de droit peut être direct ou indirect.

1.8.3. Arrêt *Parthenon Investments Ltd. c. MRN*³⁸

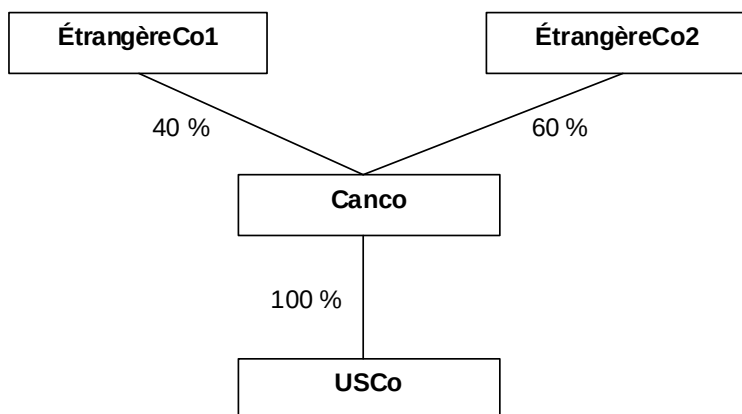
La décision rendue par la Cour d'appel fédérale en 1997 dans l'affaire *Parthenon* a semé la confusion quant au sens à donner au terme « contrôle ». Dans cette affaire, *Parthenon Investments Ltd.* était contrôlée par une société canadienne (*Pacific Canada*) qui, elle, était contrôlée par une société américaine (*Pacific International*) qui, à son tour, était contrôlée par deux sociétés résidant au Canada. La Cour d'appel fédérale a jugé que le terme « contrôle » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'entendait uniquement du contrôle « ultime ». Bien que cet arrêt ait été rendu dans le contexte de la définition d'une « société privée sous contrôle canadien »³⁹, son application au régime des SÉA produirait un résultat absurde, tel qu'il est démontré dans l'exemple suivant :

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 28, par. 13.

³⁷ *Id.*

³⁸ 97 D.T.C. 5343 (C.A.F.) (ci-après « *Parthenon* »).

³⁹ Par. 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.



En vertu du principe de l'arrêt *Parthenon*, USCo ne serait pas contrôlée par Canco, mais bien par ÉtrangèreCo2 qui en détient le contrôle « ultime ». Bien que Canco détienne directement la totalité des actions émises par USCo, cette dernière ne serait plus une SÉAC de Canco. En conséquence, tout RÉATB ne pourrait être inclus dans le calcul du revenu de Canco.

Si l'arrêt *Parthenon* avait été appliqué intégralement, il aurait eu un impact non seulement sur la définition de contrôle aux fins du calcul du RÉATB mais aussi sur l'application de l'article 17 L.I.R. De façon sommaire, cet article prévoit l'inclusion d'un revenu d'intérêt dans le calcul du revenu d'une société résidant au Canada, lorsque cette dernière a fait un prêt à une personne non résidente à un taux d'intérêt nul ou inférieur à un taux raisonnable et si le prêt est resté impayé pour une période de plus d'un an. Afin de faciliter le financement international au sein d'un groupe de sociétés, le législateur a prévu au paragraphe 17(8) L.I.R. une exception selon laquelle aucun intérêt ne sera à inclure si la personne non résidente est une SÉAC de la société résidant au Canada, et ce, tout au long de la période où le prêt est demeuré impayé⁴⁰. Aux fins de l'application de l'article 17 L.I.R. seulement, la définition d'une « société étrangère affiliée contrôlée » est élargie⁴¹ afin d'inclure, notamment, certaines sociétés qui seraient liées, mais qui ne rempliraient pas les conditions voulues pour être des SÉAC de la

⁴⁰ Le paragraphe 17(8) L.I.R. a été ajouté par L.C. 1999, c. 22, par. 8(1), applicable aux années d'imposition commençant après le 23 février 1998.

⁴¹ Par. 17(15) « société étrangère affiliée contrôlée » L.I.R.

société ayant octroyé le prêt. Une société résidant au Canada mais contrôlée par une société non résidente se retrouverait donc dans une situation où elle n'aurait plus droit à l'exception prévue au paragraphe 17(8) L.I.R., n'étant plus considérée comme détenant le contrôle de la société étrangère. Elle serait donc contrainte d'inclure un revenu d'intérêts dans le calcul de son revenu, si les autres conditions du paragraphe 17(1) L.I.R. s'appliquaient.

L'ARC n'a jamais accepté ce principe de contrôle « ultime » et a fait valoir en mars 1999 que « [s]elon notre position, vous devez déterminer le contrôle à chaque niveau de la structure plutôt que d'examiner uniquement le sommet, où se trouve le contrôle ultime »⁴². Par la suite, dans une interprétation technique⁴³ donnée en novembre 1999 dans le cadre de l'application de l'article 17 L.I.R., l'ARC a indiqué qu'elle appliquerait le même raisonnement dans le cas des SÉAC d'un contribuable résidant au Canada.

Parallèlement, en réaction à l'arrêt *Parthenon*, le législateur a modifié⁴⁴ la *Loi de l'impôt sur le revenu* en adoptant le paragraphe 256(6.1) L.I.R., applicable aux années d'imposition commençant après novembre 1999. En vertu de ce paragraphe, une société peut être contrôlée à la fois par la ou par les personnes exerçant le contrôle ultime et par une autre personne apte à exercer le contrôle. L'ambiguïté dans l'interprétation de la notion du contrôle ultime était ainsi dissipée.

1.8.4. Arrêt *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*⁴⁵

Une autre décision est venue semer un doute quant à l'interprétation de la définition de « société étrangère affiliée contrôlée » : celle rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Silicon Graphics*. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si Alias Research Inc. (ci-après « Alias » devenue par la suite Silicon Graphics Ltd.) était une « société privée sous contrôle canadien »⁴⁶. Les actions d'Alias étaient transigées sur une Bourse

⁴² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 16, 8 mars 1999.

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9925795, « Subsections 17(2) and 17(3) », 23 novembre 1999.

⁴⁴ Le paragraphe 256(6.1) a été ajouté par L.C. 2001, c. 17, par. 194(1), applicable aux années d'imposition commençant après novembre 1999.

⁴⁵ 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.) (ci-après « *Silicon Graphics* »).

⁴⁶ Par. 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.

américaine et aucun actionnaire ne détenait seul, au moment du test, plus de 13 % des actions. Plus de 50 % des actions en circulation étaient détenues par des personnes non résidentes, mais qui, entre elles, n'avaient aucun lien commun, hormis la détention des actions. La Cour d'appel fédérale a jugé que l'expression « contrôlée [...] par une ou plusieurs personnes », utilisée dans la définition de « société privée sous contrôle canadien », était assimilable à l'expression « contrôlée par une personne ou un groupe de personnes ». La Cour a aussi affirmé qu'il devait y avoir un lien ou un intérêt commun entre les actionnaires qui composaient le groupe de personnes qui avait le contrôle *de jure*, et qu'il devait y avoir des faits démontrant que ces actionnaires agissaient de concert pour exercer leur contrôle sur la société en question. Comme il n'y avait pas eu de preuve de ces faits, la Cour a rejeté l'argument selon lequel le groupe d'actionnaires non résidents contrôlait Alias. En conséquence, cette dernière était une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »). Aucune demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada n'a été présentée.

Cet arrêt introduisait un test supplémentaire pour déterminer s'il y avait ou non un contrôle de la SÉA, soit celui de l'existence d'un lien ou d'un intérêt commun. Ce test ne modifiait aucunement le concept de contrôle (utilisé dans le contexte du régime des SÉA) pour y inclure un contrôle *de facto*. Il ne s'ajoutait que lorsque venait le temps d'établir le groupe qui contrôlait la société (test très similaire à celui utilisé pour établir le contrôle *de facto* visé au paragraphe 256(5.1) L.I.R.).

L'ARC a indiqué qu'elle ne restreindrait pas l'application des conclusions de l'arrêt *Silicon Graphics* uniquement à la définition de SPCC⁴⁷. Conjugué avec la manière dont l'ARC avait l'intention de l'appliquer, cet arrêt allait potentiellement ouvrir la porte à des interprétations et des débats au moment de déterminer si une SÉA était contrôlée ou non. Prenons l'exemple simple suivant : quatre actionnaires qui sont des sociétés résidant au Canada, qui ne sont pas des personnes liées entre elles et qui n'ont aucun lien ou intérêt commun ensemble (au sens de l'arrêt *Silicon Graphics*) détiennent une SÉA, chaque actionnaire possédant 25 % des actions ordinaires émises et en circulation de celle-ci. Bien que cette situation puisse entrer autrement dans le champ d'application de la définition de « société étrangère affiliée contrôlée » (selon la définition retenue à la section 1.7.), l'absence d'un lien ou d'un intérêt commun pourrait faire en sorte que les quatre sociétés actionnaires résidant au Canada

⁴⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 25, 30 octobre 2002, question 2.

ne constitueraient pas un « groupe de personnes » contrôlant la SÉA, contournant donc l'esprit des règles d'imposition du RÉATB.

Afin de résoudre ce problème, le législateur a modifié la définition de « société étrangère affiliée contrôlée »⁴⁸ et a ajouté le passage suivant :

« (iii) les actions du capital-actions de la société affiliée qui appartiennent, à ce moment, à des personnes (appelées chacune "actionnaire canadien intéressé" à la présente définition), faisant partie d'un groupe d'au plus quatre personnes (ce nombre étant déterminé indépendamment de l'existence ou de l'absence de tout lien, rapport ou action concertée entre les membres du groupe), qui, à la fois : [...]. » (Notre soulignement)

2. STRUCTURES DE FINANCEMENT CLASSIQUES

2.1. FINANCEMENT DIRECT PAR LA FILIALE AMÉRICAINE

Canco, société constituée au Canada et y exploitant une entreprise active, désire investir dans un projet aux États-Unis ou financer les activités américaines de sa filiale en propriété exclusive, US Opco, société constituée aux États-Unis et exploitant aussi une entreprise active dans ce pays. US Opco peut alors emprunter directement les fonds nécessaires auprès d'une institution financière et la dépense d'intérêts sur ce prêt sera déductible contre son revenu d'entreprise gagné aux États-Unis si celle-ci répond aux critères de déductibilité établis par la loi fiscale américaine⁴⁹. Selon le niveau d'activité et la capacité d'emprunt d'US Opco, Canco peut avoir à garantir le prêt. Le résultat global est que le groupe n'obtient qu'une seule déduction d'intérêts, soit celle obtenue par US Opco.

2.2. FINANCEMENT PROVENANT DE LA SOCIÉTÉ MÈRE CANCO

Canco peut aussi emprunter un montant auprès d'une institution financière et prêter les fonds reçus, avec ou sans intérêts, à US Opco. En

⁴⁸ Sous-alinéa b)(iii) de la définition de « société étrangère affiliée contrôlée » au paragraphe 95(1) L.I.R., modifié par la *Loi d'exécution du budget et de l'énoncé économique de 2007*, Projet de loi C-28, 19 mars 2007 et 30 octobre 2007, sanctionné le 14 décembre 2007 (L.C. 2007, c. 35) (ci-après « Projet de loi C-28 »). Cet ajout s'applique aux années d'imposition d'une SÉA commençant après 2002. Bien que cette nouvelle définition s'applique à des années postérieures aux années visées par le présent article, elle est pertinente à la compréhension du concept de « contrôle » aux fins du régime des SÉA.

⁴⁹ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »), § 163(a).

posant l'hypothèse que les conditions de déductibilité de la dépense d'intérêts sont remplies dans les deux pays et que le prêt est fait par Canco à sa filiale US Opco à un taux équivalent à celui exigé par l'institution financière⁵⁰, Canco inclura, dans le calcul de son revenu d'entreprise, un revenu d'intérêts⁵¹ équivalent au montant de la dépense d'intérêts⁵² sur le prêt, avec comme résultat un montant net de zéro. La dépense ultime appartiendra à US Opco.

Canco peut aussi prêter les fonds à US Opco sans intérêts ou à un taux d'intérêt inférieur à celui du marché. Il n'y aura aucune conséquence fiscale au Canada. Le paragraphe 17(1) L.I.R. ne s'applique pas dans cette situation, car les conditions de l'exception prévue au paragraphe 17(8) L.I.R. seraient remplies. Dans ce cas, la dépense d'intérêts ultime sera déduite par Canco.

Si l'institution financière qui prête des fonds à Canco exigeait d'US Opco une garantie de remboursement du capital et qu'en retour de cette garantie, US Opco facturait à Canco un montant de frais pour tenir compte de cette garantie, tout paiement fait par Canco à US Opco serait réputé être un paiement d'intérêts sur cet emprunt⁵³. La convention fiscale⁵⁴ entre le Canada et les États-Unis a été modifiée par le cinquième protocole⁵⁵

⁵⁰ Dans la réalité, il arrive souvent que Canco exige un taux légèrement supérieur au taux du marché, pour y inclure une portion de profit qui couvrira certaines fonctions et des risques associés au financement. Cet écart est souvent minime, car l'ARC peut rajuster le taux d'intérêt entre parties liées par le truchement des concepts économiques de prix de transfert et du paragraphe 247(2) L.I.R. qui dépassent le cadre du présent article.

⁵¹ Al. 12(1)c) L.I.R.

⁵² Al. 20(1)c) L.I.R.

⁵³ Al. 214(15)a) L.I.R.

⁵⁴ *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 »).

⁵⁵ *Id.*, par. XI(2) – Intérêts. Voir CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* 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. Ce protocole, qui avait été signé le 21 septembre 2007 par les autorités canadiennes et américaines, a notamment introduit une réduction du taux de retenue d'impôt sur des intérêts, en trois étapes, jusqu'à l'abolition complète. L'application de ce protocole n'a aucune incidence sur les années couvertes par le présent document, soit l'année 1995 jusqu'au 5 août 1997. Pour les structures de financement comme celles décrites à la section 2.2. et encore en place après la date (à suivre...)

entré en vigueur le 15 décembre 2008. Avant le 1^{er} février 2009, une retenue d'impôt de la Partie XIII L.I.R. devait être effectuée, au taux réduit⁵⁶ de la convention, soit 10 %. À compter du 1^{er} février 2009, l'impôt de retenue sur des paiements d'intérêts entre deux sociétés, l'une canadienne et l'autre américaine, sera aboli en vertu du protocole. Si Canco avait emprunté d'une institution financière américaine et si les intérêts payés à cette institution financière avaient été exonérés⁵⁷ de l'obligation de retenue d'impôt de la Partie XIII L.I.R., les frais d'utilisation seraient aussi exonérés⁵⁸ de l'impôt de la Partie XIII L.I.R.

2.3. FINANCEMENT PAR LE TRUCHEMENT D'UNE SOCIÉTÉ DU GROUPE

Afin de mieux gérer les liquidités au sein d'un groupe de sociétés multinationales et ainsi éviter qu'une entité du groupe ait à emprunter à l'extérieur du groupe, alors que des liquidités sont disponibles dans une autre entité du groupe, il arrive fréquemment qu'une filiale soit désignée pour s'occuper du financement global du groupe. Comme les pays n'imposent pas le même fardeau fiscal à leurs sociétés, il devenait intéressant, pour une société canadienne ayant des filiales étrangères, de confier le financement du groupe à une filiale située dans un pays où le taux d'imposition était significativement inférieur à celui du pays étranger où était située une autre filiale qui allait déduire les intérêts sur le financement. Ce résultat est possible en se servant des règles de requalification de certains revenus de biens. Les premières planifications de double déduction d'intérêts ont donc vu le jour et tiraient pleinement profit des différences significatives dans la charge fiscale imposée aux sociétés par les divers pays. La structure visée est reproduite ci-dessous⁵⁹.

(...suite)

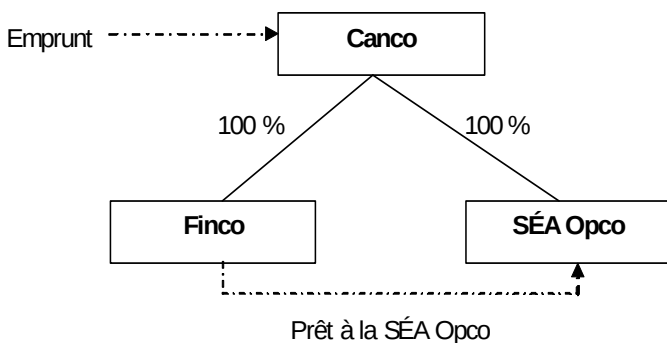
d'entrée en vigueur du cinquième protocole, il n'y aura plus de retenue d'impôt sur les paiements d'intérêts entre les sociétés du Canada et des États-Unis.

⁵⁶ En vertu du paragraphe 212(1) L.I.R., un taux de 25 % doit être retenu. Le paragraphe 10(6) des *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 2 (ci-après « R.A.I.R. ») s'applique pour donner préséance au taux d'impôt maximum prévu dans la convention. Le taux de retenue est réduit à 10 % dans le cas d'un montant d'intérêts.

⁵⁷ Par exemple, si le sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R. s'était appliqué.

⁵⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9216065, « Canada-Germany Income Tax Treaty – guarantee fees (4093 W1 100) », 21 décembre 1992.

⁵⁹ Cette structure classique est toujours applicable aujourd'hui et acceptée par les autorités fiscales canadiennes.



2.3.1. Explication sommaire de la structure

Canco est une société résidant au Canada. Finco est une société résidant dans le pays « A », qui prévoit un faible taux d'impôt dans le cas des sociétés, et avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale. SÉA Opco est une société résidant dans le pays « B », qui prévoit pour les sociétés un taux d'impôt semblable à celui du Canada, et avec lequel le Canada a aussi conclu une convention fiscale.

Canco emprunte d'une institution financière au taux d'intérêt du marché. L'intérêt est déductible dans le calcul du revenu de Canco au Canada, car le but est d'investir la totalité des fonds reçus dans le capital-actions de Finco. Finco prête la totalité des fonds reçus à SÉA Opco, et ce, aux mêmes conditions que le prêt conclu entre Canco et l'institution financière au Canada. Finco inclut donc, dans le calcul de son revenu, les intérêts reçus de SÉA Opco. Finco n'a aucun autre revenu que ce revenu d'intérêts provenant de SÉA Opco. Elle n'a cependant aucune déduction d'intérêts, n'ayant aucune dette.

SÉA Opco, quant à elle, obtient la totalité des fonds qu'elle utilisera pour gagner un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. Les intérêts payés sur cet emprunt sont déductibles dans le pays « B », car ils répondent aux critères de déductibilité de la loi fiscale étrangère.

Bien qu'une dépense d'intérêts soit déduite deux fois sur le plan fiscal, d'un point de vue économique il n'y a qu'une seule déduction d'intérêts. Cette structure de financement ne fait que déplacer, dans Finco, un revenu d'intérêts correspondant au montant d'intérêts déduit par SÉA Opco. Après consolidation des deux entités (Finco et SÉA Opco), le revenu d'intérêts de

Finco annule la dépense d'intérêts dans SÉA Opco, il ne reste qu'une seule déduction d'intérêts pour le groupe, soit celle de Canco. Toutefois, l'avantage de procéder de la sorte est de permettre une déduction à un taux d'impôt élevé mais une imposition à un taux d'impôt faible, ce qui peut réduire significativement le coût de financement total pour le groupe de sociétés.

2.3.2. Implications fiscales

Pour que la structure présentée à la section 2.3. fonctionne, certaines conditions doivent être remplies.

2.3.2.1. Sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R.

Ce sous-alinéa est une disposition importante dans le régime des SÉA. La politique fiscale sous-jacente aux règles de requalification du revenu est de reconnaître que le revenu provenant d'une entreprise exploitée activement peut provenir de plus d'une SÉA du contribuable. Ce faisant, le législateur ne voulait pas que des paiements d'intérêts entre SÉA déclenchent indûment les règles du RÉATB. Ce raisonnement se justifie très bien lorsque les SÉA d'un contribuable résident dans le même pays étranger. Cependant, lorsque les SÉA ne résident pas dans le même pays étranger, il devient très facile pour un contribuable d'utiliser ce sous-alinéa afin de déplacer du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement d'un pays ayant un taux d'imposition élevé vers un autre pays ayant un taux d'imposition très faible.

L'objectif du sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R. est atteint de deux façons. En premier lieu, en permettant de requalifier certains types de revenus, qui seraient considérés comme des revenus de biens, en revenus provenant d'une entreprise exploitée activement lorsque ces montants sont payés entre diverses entités d'un groupe; cela évite que l'entité qui reçoit le montant ait à inclure celui-ci dans le calcul de son RÉATB et en second lieu, en permettant le déplacement d'un montant de « surplus exonéré »⁶⁰ de SÉA Opco à Finco, sans faire perdre à Canco la possibilité de rapatrier les fonds libres d'impôt, par le truchement de la déduction prévue à l'alinéa 113(1)a) L.I.R. En supposant qu'il n'y ait aucun prêt entre Finco et SÉA Opco, le revenu d'entreprise exploitée activement de SÉA Opco serait plus élevé que le montant théorique d'intérêts qui aurait été exigé par Finco à SÉA Opco. Ce montant plus élevé de revenu provenant d'une entreprise exploitée activement entre dans le calcul du surplus exonéré de la société

⁶⁰ Par. 5907(1) « surplus exonéré » R.I.R.

SÉA Opco, permettant ainsi le rapatriement d'un montant plus élevé de dividende puisé à même le compte de surplus exonéré. Le fait de déduire un intérêt sur le prêt octroyé par Finco a comme effet de réduire le surplus exonéré de SÉA Opco. Il serait normal que Finco puisse inclure ce montant dans le calcul de son revenu provenant d'une entreprise exploitée activement et, par conséquent, dans son compte de surplus exonéré afin de ne pas pénaliser Canco parce qu'elle doit financer ses activités à l'étranger.

Comme le montant d'intérêt payé à Finco est un « revenu de biens »⁶¹ pour cette dernière, il serait autrement inclus dans le calcul du « revenu étranger accumulé, tiré de biens »⁶² et ultimement imposable pour Canco dans l'année où Finco le reçoit⁶³. Toutefois, la définition de « revenu de biens » exclut⁶⁴ de son champ d'application le revenu se rapportant à une entreprise exploitée activement et le revenu accessoire à celui-ci. Cette dernière expression se retrouve intégralement dans le corps de la définition de « revenu provenant d'une entreprise exploitée activement »⁶⁵.

Dans le but de préserver le caractère historique du présent document, le sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R. analysé sera celui qui était en vigueur durant la période visée par cet article, soit l'année 1995 jusqu'au 5 août 1997, et correspond à la définition qui existait avant l'adoption du Projet de loi C-28⁶⁶, dont le passage pertinent se lisait comme suit :

« a) est à inclure dans le calcul du revenu, pour une année d'imposition, provenant d'une entreprise exploitée activement d'une société étrangère affiliée d'un contribuable dans laquelle celui-ci a une participation admissible tout au long de l'année, le revenu de la société affiliée pour l'année qui provient de sources situées dans un pays étranger et qui serait par ailleurs un revenu de biens de la société affiliée pour l'année dans la mesure où, selon le cas :

[...]

⁶¹ Par. 95(1) « revenu de biens » L.I.R.

⁶² L'élément A de la formule figurant à la définition de « revenu étranger accumulé, tiré de biens » au paragraphe 95(1) L.I.R.

⁶³ Par. 91(1) L.I.R.

⁶⁴ Sous-alinéa b)(i) de la définition de « revenu de biens » au paragraphe 95(1) L.I.R.

⁶⁵ Par. 95(1) « revenu provenant d'une entreprise exploitée activement » L.I.R.

⁶⁶ Le Projet de loi C-28 est devenu la *Loi d'exécution du budget et de l'énoncé économique de 2007*.

(ii) le revenu est tiré de montants payés ou payables, directement ou indirectement, à la société affiliée ou à une société de personnes dont elle est un associé par l'une des personnes suivantes :

[...]

(B) selon le cas :

(I) une autre société étrangère affiliée du contribuable dans laquelle celui-ci a une participation admissible tout au long de l'année, [...] » (Notre soulignement)

Pour que le montant d'intérêts payé par SÉA Opco à Finco puisse être requalifié en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, toutes les conditions suivantes doivent être remplies. D'abord, Canco doit avoir une « participation admissible »⁶⁷ tout au long de l'année dans Finco. Ensuite, le revenu d'intérêts doit provenir d'une source située dans un pays étranger (donc, ne pas provenir du Canada) et doit par ailleurs être considéré comme un revenu de biens de Finco pour l'année. Le revenu d'intérêts doit aussi être tiré de montants payés ou payables, directement ou indirectement, à une SÉA, en l'occurrence Finco, par une autre SÉA de Canco, soit SÉA Opco, dans laquelle Canco détient aussi une participation admissible tout au long de l'année. Enfin, les montants doivent être déductibles par SÉA Opco dans le calcul de ses gains ou pertes provenant d'une entreprise exploitée activement. Ces conditions étant toutes remplies, le revenu de biens de Finco est requalifié en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, évitant donc toute inclusion, dans le calcul du revenu de Canco pour l'année en cause, de RÉATB.

2.3.2.2. Compte de surplus exonéré

Pour pouvoir rapatrier libres d'impôt au Canada les montants d'intérêts déjà imposés dans Finco, cette dernière doit déclarer et payer un dividende à son unique actionnaire, Canco, qui l'inclura dans le calcul de son revenu⁶⁸. Afin d'éviter toute implication fiscale, Canco voudra avoir droit à la

⁶⁷ Al. 95(2)m) L.I.R. Essentiellement, pour détenir une participation admissible, un contribuable doit détenir, à un moment donné, au moins 10 % des actions donnant droit de vote, dont la juste valeur marchande représente au moins 10 % de la juste valeur marchande de l'ensemble des actions émises et en circulation.

⁶⁸ Al. 12(1)k) et par. 90(1) L.I.R.

déduction⁶⁹ prévue à l'alinéa 113(1)a) L.I.R. Pour ce faire, Canco doit s'assurer que les montants proviennent bien du compte de surplus exonéré de Finco. De façon très sommaire, toute SÉA doit calculer deux types de comptes cumulatifs de surplus, soit le « surplus exonéré »⁷⁰ et le « surplus imposable »⁷¹. Deux conditions majeures sont requises pour que les revenus soient accumulés dans le compte de surplus exonéré⁷². La première exige que la SÉA réside dans un « pays désigné »⁷³, qui est essentiellement un pays avec lequel le Canada a conclu un accord ou une convention fiscale. Cette condition est remplie dans le cas des deux SÉA de la structure ci-dessus. De plus, la société doit générer du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. Comme Finco n'a que des revenus de biens, mais qui sont requalifiés par le sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R. en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, cette condition est aussi remplie. Canco peut donc rapatrier libre d'impôt le total des intérêts reçus par Finco.

2.3.2.3. Résider dans un pays désigné

Finco ne réside pas dans un pays désigné

En supposant que Finco réside dans un pays non désigné, bien que le revenu d'intérêts reçu par Finco soit requalifié en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, ce montant requalifié ne peut s'ajouter au compte de surplus exonéré⁷⁴. Le raisonnement est le suivant.

⁶⁹ De façon sommaire, lorsque le solde du compte de surplus exonéré égale ou dépasse le montant du dividende, le contribuable aura généralement droit à une pleine déduction dans le calcul de son revenu imposable.

⁷⁰ Par. 5907(1) « surplus exonéré » R.I.R.

⁷¹ Par. 5907(1) « surplus imposable » R.I.R.

⁷² L'adoption du Projet de loi C-28 a élargi la notion de surplus exonéré pour inclure le revenu provenant d'une entreprise exploitée activement gagné dans un pays non signataire d'une convention fiscale avec le Canada, mais ayant conclu un accord général d'échange de renseignements fiscaux avec le Canada. Cette notion n'est présentée qu'à titre indicatif, mais n'est toutefois pas pertinente pour la période visée par le présent article, soit de l'année 1995 au 5 août 1997.

⁷³ Par. 5907(11) R.I.R. Ce concept fait l'objet d'une analyse détaillée plus loin dans le présent texte. Voir aussi la définition de « traité fiscal » au paragraphe 248(1) L.I.R.

⁷⁴ Même si Finco réside dans un pays non désigné, ce montant sera toujours considéré comme du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement et, à ce titre, ne sera pas inclus dans le « revenu étranger accumulé, tiré de biens ». Canco n'aura donc pas à s'imposer dans l'année où Finco génère ce revenu.

Le point de départ du calcul des comptes de surplus est le calcul du compte de « gains »⁷⁵. Si une SÉA exploite activement une entreprise dans le même pays que celui où elle réside, elle doit calculer son revenu selon la législation du pays où elle réside⁷⁶. Si elle exploite activement son entreprise dans un pays différent de celui où elle réside, elle doit calculer son revenu selon la législation du pays où l'entreprise est exploitée⁷⁷. Enfin, dans les autres cas, le *Règlement de l'impôt sur le revenu* prévoit que la SÉA doit calculer le revenu de son entreprise exploitée activement comme si la Partie I L.I.R. s'appliquait⁷⁸. Certains redressements⁷⁹ doivent être effectués au montant obtenu par l'une des trois méthodes précédentes. Quant à tout montant ayant été requalifié en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement par l'alinéa 95(2)a) L.I.R., il est ajouté⁸⁰ dans le calcul du solde des « gains », sans redressements. Toutefois, si l'entreprise qui reçoit le revenu est une entreprise de placement, donc qu'elle n'exploite pas activement une entreprise, et si le montant d'intérêts reçu n'est pas requalifié par le sous-alinéa 95(2)a)(ii) L.I.R., il est alors un revenu de biens et, à ce titre, il est d'abord inclus dans le RÉATB puis inclus directement dans le solde du compte de « gains imposables »⁸¹, sans faire l'objet d'un quelconque redressement.

L'étape suivante est la détermination du compte des « gains nets »⁸², c'est-à-dire du compte des « gains » auquel on effectue certaines additions ou soustractions, par exemple la soustraction du montant des impôts sur les bénéfices qu'a payé la SÉA au gouvernement étranger⁸³.

⁷⁵ Par. 5907(1) « gains » R.I.R. Lorsque le solde de ce compte est négatif, le terme « perte » est utilisé et est défini au même paragraphe du règlement.

⁷⁶ Sous-alinéa a)(i) de la définition de « gains » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

⁷⁷ Sous-alinéa a)(ii) de la définition de « gains » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

⁷⁸ Sous-alinéa a)(iii) de la définition de « gains » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

⁷⁹ Par. 5907(2), (2.1), (2.2) et (2.9) R.I.R. L'explication de ces redressements dépasse le cadre du présent document.

⁸⁰ Alinéa b) de la définition de « gains » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

⁸¹ Sous-alinéa b)(ii) de la définition de « gains » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

⁸² Par. 5907(1) « gains nets » R.I.R. Lorsque le solde de ce compte est négatif, l'expression « perte nette » est utilisée et est définie au même paragraphe du règlement.

⁸³ Alinéa a) de la définition de « gains nets » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

Une fois le solde des « gains nets » calculé, la prochaine étape consiste à déterminer dans quel compte se reportera ce solde des « gains nets » : le compte des « gains exonérés »⁸⁴ ou le compte des « gains imposables »⁸⁵. À partir de 1976 et pour les années subséquentes, pour que les « gains nets » puissent entrer dans le calcul du solde des « gains exonérés », la société doit résider dans un pays désigné. Selon l'exemple modifié, comme Finco ne respecte pas cette condition, le montant ne peut pas entrer dans le solde du compte des « gains exonérés » de cette société, et ce, même si SÉA Opco l'a déduit dans le calcul de son revenu d'entreprise exploitée activement et, par conséquent, du solde de son compte de surplus exonéré. Le montant entre donc dans le solde du compte « gains imposables ».

Enfin, les comptes de « gains exonérés » et de « gains imposables » entrent respectivement dans les comptes cumulatifs de « surplus exonéré »⁸⁶ et de « surplus imposable »⁸⁷.

Si Finco versait un dividende à Canco, cette dernière n'aurait plus droit à la déduction prévue à l'alinéa 113(1)a) L.I.R., mais elle aurait toutefois droit à celle prévue aux alinéas 113(1)b) et 113(1)c) L.I.R.

Nature de l'entreprise de Finco

En revenant aux données de base de l'exemple pour Finco (montant requalifié, résidence dans un pays désigné), la conclusion reste la même, que Finco soit une « entreprise de placement »⁸⁸ ou une « entreprise exploitée activement »⁸⁹. Il en est ainsi, car même si la totalité du revenu que Finco

⁸⁴ Par. 5907(1) « gains exonérés » R.I.R. Lorsque le solde de ce compte est négatif, l'expression « perte exonérée » est utilisée et est définie au même paragraphe du règlement.

⁸⁵ Par. 5907(1) « gains imposables » R.I.R. Lorsque le solde de ce compte est négatif, l'expression « perte imposable » est utilisée et est définie au même paragraphe du règlement.

⁸⁶ Par. 5907(1) « surplus exonérés » R.I.R. Lorsque le solde de ce compte est négatif, l'expression « déficit exonéré » est utilisée et est définie au même paragraphe du règlement.

⁸⁷ Par. 5907(1) « surplus imposable » R.I.R. Lorsque le solde de ce compte est négatif, l'expression « déficit imposable » est utilisée et est définie au même paragraphe du règlement.

⁸⁸ Par. 95(1) « entreprise de placement » L.I.R.

⁸⁹ Par. 95(1) « entreprise exploitée activement » L.I.R.

générait entrainé dans la définition de « revenu de biens »⁹⁰, le revenu d'intérêts en provenance de la SÉA Opco est, quant à lui, requalifié en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. Cette requalification ne dépend aucunement du statut de l'entreprise de Finco.

2.3.2.4. Entreprise de placement

De façon sommaire, une « entreprise de placement »⁹¹ est une entreprise dont le principal objet est de tirer un revenu de biens (intérêts, dividendes, loyers, redevances et montants semblables), un revenu de l'assurance ou de la réassurance de risques, un revenu provenant de l'affacturage de comptes clients ou des bénéfices de la disposition de « biens de placement »⁹². Il existe cependant trois conditions pour s'exclure de cette règle générale. Ces conditions doivent toutes être réunies pour que l'entreprise puisse se dégager du champ d'application de la définition d'« entreprise de placement ».

La première condition⁹³ comporte deux volets. Le premier est que toute entreprise de la SÉA menée principalement par des personnes ayant un lien de dépendance ne remplit pas la première condition. L'entreprise est donc considérée comme une entreprise de placement. Il est important de noter que le test se fait entre personnes ayant un lien de dépendance⁹⁴ (y compris un lien de fait) et non pas seulement avec des personnes liées⁹⁵. Le terme « principalement » n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais l'ARC a toujours indiqué⁹⁶ que ce terme doit s'interpréter comme signifiant

⁹⁰ Par. 95(1) « revenu de biens » L.I.R.

⁹¹ Par. 95(1) « entreprise de placement » L.I.R. L'alinéa b) de cette définition a été modifié et l'alinéa c) a été ajouté par L.C. 2007, c. 35, par. 26(8), applicable aux années d'imposition d'une SÉA d'un contribuable se terminant après 1999. Si un contribuable en fait le choix dans un document qu'il présente au ministre du Revenu national au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour son année d'imposition qui comprend 14 décembre 2007, ces modifications s'appliquent aux années d'imposition de l'ensemble de ses SÉA commençant après 1994. En l'absence du choix mentionné, la définition antérieure était en vigueur, soit celle adoptée par les modifications de 1995.

⁹² Par. 95(1) « bien de placement » L.I.R.

⁹³ Alinéa a) de la définition d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) L.I.R.

⁹⁴ Al. 251(1)c) L.I.R.

⁹⁵ Par 251(2) et al. 251(1)a) L.I.R.

⁹⁶ Entre autres, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-147R3, « Déduction pour amortissement – Amortissement accéléré des machines et du matériel de fabrication et de transformation », 14 septembre 1992, par. 11.

« plus de 50 % ». Le deuxième volet a trait au type d'entreprises qui ne sont pas considérées comme une entreprise de placement même si les autres conditions de la définition d'entreprise de placement sont remplies. Il s'agit d'une banque étrangère, d'une société de fiducie, d'une caisse de crédit, d'une compagnie d'assurances, d'un négociateur ou courtier en valeurs mobilières ou en marchandises dont les activités sont réglementées dans le pays où l'entreprise est principalement exploitée⁹⁷, ainsi que d'une entreprise qui 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 réassurer des risques⁹⁸.

La deuxième condition pour ne pas être une entreprise de placement, qui s'est ajoutée après l'adoption du Projet de loi C-28⁹⁹, est que la SÉA doit exploiter l'entreprise autrement qu'à titre d'associé d'une société de personnes¹⁰⁰ ou exploiter cette entreprise à titre d'associé admissible d'une société de personnes¹⁰¹. De plus, elle introduit le terme « exploitant », qui est aussi pertinent pour la troisième condition, pour regrouper en un seul terme à la fois la société et la société de personnes dont il est question dans cette deuxième condition.

La troisième condition pour ne pas être une entreprise de placement est qu'un exploitant emploie plus de cinq personnes à plein temps pour assurer la conduite active de l'entreprise. Implicitement, cette troisième exception comporte deux sous-conditions qui doivent être remplies. Non seulement l'exploitant doit employer plus de cinq personnes à plein temps, mais ces employés doivent travailler activement dans l'entreprise en question.

Il a toujours existé une incertitude quant à l'interprétation de l'expression « plus de cinq employés à plein temps ». S'agit-il d'un critère exigeant six employés à plein temps ou un sixième employé mais à temps partiel suffirait pour remplir cette condition? Les premières interprétations

⁹⁷ Sous-alinéa a)(i) de la définition d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) L.I.R.

⁹⁸ Sous-alinéa a)(ii) de la définition d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) L.I.R.

⁹⁹ *Supra*, note 91.

¹⁰⁰ Sous-alinéa b)(i) de la définition d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) L.I.R.

¹⁰¹ Sous-alinéa b)(ii) de la définition d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) L.I.R.

sont d'abord apparues dans le contexte de la déduction accordée aux petites entreprises¹⁰². L'ARC a ensuite indiqué¹⁰³ que l'interprétation à donner à l'expression « plus de cinq employés à plein temps », aux fins de la définition d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) L.I.R., serait la même que celle donnée aux fins de la définition d'« entreprise de placement déterminée »¹⁰⁴ au paragraphe 125(7) L.I.R. dans le contexte de la déduction accordée aux petites entreprises. Pendant de nombreuses années, l'interprétation de cette expression qu'avait faite l'ARC était très littérale et se fondait sur des principes émanant de la jurisprudence¹⁰⁵. Lorsqu'il était question de plus de cinq employés à plein temps, une personne additionnelle à la cinquième devait nécessairement être employée à plein temps. Dans la situation où un employé ne travaillait pas « tous les jours ouvrables de l'année », le seuil de six employés à plein temps n'était pas atteint¹⁰⁶. La définition d'entreprise de placement au paragraphe 95(1) L.I.R. prévoit une possibilité supplémentaire quant aux employés à plein temps en ajoutant l'expression « l'équivalent de plus de cinq personnes à temps plein »¹⁰⁷. Le mot « équivalent » s'interprète comme permettant que le cumul des horaires d'employés à temps partiel soit accepté si ce cumul équivalait à l'horaire de six employés à plein temps.

Récemment, l'ARC a modifié son interprétation à la suite du jugement de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *489599 B.C. Ltd. c. La Reine*¹⁰⁸, où la société en cause employait cinq employés à plein temps et

¹⁰² Par. 125(1) L.I.R. Cette expression se retrouve dans deux définitions contenues au paragraphe 125(7) L.I.R., soit celles d'« entreprise de placement déterminée » et d'« entreprise de prestation de services personnels ».

¹⁰³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9530400, « Meaning of "Investment business" (part-time employee) », 6 décembre 1995.

¹⁰⁴ Alinéa a) de la définition d'« entreprise de placement déterminée » au paragraphe 125(7) L.I.R. La politique fiscale sous-jacente à cet alinéa est similaire à celle du sous-alinéa c)(i) de la définition d'« entreprise de placement », au paragraphe 95(1) L.I.R. Toutes deux comportent une exigence que l'entreprise emploie plus de cinq employés à plein temps tout au long de l'année.

¹⁰⁵ Voir entre autres *Diane Baker, Bronwen Lapointe, Michael Stone, and Town Properties Ltd. c. La Reine*, 2005 D.T.C. 5266 (C.A.F.) et *La Reine c. Hughes & Co. Holdings Ltd.*, 94 D.T.C. 6511 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁰⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, « Déduction accordée aux petites entreprises », 25 mars 2002, par. 15.

¹⁰⁷ Sous-alinéa c)(ii) de la définition d'« entreprise de placement » au paragraphe 95(1) L.I.R.

¹⁰⁸ 2008 D.T.C. 4107 (C.C.I.).

deux employés à temps partiel. La Cour a conclu qu'une entreprise qui comptait cinq employés à plein temps plus un ou plusieurs employés à temps partiel remplissait la condition d'avoir « plus de cinq employés à plein temps ». L'ARC s'est ralliée à cette interprétation¹⁰⁹.

Quant à la deuxième sous-condition, à savoir que les employés à plein temps doivent travailler activement dans l'entreprise en question, certaines précisions doivent être apportées. Les mots utilisés dans la deuxième sous-condition ont été introduits pour s'assurer que l'entreprise active nécessite réellement plus de cinq employés à plein temps pour être exploitée adéquatement. Autrement dit, si une entreprise nécessitait cinq employés ou moins pour bien fonctionner, mais qu'un ou que des employés additionnels étaient embauchés sur papier seulement dans le but de répondre à la sous-condition, ces derniers ne seraient pas nécessaires pour « assurer la conduite active de l'entreprise », faisant en sorte que la sous-condition ne soit pas remplie. Les employés de l'entreprise doivent donc être actifs au sein de l'entreprise et celle-ci doit avoir un besoin réel et factuel de tous ses employés.

Si une SÉA exploitait plus d'une entreprise, mais qu'au total, elle disposait de six employés à plein temps ou plus, chaque entreprise distincte devrait se voir attribuer les employés en termes d'équivalent temps plein. Il en est ainsi car le calcul du revenu doit se faire par source et chaque entreprise représente une source distincte¹¹⁰. Dans une interprétation technique¹¹¹, l'ARC s'est prononcée sur les critères qu'elle appliquera aux fins de déterminer si deux entreprises ou plus exploitées par une SÉA sont similaires ou distinctes. Bien que l'ARC considère qu'il s'agit d'une question de fait, elle examinera le degré de corrélation, d'entrelacement ou d'interdépendance entre les opérations des entreprises et appliquera les divers critères et lignes directrices indiqués dans la dernière version du *Bulletin d'interprétation IT-206*¹¹².

¹⁰⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-029916117, « Five Employees », 14 décembre 2008. Voir aussi TAX EXECUTIVES INSTITUTE, INC., Income Tax Questions, n° 5, 9 décembre 2008 (en ligne : <http://www.tei.org/resource.phx/public/index.htx>).

¹¹⁰ Par. 4(1) L.I.R.

¹¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9514550, « Foreign affiliate – investment business (6363-1) », 31 mai 1995.

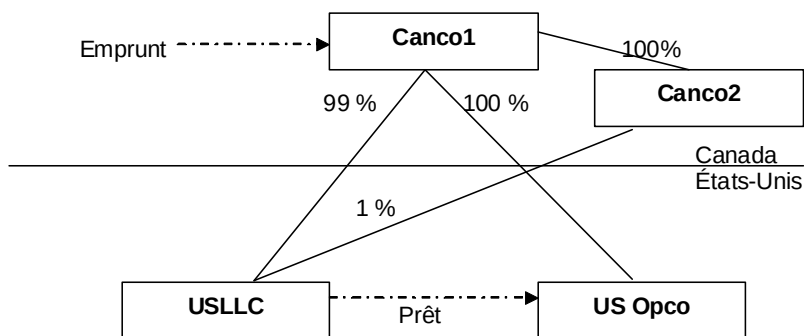
¹¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-206R*, « Entreprises distinctes », 29 octobre 1979.

Dans la structure évoquée à la section 2.3., Finco entre dans le champ d'application de la définition d'« entreprise de placement », car le principal objet de l'entreprise consiste à tirer un revenu de biens, et la première et la troisième conditions pour être exclu du champ d'application de la définition ne sont pas remplies. Tel qu'il a été mentionné précédemment, cela ne change en rien la nature du revenu provenant de SÉA Opco, qui est considéré comme un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement pour Finco.

3. STRUCTURES DE DOUBLE DÉDUCTION D'INTÉRÊTS

3.1. STRUCTURE DE FINANCEMENT DE DOUBLE DÉDUCTION D'INTÉRÊTS CLASSIQUE

Voici une telle structure, dans sa forme classique. Cette structure n'est plus utilisée aujourd'hui, eu égard à l'introduction des règles américaines du 5 août 1997, expliquées à la section 3.3.2.



3.1.1. Explication sommaire de la structure

Canco1 constituait une nouvelle société, Canco2. Canco1 empruntait des fonds d'une institution financière canadienne. Canco1 pouvait déduire la dépense d'intérêts sur cet emprunt, si celle-ci répondait aux conditions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Il s'agissait de la première déduction d'intérêts. Canco1 investissait la quasi-totalité (99 %) des fonds empruntés dans le capital-actions d'une USLLC, une entité qui était considérée comme une

société aux fins canadiennes. Canco1 prêtait à Canco2, sans intérêts¹¹³, le solde du prêt non encore investi, soit 1 %. Canco2 investissait ce montant dans le capital-actions d'USLLC et détenait alors 1 % des droits de vote¹¹⁴. Canco1 et Canco2 détenaient donc un pourcentage d'intérêt¹¹⁵ respectif de 99 % et de 1 % dans USLLC. À ce titre, USLLC était considérée comme une SÉA tant de Canco1 que de Canco2.

Aux États-Unis, de nouvelles règles générales de classification des entités¹¹⁶ sont entrées en vigueur¹¹⁷ le 1^{er} janvier 1997. La classification par défaut d'une entité existant avant le 1^{er} janvier 1997 est la classification dont elle a fait le choix immédiatement avant cette date. Pour les entités créées le 1^{er} janvier 1997 ou après cette date, si aucun choix « cochez-la-case » n'est effectué, une entité avec deux membres ou plus est considérée, par défaut, comme une société de personnes. Une entité à un seul membre est une entité transparente et est traitée comme une entreprise à propriétaire unique. Une USLLC sera imposée comme une société de personnes ou comme une entité transparente, à moins qu'elle fasse le choix d'être considérée comme une société.

Dans la structure de financement classique de double déduction d'intérêts, Canco2 était nécessaire pour s'assurer qu'USLLC ait deux membres et, en ne faisant pas le choix d'être considérée comme une société,

¹¹³ Les paragraphes 80.4(2) et 15(2) L.I.R. excluent de leur champ d'application respectif les prêts entre sociétés résidant au Canada. Il n'y a donc aucune conséquence fiscale canadienne pour les prêts entre sociétés résidant au Canada.

¹¹⁴ Ce pourcentage est à titre indicatif uniquement, il pourrait prendre une autre valeur. Toutefois, un pourcentage de moins de 1 % ferait en sorte qu'USLLC ne soit plus considérée comme une SÉA de Canco2.

¹¹⁵ Par. 95(4) « pourcentage d'intérêt » L.I.R.

¹¹⁶ 2007 U.S. Master Tax Guide, Chicago, CCH, novembre 2006, n° 402A.

¹¹⁷ Les règles générales suivantes de classification des entités étaient utilisées jusqu'au 31 décembre 1996. La plupart des entités se qualifiant de société de personnes étaient admissibles au choix des règles dites « cochez-la-case » (*check-the-box rules*) pour ainsi être considérées comme une société. Chaque entité qui n'était pas considérée comme une société aux fins fédérales américaines pouvait choisir son type de classification. Une entité avec deux membres ou plus pouvait être considérée comme une société de personnes ou comme une association qui serait imposée comme une société. Une entité à un seul membre pouvait faire le choix d'être imposée comme une société ou ne faire aucun choix et ainsi être considérée comme une entité transparente (*disregarded entity*) distincte de son propriétaire. Une USLLC à un seul membre ne pouvait faire le choix d'être considérée comme une société de personnes, car cette dernière doit avoir au moins deux associés pour se voir attribuer ce statut.

soit considérée comme une société de personnes aux fins américaines. USLLC, quant à elle, prêtait la totalité des fonds reçus de Canco1 et Canco2 à US Opco, à un taux d'intérêt équivalant à celui du marché, qui utilisait ces fonds pour générer du revenu d'entreprise exploitée activement. À ce titre, US Opco pouvait déduire du revenu américain cette dépense d'intérêts, qui représentait la deuxième déduction d'intérêts. USLLC recevait les intérêts sur le prêt à US Opco et les incluait dans le calcul de son revenu. USLLC déclarait et payait un dividende à ses deux actionnaires, d'un montant équivalent à celui des intérêts reçus.

3.1.2. Implications fiscales américaines

Étant donné qu'US Opco utilisait les fonds pour générer un revenu d'entreprise exploitée activement, ceux-ci étaient déductibles dans le calcul du revenu américain¹¹⁸.

USLLC, n'ayant pas fait le choix d'être considérée comme une société, était considérée par défaut comme une société de personnes et, à ce titre, était considérée comme une entité transparente. Lorsqu'elle recevait le montant des intérêts, elle l'incluait dans le calcul de son revenu, mais n'étant pas imposable aux États-Unis, elle n'avait pas d'impôt sur le revenu à payer sur ce montant. Il n'y avait donc eu qu'une seule déduction du montant de ces intérêts aux États-Unis, sans inclusion dans le calcul du revenu ni imposition du même montant dans ce pays.

Les revenus d'intérêts reçus par une société de personnes (entité transparente) étaient considérés avoir été reçus par les associés de la société de personnes, et ce, en proportion de leur participation respective aux revenus. La loi fiscale américaine prévoyait un impôt de retenue sur certains paiements effectués ou réputés effectués d'un résident américain à un non-résident (l'équivalent de l'impôt de la Partie XIII L.I.R. au Canada). Le taux de retenue d'impôt de base aux États-Unis était de 30 %, mais la convention prévoyait que le taux de retenue était réduit à 10 % dans le cas d'un montant d'intérêts¹¹⁹.

¹¹⁸ I.R.C. § 163(a).

¹¹⁹ *Supra*, note 55.

3.1.3. Implications fiscales canadiennes

Afin que cette structure procure les avantages recherchés par la société canadienne, les conditions suivantes devaient être remplies. D'abord, USLLC devait se qualifier à titre de SÉA et, par le fait même, ne pas résider au Canada. À ce titre, USLLC donnait accès à Canco1 et Canco2 à ses comptes de surplus prévus par les règles des SÉA. Ensuite, USLLC devait être considérée comme une société aux fins fiscales canadiennes. L'ARC a publié plusieurs interprétations concernant le traitement de telles sociétés¹²⁰. Enfin, le revenu d'intérêts qu'USLLC recevait d'US Opco devait être considéré comme du « revenu provenant d'une entreprise exploitée activement »¹²¹ et, par conséquent, ne pas être considéré comme du « revenu étranger accumulé, tiré de biens »¹²². Lorsque les conditions ci-dessus étaient remplies, la structure en place permettait une double déduction pour un même montant d'intérêts. Certains concepts, dont ceux sous-jacents aux conditions précédentes, seront examinés en détail dans les sections qui suivent.

3.1.3.1. Résidence de la société étrangère affiliée (USLLC)

À l'origine, pour pouvoir affirmer que la société étrangère résidait dans un pays donné, elle n'avait qu'à répondre au test de la résidence établie par la common law, soit celui du lieu de son centre de direction et de contrôle. Pour les années d'imposition d'une SÉA qui commencent après 1995, le paragraphe 5907(11.2) R.I.R. a été introduit, faisant en sorte d'ajouter un deuxième test de résidence, soit celui de résider dans un « pays désigné »¹²³ aux fins d'un accord ou d'une convention (communément appelé « test de résidence de la convention »). Un « pays désigné » est essentiellement un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale. L'ARC a

¹²⁰ Entre autres, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 941750, « Limited Liability Company », 25 octobre 1994, dans laquelle une USLLC constituée dans les États de la Floride, du Wyoming, du Delaware et de l'Indiana sera considérée comme une société aux fins canadiennes, et ce, nonobstant le fait qu'elle soit considérée comme une entité transparente ou une société de personnes par les autorités fiscales américaines. L'ARC a publié de nombreuses interprétations techniques sur ce sujet, dont le recensement de celles-ci dépasse le cadre du présent document.

¹²¹ Par. 95(1) « revenu provenant d'une entreprise exploitée activement » L.I.R.

¹²² Par. 95(1) « revenu étranger accumulé, tiré de biens » L.I.R.

¹²³ Par. 5907(11) R.I.R.

confirmé¹²⁴ que ces deux tests doivent être remplis pour que les revenus d'USLLC puissent répondre aux conditions posées par la définition de « gains exonérés » et ainsi faire partie du compte de « surplus exonéré ».

Test de résidence de la common law

À partir de l'année 1976, une des conditions nécessaires pour que les « gains »¹²⁵ ou les « pertes »¹²⁶ d'une SÉA puissent ultimement être qualifiés de « gains exonérés »¹²⁷ ou de « pertes exonérées »¹²⁸ et ainsi faire partie du « surplus exonéré »¹²⁹ était que la SÉA réside dans un pays « énuméré ». Le paragraphe 5907(11) R.I.R., tel qu'il se lisait avant 1996, fournissait une liste des pays « énumérés ». La plupart de ces pays, mais non la totalité, étaient des pays avec lesquels le Canada avait conclu une convention fiscale.

La résidence d'une société est située à l'endroit où se trouve son centre de direction et de contrôle et cette détermination est une question de fait. Ce principe a été établi dans l'arrêt *De Beers Consolidated Mines, Ltd. c. Howe*¹³⁰ rendu par la Chambre des Lords. La raison pour laquelle il existe peu de jurisprudence à ce sujet s'explique, à notre avis, d'abord parce que dans un groupe de sociétés d'une entreprise multinationale, les différentes filiales situées dans des pays étrangers ont souvent leur propre conseil d'administration composé de gens compétents qui voient à la direction de l'entité dans leur pays respectif. Ces filiales jouissent d'une certaine autonomie qui atteint un seuil où la remise en question du centre de direction ne se pose pas. Ensuite, étant une question de fait, la quantité d'informations requises afin de démontrer que le centre de décision est effectivement au Canada est quelque chose d'ardu et ouvre certainement la porte à une solide

¹²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9619090, « Resident in designated treaty country », 30 mai 1996.

¹²⁵ Par. 5907(1) « gains » R.I.R.

¹²⁶ Par. 5907(1) « perte » R.I.R.

¹²⁷ Par. 5907(1) « gains exonérés » R.I.R.

¹²⁸ Par. 5907(1) « perte exonérée » R.I.R.

¹²⁹ Par. 5907(1) « surplus exonéré » R.I.R. Il est intéressant de noter que la définition de « déficit exonéré » n'a été adoptée qu'en 1997 par C.P. 1997-1670, DORS/97-505, en date du 20 novembre 1997, applicable aux années d'imposition d'une SÉA d'un contribuable qui commencent après 1994.

¹³⁰ [1906] A.C. 455, 458 (H.L.). L'analyse en profondeur de la notion de résidence d'une société dépasse le cadre du présent document.

argumentation avec les contribuables et leurs représentants. Enfin, et c'est peut-être la raison la plus importante, advenant le cas où une entreprise canadienne détiendrait une filiale qui a été constituée aux États-Unis par exemple et que l'ARC déterminerait que le centre de direction et de contrôle était situé au Canada, la filiale américaine serait réputée résider au Canada. Elle serait considérée comme résidente dans les deux pays et, par conséquent, assujettie à l'impôt sur son revenu mondial dans les deux pays. Pour éviter la double imposition et trancher dans quel pays réside une société, il faut se référer au paragraphe 3 de l'article IV de la convention¹³¹, qui prévoit qu'une société sera « considérée comme un résident de l'État contractant où elle a été créée en vertu de la législation en vigueur dans cet État ». Elle sera donc ultimement réputée résider aux États-Unis seulement. Le raisonnement repose sur le fait que l'entité étrangère est une société et qu'elle est reconnue comme une société par les deux pays, entrant ainsi dans le champ d'application de la convention fiscale.

Avec un résultat de la sorte, il était très facile pour un contribuable qui était actionnaire d'une société étrangère constituée dans un pays avec lequel le Canada a signé une convention fiscale de ne pas avoir son centre de direction et de contrôle dans ce pays si la convention comportait une telle règle de bris d'égalité de double résidence. Dans un cas semblable, tout en ayant son centre de direction au Canada, un contribuable pouvait rapatrier les fonds de ses filiales étrangères par le truchement de dividendes payés à même le surplus exonéré, d'où la nécessité pour le législateur de prévoir que le centre de direction et de contrôle soit dans le pays étranger.

Comme il a été mentionné dans la section 3.1.3.1. du présent texte, avant 1996, le test de la résidence était seulement celui de la résidence de la common law. Il devenait alors facile pour un contribuable résidant au Canada de constituer une société dans un pays qui n'était pas un pays « énuméré » et d'exploiter une entreprise active dans ce même pays, qui pouvait être un paradis fiscal. Dans ce dernier cas, une SÉA n'avait qu'à s'assurer que son centre de direction et de contrôle était situé dans un pays « énuméré », notamment par la tenue des réunions annuelles du conseil d'administration. En conséquence, ses bénéfices tirés d'une entreprise qui étaient peu ou qui n'étaient pas imposés pouvaient alors se qualifier de « gains exonérés », de même que tout revenu requalifié par l'alinéa 95(2)a)

¹³¹ Convention, précité, note 54. Les diverses conventions fiscales conclues avec le Canada ne comportent pas toutes ce critère de bris d'égalité. Le lecteur est prié de consulter la convention fiscale appropriée afin de s'assurer des règles applicables pour déterminer dans quel pays la société sera réputée résider.

L.I.R., et ainsi être rapatriés sans impôt au Canada, par le truchement de la déduction prévue à l'alinéa 113(1)a) L.I.R.

Afin de contrer cette forme d'abus, le législateur a d'abord abrogé le concept de « pays énuméré » pour le remplacer par celui de « pays désigné »¹³² qui n'inclut que des pays avec lesquels le Canada a conclu un accord ou une convention fiscale visant l'élimination de la double imposition. Il a ensuite introduit le concept de résidence aux fins d'une convention, qui sera examiné en détail dans la prochaine section.

Pour en revenir à la structure de financement de double déduction d'intérêts, USLLC n'avait pas fait le choix d'être considérée comme une société et, par conséquent, était une entité transparente aux fins américaines. Bien qu'en général, les autorités fiscales canadiennes reconnaissent qu'une USLLC soit une société aux fins fiscales canadiennes, et ce, nonobstant son statut aux États-Unis, elle n'est pas une entité reconnue aux fins fiscales américaines. Comme une entité transparente n'est assujettie d'aucune façon à l'impôt sur son revenu aux États-Unis, elle ne se qualifie donc pas comme une « personne »¹³³ aux fins de la convention et ne peut jouir de la protection de celle-ci.

USLLC se retrouvait donc dans une position à risque, car s'il était déterminé que son centre de direction et de contrôle était situé au Canada, et qu'elle était considérée résider au Canada, elle n'avait pas accès à la protection de la convention fiscale et, par conséquent, au paragraphe 3 de l'article IV cité précédemment. Elle était alors imposée au Canada sur son revenu mondial, annulant tous les avantages de la structure de double imposition mise en place. Il est donc fondamental que le centre de direction et de contrôle soit effectivement situé aux États-Unis, et qu'USLLC soit effectivement une société gérée et contrôlée à partir des États-Unis, et non seulement une entité « sur papier » ne servant qu'aux fins du financement d'US Opco.

Test de résidence de la convention

Le législateur a ajouté un deuxième test de résidence, soit celui communément appelé « test de la résidence de la convention », applicable aux années d'imposition 1995 et suivantes. Essentiellement, pour remplir ce

¹³² Par. 5907(11) L.I.R., tel qu'il se lira après 1995.

¹³³ Convention, précité, note 54, art. I.

test, la SÉA doit résider dans un pays désigné, et ce, aux fins de l'application de l'accord ou de la convention. Ce deuxième test est défini au paragraphe 5907(11.2) R.I.R. et est fondamental pour que la société canadienne ait accès au compte de surplus exonéré de la SÉA.

Le passage introductif du paragraphe 5907(11.2) R.I.R., écrit à la négative, édicte qu'une SÉA d'une société est réputée ne pas résider dans un pays désigné, sauf dans le cas où, **pour l'application de l'accord ou de la convention** visé au paragraphe 5907(11) R.I.R. et intervenu entre le Canada et ce pays, l'une des conditions prévues aux alinéas 5907(11.2)a) à d) R.I.R. est remplie. Même si le test de résidence de common law était rempli, la SÉA serait tout de même réputée ne pas résider dans le pays désigné, à moins qu'elle y réside pour l'application de l'accord ou de la convention. Pour l'application d'un accord ou d'une convention fiscale, une SÉA doit être assujettie à l'impôt dans ce pays en vertu du régime fiscal le plus complet de ce pays. Cela s'entend généralement de l'imposition de son revenu mondial dans ce pays. Avec ce deuxième test, une SÉA constituée dans un paradis fiscal et exploitant une entreprise dans ce même pays ne pouvait plus déplacer son centre de direction et de contrôle dans un pays désigné. Il en est ainsi car la SÉA n'était assujettie à aucune imposition dans ce pays « désigné » et, par conséquent, ne pouvait donc être considérée comme un résident de ce pays, au sens de la convention ou de l'accord¹³⁴. Ce deuxième test allait mettre un frein à ce type d'abus.

Dans la structure classique de double déduction d'intérêts, en supposant que le test de résidence de la common law a été rempli, le fait qu'USLLC était une entité transparente aux fins américaines faisait en sorte qu'elle n'était pas considérée comme une « personne »¹³⁵ aux fins de la convention fiscale et, par conséquent, n'était pas protégée par cette dernière. Elle ne remplissait donc pas la condition requise pour le test de résidence de la convention et, dès lors, la société canadienne n'aurait pas droit au surplus

¹³⁴ Al. 5907(11.2)a) R.I.R.

¹³⁵ Le terme « personne » est défini à l'alinéa III(1)e) de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis et comprend les personnes physiques, les successions, les fiducies, les sociétés et tout autre groupement de personnes. L'alinéa III(1)f) prévoit que le terme « société » désigne toute personne morale ou toute autre entité qui est considérée comme une personne morale aux fins d'imposition. Il appert donc que n'étant pas considérée comme une société aux fins américaines et n'étant assujettie d'aucune façon à l'impôt américain, elle ne répond pas aux exigences de l'alinéa III(1)f) et n'entre pas non plus dans les définitions des autres entités énumérées à l'alinéa III(1)e) de cette même convention. Par conséquent, la convention fiscale ne s'applique pas aux entités transparentes.

exonéré de cette SÉA, n'eût été l'exception prévue à l'alinéa 5907(11.2)b) R.I.R. Ce dernier prévoit que « la société affiliée résiderait dans le pays désigné à ce moment si elle était considérée comme une personne morale aux fins de l'impôt sur le revenu de ce pays ». Si USLLC n'avait pas fait le choix d'être considérée comme une société aux États-Unis, elle résiderait alors quand même dans ce pays. C'est en vertu de cet alinéa que Canco1 et Canco2 avaient accès au compte de surplus exonéré d'USLLC. Il convient de noter que cet alinéa n'est utile qu'aux fins de l'accès au compte de surplus exonéré et ne vient nullement réputer qu'USLLC soit résidente des États-Unis à d'autres fins. De plus, si le test de résidence de la convention n'était pas réalisé, Canco1 et Canco2 auraient toujours accès aux comptes de surplus imposable et de surplus antérieur à l'acquisition d'USLLC, si les autres conditions étaient remplies.

3.1.3.2. Exploiter une entreprise active

Pour qu'une société résidant au Canada ait droit au surplus exonéré d'une SÉA, le revenu de cette dernière doit remplir les conditions visées à la fois par la définition de « gains »¹³⁶ et par celle de « gains exonérés »¹³⁷. À la définition de « gains », le revenu doit soit provenir d'une entreprise exploitée activement dans un pays¹³⁸, soit avoir été requalifié¹³⁹ par l'alinéa 95(2)a) L.I.R. Ces deux conditions se trouvent aussi respectivement aux sous-alinéas 5907(1)d)(i) et (ii) R.I.R. de la définition de « gains exonérés ». Pour être considérée comme exploitant une entreprise dans un pays autre que le Canada¹⁴⁰, une SÉA doit l'exploiter par le truchement d'un établissement permanent situé dans ce pays. Si l'entreprise est exploitée au Canada¹⁴¹, son revenu doit être assujéti à l'impôt de la Partie I L.I.R. Le sens à donner à l'expression « établissement permanent » dépend de l'existence ou non d'un traité fiscal entre le Canada et le pays en question. Si un traité fiscal existe, le

¹³⁶ *Supra*, note 75.

¹³⁷ *Supra*, note 84. Il convient de noter que le « pays » n'a pas à être un « pays désigné ».

¹³⁸ Alinéa a) de la définition de « gains » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

¹³⁹ Alinéa b) de la définition de « gains » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

¹⁴⁰ Al. 5906(1)a) R.I.R.

¹⁴¹ Al. 5906(1)b) R.I.R. L'exigence d'exploiter l'entreprise par le truchement d'un établissement permanent est absente lorsque l'entreprise est exploitée au Canada. Seul l'assujettissement à la Partie I L.I.R. est exigé.

sens à lui donner est celui de la définition d'« établissement stable »¹⁴², donnée par le traité. En l'absence d'un traité fiscal, le sens à lui donner est celui qui se retrouve au paragraphe 400(2) R.I.R., qui est très similaire au sens donné par les diverses conventions fiscales, mais utilisé dans le contexte de l'attribution provinciale du revenu imposable d'une société.

3.1.3.3. Revenu provenant d'une entreprise exploitée activement

Historique

Avant 1996, il n'existait aucun critère édicté par la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui permettait de distinguer un revenu de biens d'un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. Ces critères provenaient de la jurisprudence¹⁴³ et apportaient des éclaircissements sur la nature du revenu. Tant aux fins de l'impôt interne canadien qu'aux fins du régime des SÉA, la jurisprudence tendait à favoriser le revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. Cette tendance affaiblissait l'application des règles régissant les SÉA et les contribuables invoquaient régulièrement la jurisprudence afin de s'assurer que les revenus provenant d'une SÉA étaient bien des revenus provenant d'une entreprise exploitée activement.

En 1991, la Cour canadienne de l'impôt a rendu une décision dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage Co. c. MRN*¹⁴⁴, décision dans laquelle elle considérait que le revenu provenant de la filiale de Canada Trustco située aux Pays-Bas (ci-après « filiale ») provenait d'une entreprise active. Bien que les fonctions de recouvrement de certains paiements hypothécaires effectuées étaient de nature plus passive qu'active et que la filiale n'avait aucun employé ni aucun établissement, la cour a tout de même tranché en faveur du contribuable. La Cour fédérale, division de première instance, a confirmé cette décision¹⁴⁵ par un jugement rendu en 1999. Les tribunaux ont

¹⁴² Dans la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, c'est l'article V, « Établissement stable », qui définit la notion d'« établissement permanent » aux fins du paragraphe 5906(2) R.I.R.

¹⁴³ Le lecteur est prié de consulter, entre autres, les arrêts *La Reine c. Rockmore Investments Ltd.*, 76 D.T.C. 6156 (C.A.F.); *La Reine c. M.R.T. Investments Ltd.*, 76 D.T.C. 6158 (C.A.F.); *E.S.G. Holdings Ltd. c. La Reine*, 76 D.T.C. 6158 (C.A.F.); *Ensité Ltd. c. La Reine*, 86 D.T.C. 6521 (C.S.C.) ainsi que *Canadian Marconi Co. c. La Reine*, 86 D.T.C. 6526 (C.S.C.). Cette liste n'est pas exhaustive et de nombreux arrêts ont porté sur la détermination de la nature d'un revenu.

¹⁴⁴ 91 D.T.C. 1323 (C.C.I.).

¹⁴⁵ *La Reine c. Canada Trustco Mortgage Co.*, 99 D.T.C. 5094 (C.F. 1^{re} inst.).

jugé que le revenu de la filiale était un revenu d'entreprise active, alors que, sur le plan de la politique fiscale, ce revenu aurait dû être un RÉATB. Des modifications législatives étaient donc nécessaires.

En 1992, le vérificateur général du Canada¹⁴⁶ a critiqué sévèrement dans son rapport le fait qu'il n'existait aucune définition dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* de ce qu'était un revenu « actif » ou un revenu « passif » dans le contexte du RÉATB.

En 1995, en réponse à ces préoccupations, le législateur a procédé à une refonte importante des règles sur le RÉATB et sur les SÉA. De façon sommaire, il a modifié certaines définitions existantes et introduit plusieurs nouvelles définitions dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont celles d'« entreprise exploitée activement », d'« entreprise de placement », de « revenu de biens » et de « revenu provenant d'une entreprise exploitée activement ». Quatre dispositions ont été ajoutées dans la loi afin de réputer certains revenus d'entreprise de source canadienne comme étant du RÉATB¹⁴⁷. Enfin, la définition du terme « entreprise » a été modifiée, afin de s'assurer qu'un « projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial » ne soit pas assimilé, aux fins du paragraphe 95(1) L.I.R., à un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, mais qu'il entre plutôt dans le champ d'application de la définition de « revenu étranger accumulé, tiré de biens ».

Application à la structure de double déduction d'intérêts

Le montant d'intérêts payé ou payable par US Opco à USLLC est requalifié comme un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement pour USLLC, et ce, en vertu du sous-alinéa 95(2)a(ii) L.I.R., car toutes les conditions de ce sous-alinéa sont remplies.

Aux fins des règles fiscales américaines sur la déductibilité des intérêts, il est bon de se rappeler que lorsqu'un montant d'intérêts est payé par une entité américaine à une personne non résidente, la déductibilité de la dépense, au point de vue de la fiscalité, n'est admise qu'au moment du

¹⁴⁶ CANADA, Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*, Ottawa, 1992, par. 2.52 (en ligne : http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_199212_02_f_8055.html#0.2.L39QK2.AGBYYL.5H7SFE.OG1).

¹⁴⁷ Par. 95(2)a.1) à 95(2)a.4) L.I.R.

paiement réel, soit sur une base de comptabilité de caisse. En posant l'hypothèse qu'aucun montant d'intérêts n'est effectivement payé à des personnes non résidentes, bien qu'il soit comptabilisé comme dépense effectuée aux États-Unis, ce montant d'intérêts peut tout de même être requalifié en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. Le passage *in fine* de la division 95(2)a(ii)(B) L.I.R., tel qu'il se lisait¹⁴⁸ avant l'adoption du Projet de loi C-28, est le suivant :

« [...] dans la mesure où les montants se rapportent à des dépenses qui sont déductibles par l'autre société affiliée ou par la société de personnes, ou le seraient si la société de personnes était une société étrangère affiliée du contribuable, au cours de l'année ou d'une année d'imposition postérieure dans le calcul des montants qui constituent, aux termes du règlement, ses gains ou ses pertes provenant d'une entreprise exploitée activement, sauf une entreprise exploitée activement au Canada, [...] ». » (Notre soulignement)

Ce passage démontre clairement l'intention du législateur de permettre une requalification d'un montant qui, vraisemblablement, sera déductible dans une année postérieure, soit au moment où il sera effectivement payé¹⁴⁹.

Étant donné qu'USLLC résiderait aux États-Unis si elle était considérée comme une personne morale aux fins de l'impôt sur le revenu de ce pays¹⁵⁰ et du fait que le montant d'intérêts payé par US Opco à USLLC est requalifié comme un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, ce revenu entre dans la définition de « gains exonérés »¹⁵¹ et fait partie du « surplus exonéré »¹⁵² d'USLLC.

En supposant, dans la structure classique de double imposition d'intérêts, que la société (US Opco) qui déduit le montant d'intérêts sur le

¹⁴⁸ L'exemple est tiré du passage *in fine* de la division 95(2)a(ii)(B) L.I.R., car il s'agit d'une division fréquemment utilisée, mais les passages *in fine* des autres divisions du sous-alinéa 95(2)a(ii) L.I.R. utilisaient tous la même règle de l'« année postérieure ».

¹⁴⁹ L'expression « au cours de l'année ou d'une année d'imposition postérieure » qui se retrouvait à la fin de la division 95(2)a(ii)(B) L.I.R. a été remplacée par l'expression « pour une année d'imposition » dans la nouvelle sous-division 95(2)a(ii)(A)(I) L.I.R. édictée par la *Loi d'exécution du budget et de l'énoncé économique de 2007* et découlant du Projet de loi C-28. Cette nouvelle expression ne fait plus référence à une année d'imposition précise.

¹⁵⁰ Al. 5907(11.2)b) R.I.R.

¹⁵¹ Div. d(ii)(E) de la définition de « gains exonérés » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

¹⁵² Le sous-alinéa (ii) de l'élément A de la formule figurant à l'alinéa c) de la définition de « surplus exonéré » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

prêt ne soit une SÉA ni de Canco1 ni de Canco2, mais qu'elle soit une SÉA de Canco 3 et que Canco1, Canco2 ainsi que Canco3 soient toutes trois contrôlées par une même société, le même résultat de requalification pouvait être atteint. Avant l'adoption du Projet de loi C-28, la requalification se faisait en vertu de la sous-division 95(2)a(ii)(A)(I), qui avait le même objectif et les mêmes conditions d'application que la sous-division 95(2)a(ii)(B)(I) L.I.R., hormis la condition que la société US Opco soit liée tout au long de l'année à la fois à la société USLLC et à Canco1. La société US Opco n'avait pas à être une SÉA de Canco1 pour que la sous-division 95(2)a(ii)(A)(I) L.I.R. s'applique¹⁵³. Après l'adoption du Projet de loi C-28, la division 95(2)a(ii)(A) L.I.R. a été modifiée¹⁵⁴ et l'alinéa 95(2)n) L.I.R. a été ajouté afin de parvenir au même résultat¹⁵⁵.

3.1.3.4. Rapatriement des fonds au Canada pour Canco1

USLLC déclarait et versait un dividende à Canco1 à même son surplus exonéré. Canco1 incluait celui-ci dans le calcul de son revenu net¹⁵⁶. Elle pouvait se prévaloir, dans le calcul de son revenu imposable, de la déduction prévue à l'alinéa 113(1)a) L.I.R. pour le montant total de surplus exonéré disponible dans USLLC et auquel elle avait droit. Tout montant de dividende global¹⁵⁷ versé à même le compte de surplus exonéré réduisait le solde cumulatif de ce compte de surplus¹⁵⁸.

Les articles 5900 à 5902 R.I.R. introduisent la notion de « dividende global ». Ce concept s'applique essentiellement en deux étapes. La première étape fait en sorte que les proportions des montants de dividendes prélevés à même les différents comptes de surplus soient préservées pour chaque entité qui reçoit une partie du dividende et pour chaque catégorie d'actions sur

¹⁵³ Le montant ainsi requalifié entrait toutefois dans la définition de « gains exonérés » par la division d(ii)(C) au paragraphe 5907(1) R.I.R.

¹⁵⁴ Le contenu de la division 95(2)a(ii)(A) L.I.R. a été modifié par L.C. 2007, c. 35, par. 26(10), applicable aux années d'imposition d'une SÉA d'un contribuable se terminant après 1999. Bien que cette modification soit applicable à des années postérieures aux années visées par le présent article, elle est donnée à titre indicatif comme repère aux dispositions actuelles de la loi.

¹⁵⁵ L'alinéa 95(2)n) L.I.R. sera commenté plus en détail à la section 3.1.3.5.

¹⁵⁶ Al. 12(1)k) et par. 90(1) L.I.R.

¹⁵⁷ Par. 5907(1) « dividende global » R.I.R.

¹⁵⁸ Le sous-alinéa (iv) de l'élément B de la formule figurant à l'alinéa c) de la définition de « surplus exonéré » au paragraphe 5907(1) R.I.R.

laquelle un dividende est reçu. La deuxième étape consiste à répartir la portion de chaque solde des différents comptes de surplus inclus dans le dividende global (et établi selon l'ordre prescrit au paragraphe 5901(1) R.I.R.) parmi les divers actionnaires et les diverses actions détenues par ceux-ci. C'est le paragraphe 5900(1) R.I.R. qui prescrit les règles de répartition : lorsqu'une société résidant au Canada reçoit un dividende (réel ou réputé), la partie du dividende global qui est censée provenir de chacun des comptes de surplus est attribuée à chaque action détenue par l'actionnaire.

Canco1 avait donc atteint son objectif de déduire un montant d'intérêt aux États-Unis et un montant au Canada. Le montant du revenu d'intérêts reçu par USLLC était rapatrié libre d'impôt au Canada.

3.1.3.5. Rapatriement des fonds au Canada pour Canco2

Quant à Canco2, elle ne détenait que 1 % des actions ordinaires d'USLLC. Cette participation dans USLLC ne se qualifiait pas de « participation admissible »¹⁵⁹. Par conséquent, les intérêts reçus par USLLC ne pouvaient être requalifiés en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. Canco2 se retrouvait dans une position où elle devait inclure, dans le calcul de son revenu, un montant de RÉATB qui correspondait à son pourcentage de participation (1 %) des revenus de biens de la SÉAC.

Jugeant cette situation trop sévère, le législateur a donc voulu introduire, dans ses propositions législatives¹⁶⁰ du 20 décembre 2002, ce qui allait devenir le nouvel alinéa 95(2)n) L.I.R. après l'adoption du Projet de loi C-28. L'intention de cet alinéa est de faire en sorte que si une société résidant au Canada (ci-après « société donnée ») n'a pas une « participation admissible » parce qu'elle détient une participation inférieure à 10 % dans la société étrangère, cette société étrangère pourrait tout de même être qualifiée

¹⁵⁹ *Supra*, note 67.

¹⁶⁰ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu*, 20 décembre 2002, art. 19, reprises dans le Projet de loi C-28 et adoptées par la *Loi d'exécution du budget et de l'énoncé économique de 2007*. L'alinéa 95(2)n) L.I.R. a été ajouté par L.C. 2007, c. 35, par. 26(16), applicable aux années d'imposition d'une SÉA d'un contribuable se terminant après 1999. Toutefois, si le contribuable en fait le choix dans un document qu'il présente au ministre du Revenu national au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour son année d'imposition qui comprend le 14 décembre 2007, l'alinéa 95(2)n) L.I.R. s'applique aux années d'imposition de l'ensemble de ses SÉA commençant après 1994.

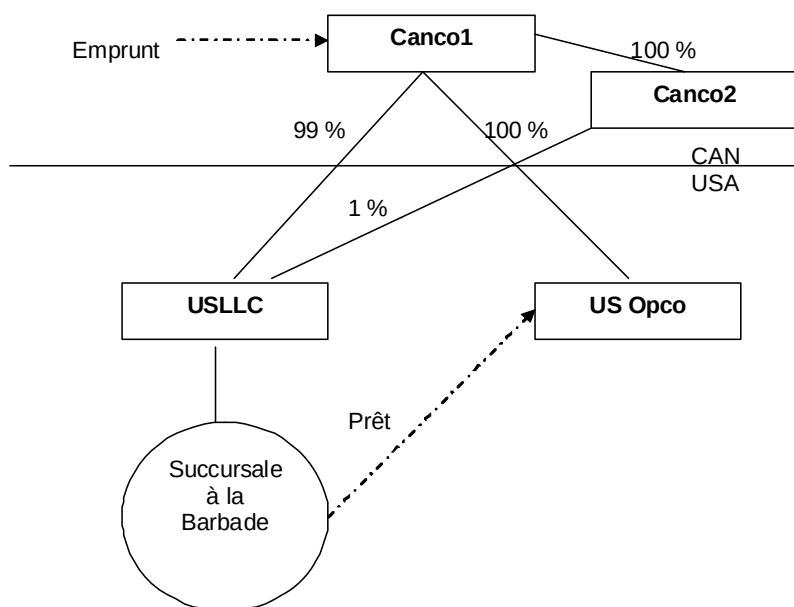
de « société étrangère affiliée » de la société donnée et sa participation pourrait être qualifiée de « participation admissible » si les deux conditions suivantes sont remplies. Premièrement, la société étrangère doit être une SÉA d'une société résidant au Canada et doit être liée à la société donnée et, deuxièmement, la société liée à la société donnée doit détenir une participation admissible dans la société étrangère.

Avec l'application rétroactive de l'alinéa 95(2)n) L.I.R., Canco2 était désormais réputée détenir une participation admissible dans USLLC, car elle était liée¹⁶¹ avec Canco1, une société qui détient une participation admissible dans une SÉA (USLLC). Sa quote-part du revenu d'intérêts sur le prêt qu'USLLC a octroyé à US Opco peut donc être requalifiée en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement. À l'instar de Canco1, elle a droit à une déduction en vertu de l'alinéa 113(1)a) L.I.R. dans le calcul de son revenu imposable. Les commentaires ci-dessus, quant à la requalification du revenu d'intérêts, s'appliquent à Canco2 avec les adaptations nécessaires.

3.2. VERSION MODIFIÉE DE LA STRUCTURE CLASSIQUE

Une autre version de la structure classique de double déduction d'intérêts était celle utilisant une succursale d'USLLC à la Barbade. De façon sommaire, pour mettre en place une telle structure, USLLC devait s'enregistrer comme une International Business Corporation (ci-après « IBC ») à la Barbade et la double condition de résidence devait aussi être remplie. À l'instar de la structure classique exposée ci-dessus, les fonds qui servaient au financement étaient investis dans USLLC sous forme de capital-actions. Ceux-ci étaient transférés et déposés dans un compte bancaire de la succursale à la Barbade. La succursale prêtait les fonds à US Opco à un taux d'intérêt correspondant à celui offert sur le marché. Voici l'organigramme des sociétés d'une telle structure.

¹⁶¹ S.-al. 251(2)b)(i) L.I.R.



3.2.1. Implications fiscales américaines

Le point de départ de l'assujettissement américain aux divers revenus gagnés par des personnes non résidentes est l'établissement d'une source américaine du revenu. Une fois la source américaine d'un revenu établie, il faut ensuite déterminer la catégorie de ce revenu. Essentiellement, un revenu de source américaine soit sera un *effectively connected income with the conduct of a U.S. trade or business*, calculé sur une base de revenu net et assujetti aux mêmes taux d'imposition¹⁶² graduels (l'équivalent de l'impôt de la Partie I L.I.R.) que ceux applicables aux particuliers, aux sociétés ou aux étrangers résidents (*resident aliens*), soit sera un revenu passif, soit encore sera un *fixed or determinable periodic income*, assujetti à un taux fixe d'impôt¹⁶³ de retenue de 30 % (l'équivalent de l'impôt de la Partie XIII L.I.R.), sous réserve du taux réduit prévu dans une convention fiscale.

¹⁶² I.R.C. § 871(b).

¹⁶³ I.R.C. § 871(a)(1).

USLLC étant considérée comme une société de personnes, les membres de celle-ci sont Canco1 et Canco2, deux sociétés non résidentes des États-Unis. Une société non résidente des États-Unis est assujettie à une imposition américaine sur son revenu qui est *effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States*¹⁶⁴. L'expression *effectively connected income*¹⁶⁵ est définie dans l'*Internal Revenue Code*, dont le passage pertinent concernant les deux sociétés canadiennes membres de la société de personnes est reproduit ci-dessous :

« Except as provided in paragraph (6) or (7) or in section 871(d) or sections 882(d) and (e), in the case of a nonresident alien individual or a foreign corporation not engaged in trade or business within the United States during the taxable year, no income, gain, or loss shall be treated as effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States¹⁶⁶. » (Notre soulignement)

Pour les sociétés non résidentes des États-Unis, l'assujettissement à l'imposition américaine se fonde donc sur les critères suivants¹⁶⁷ :

- 1) l'entité doit exploiter un commerce ou une entreprise dans les limites géographiques des États-Unis; et
- 2) le revenu imposable que gagne l'entité est effectivement relié à l'exploitation de son commerce ou de son entreprise aux États-Unis.

Une entité qui répond à ces critères est assujettie à l'impôt sur son revenu net d'entreprise aux États-Unis. USLLC n'est donc pas assujettie à l'impôt aux États-Unis, car la totalité de son revenu net d'entreprise est gagnée à la Barbade, lieu de son seul établissement. Ce revenu sera donc imposable à la Barbade, assujetti aux taux d'impôt progressifs exigés d'une IBC¹⁶⁸. Il n'y a aucun impôt de retenue sur des paiements d'intérêts faits par une IBC à une société non résidente de la Barbade¹⁶⁹. En tant que société de

¹⁶⁴ I.R.C. § 882(a)(1).

¹⁶⁵ I.R.C. § 864(c).

¹⁶⁶ I.R.C. § 864(c)(1)(B).

¹⁶⁷ I.R.C. § 882(a)(1).

¹⁶⁸ Les taux d'impôt varient entre 1 % et 2,5 % selon différents paliers de revenus. Le lecteur est prié de consulter le site Internet suivant pour une liste complète des avantages de faire des affaires à la Barbade (en ligne : <http://www.bidc.com/section2.cfm?SubSection=153>).

¹⁶⁹ *Id.*

personnes, USLLC doit produire le Formulaire 1065¹⁷⁰ au gouvernement américain, ainsi que les Formulaires K-1¹⁷¹ à Canco1 et Canco2, bien qu'elle n'ait aucune source de revenus gagnés aux États-Unis. Canco1 et Canco2 n'ont aucun formulaire à produire au gouvernement américain, n'ayant aucune source de revenus américaine. Le paiement des intérêts d'US Opco à USLLC est vu comme un paiement d'US Opco effectué directement aux associés d'USLLC, cette dernière étant considérée comme une société de personnes aux fins fiscales américaines¹⁷². Les associés d'USLLC étant des non-résidents des États-Unis, une retenue de 30 % doit être effectuée sur le paiement, mais réduite à 10 % par la convention fiscale¹⁷³. Selon la législation fiscale américaine, une USLLC doit appliquer un impôt de retenue sur toute distribution des intérêts effectuée durant l'année à ses associés. Si la USLLC n'effectue aucune distribution durant l'année, elle est réputée en avoir effectué une à la dernière journée de l'année d'imposition de la société de personnes¹⁷⁴. Dans ce dernier cas, elle doit remettre un impôt de retenue soit au plus tard le 15^e jour de mars de l'année suivant l'année où la distribution est réputée avoir été effectuée, soit à la date où l'associé doit produire l'Annexe K-1 (Formulaires 1065 ou 1065-B et Annexe K-1). Lorsqu'une dépense d'intérêts est engagée par une société américaine au profit d'une personne non résidente liée, la déduction de cette dépense d'intérêts n'est accordée que si le montant est effectivement payé, donc sur une base de comptabilité de caisse¹⁷⁵. La déductibilité de la dépense d'intérêts et l'obligation d'appliquer un impôt de retenue sur les montants payés ou réputés payés sont deux concepts bien distincts. Un impôt de retenue peut être obligatoire sans égard au fait que la dépense d'intérêts soit déductible ou non dans l'année en question parce qu'elle n'est pas encore payée. US Opco ne peut déduire les intérêts sur le prêt d'USLLC qu'au moment où les intérêts sont effectivement payés à Canco1 et Canco2.

¹⁷⁰ En ligne : <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f1065.pdf>.

¹⁷¹ En ligne : <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f1065bsk.pdf>.

¹⁷² I.R.C. Reg. §1.267(b)-1(b)(1).

¹⁷³ *Supra*, note 55.

¹⁷⁴ I.R.C. Reg. §1.1441-5(b)(2)(i)(A).

¹⁷⁵ I.R.C. § 267(a)(3).

3.2.2. Implications fiscales canadiennes

3.2.2.1. Revenu provenant d'une entreprise exploitée activement

L'établissement et le centre de direction et de contrôle d'USLLC étaient situés à la Barbade et tout le revenu généré par USLLC était à la Barbade. US Opco a versé des intérêts sur le prêt provenant d'USLLC, qui est considérée comme une société aux fins canadiennes. Comme la Barbade est un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale¹⁷⁶, tout le revenu d'intérêts est requalifié en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement et est inclus dans le compte de surplus exonéré de l'IBC. Une fois les impôts payés sur son revenu imposable, USLLC distribue ses revenus accumulés à Canco1 et Canco2. USLLC n'a pas, aux fins légales, de capital-actions émis et en circulation bien qu'aux fins canadiennes, elle soit considérée comme une société. Tel qu'il a été mentionné à la section 1.2. du présent texte, l'ARC considère qu'USLLC a 100 actions émises et que Canco1 et Canco2 sont propriétaires de la totalité de celles-ci¹⁷⁷. Toute distribution d'USLLC/IBC à Canco1 et Canco2 est réputée être un dividende versé à celles-ci, qui ont toutes deux droit à la déduction en vertu de l'alinéa 113(1)a) L.I.R. Les autres commentaires sur la requalification du revenu d'intérêts donnés à la section 3.1.3.3. du présent texte dans le cas de la structure classique de double déduction d'intérêts s'appliquent à la présente situation, avec les adaptations nécessaires.

3.2.2.2. Test de résidence de common law

La USLLC doit s'assurer que son centre de direction et de contrôle est à la Barbade, afin de respecter le test de résidence de common law. Dans les faits, il faut donc que les administrateurs de cette USLLC se réunissent à la Barbade et qu'il y ait un établissement fixe d'affaires dans ce pays pour correspondre à la définition d'« établissement stable » donnée à l'article V de l'accord fiscal entre le Canada et la Barbade¹⁷⁸. Ces conditions sont primordiales, car une IBC (telle que USLLC) est exclue de la protection de cet accord, et ce, en vertu du paragraphe XXX(3) qui se lit comme suit :

¹⁷⁶ CANADA, ministère des Finances, *Avis sur l'évolution des conventions fiscales*, 2008 (en ligne : http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/treatystatus_-fra.asp).

¹⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 14, par. 3.

¹⁷⁸ CANADA, *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*, 2007 (en ligne : <http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.asp?lang=fra&id=102234>).

« 3. Le présent Accord ne s'applique pas aux sociétés ayant droit à un avantage fiscal spécial en vertu de la *Loi portant exonération de l'impôt sur le revenu pour les sociétés d'affaires internationales de la Barbade*, chap. 77 (*Barbados International Business Companies (Exemption from Income Tax) Act*, Chap. 77) ni aux sociétés ayant droit à un avantage fiscal spécial en vertu d'une loi analogue adoptée par la Barbade et qui s'ajouterait ou qui remplacerait la loi mentionnée ci-dessus. »

Par conséquent, si le centre de contrôle et de direction d'USLLC était au Canada, la résidence d'USLLC serait située au Canada. Deux conséquences importantes en résulteraient. D'abord, USLLC se retrouverait dans une situation de double imposition. Bien que les taux d'imposition à la Barbade soient très bas par rapport à ceux du Canada, il n'en demeure pas moins qu'il y aurait double imposition. Étant exclue de la protection de l'accord, la USLLC n'aurait pas accès à l'article IV, « Domicile fiscal » de celui-ci, qui prévoit des règles dites de bris d'égalité en cas de double résidence. De plus, il faudrait faire attention à tout paiement effectué par une personne résidant au Canada en faveur de cette USLLC et qui entrerait dans le champ d'application de la Partie XIII L.I.R., car étant exclue de la protection de l'accord, le taux de retenue d'impôt de la Partie XIII L.I.R. serait de 25 % et aucune diminution de ce taux en vertu du paragraphe 10(6) R.A.I.R. ne pourrait être effectuée. L'autre conséquence importante est que la société étrangère ne répondrait plus à l'un des deux tests de résidence exigés aux fins de l'accès au compte de surplus exonéré, ce qui aurait comme effet d'annuler les avantages recherchés par cette structure modifiée de double déduction d'intérêts.

3.2.2.3. Test de résidence de la convention

Ce test de résidence de la convention, appliqué à la structure impliquant la Barbade, a fait couler beaucoup d'encre et a suscité de vives réactions de la part de la communauté fiscale.

Article XXX de l'accord fiscal entre le Canada et la Barbade

Étant exclue de l'accord fiscal entre le Canada et la Barbade, une IBC (telle que USLLC) ne pouvait répondre au deuxième critère de résidence de la convention et, par conséquent, ne pouvait accumuler de compte de surplus exonéré. De plus, Canco1 et Canco2 devaient inclure un montant de revenu annuel au titre d'une action dans une SÉA¹⁷⁹. Le législateur en a cependant

¹⁷⁹ Par. 91(1) L.I.R.

voulu autrement en introduisant l'alinéa 5907(11.2)c) R.I.R., qui se lit comme suit :

« 5907(11.2)

Pour l'application de la présente partie, une société étrangère affiliée d'une société est réputée, à un moment donné, ne pas résider dans un pays désigné, sauf dans le cas où, pour l'application de l'accord ou de la convention visé au paragraphe (11) et intervenu entre le Canada et ce pays :

[...]

c) dans le cas où l'accord ou la convention est entré en vigueur avant 1995, la société affiliée résiderait dans le pays désigné à ce moment si ce n'était une disposition de l'accord ou de la convention – qui n'a pas été modifiée après 1994 – selon laquelle elle est exclue de son application;

[...]. » (Notre soulignement)

Comme l'accord fiscal entre le Canada et la Barbade a été signé le 22 janvier 1980 et est entré en vigueur le 22 décembre 1980, la première condition de l'alinéa 5907(11.2)c) R.I.R. est remplie. La deuxième condition, à savoir qu'elle résiderait dans le pays désigné au moment considéré, n'eût été son exclusion par un accord ou une convention, a suscité un débat théorique très intéressant entre l'ARC et la communauté fiscale, qui sera examiné en profondeur plus loin dans le présent texte.

L'effet conjugué de l'article XXX de l'accord et de l'alinéa 5907(11.2)c) R.I.R. laisse perplexe et porte à réfléchir sur la politique fiscale sous-jacente. En ramenant la situation à sa plus simple expression, le législateur permet qu'une IBC de la Barbade, qui est spécifiquement exclue d'un accord fiscal et qui se voit imposer un taux variant entre 1 % et 2,5 % sur son revenu imposable¹⁸⁰, puisse accumuler un solde de surplus exonéré et que son ou ses actionnaires résidant au Canada puissent rapatrier les fonds libres d'impôt au Canada en se prévalant de la déduction prévue à l'alinéa 113(1)a) L.I.R.

Arrêt *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*¹⁸¹

En 1995, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Iacobucci, a rendu une décision clé en matière d'interprétation des conventions

¹⁸⁰ *Supra*, note 168.

¹⁸¹ [1995] 2 R.C.S. 802 (ci-après « *Crown Forest* »).

fiscales : l'arrêt *Crown Forest*. Dans cette affaire, la Cour a apporté des éclaircissements sur la notion de résidence dans un État aux fins de la convention Canada-États-Unis en matière d'impôts¹⁸².

De façon sommaire, Norsk, une société sœur de la société canadienne Crown Forest Industries, a été constituée aux Bahamas, mais avait son centre de direction et de contrôle aux États-Unis et exploitait dans ce même pays la totalité de son entreprise par le truchement d'un bureau. En se fondant sur les critères précédents, Crown Forest Industries considérait que Norsk était un résident des États-Unis aux fins de la convention Canada-États-Unis et que le taux de retenue d'impôt sur des paiements de location de barges était donc réduit à 10 %. Le paragraphe 1 de l'article IV de la convention mentionne ce qui suit :

« [...] le terme "résident" d'un État contractant désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État en raison de son domicile, de sa résidence, de sa citoyenneté, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue. »

L'ARC a établi une nouvelle cotisation à l'endroit de Norsk en vertu de la Partie XIII L.I.R., en invoquant le fait que Norsk n'était pas un résident des États-Unis, car l'assujettissement fiscal découlant de l'exploitation d'une entreprise reliée aux États-Unis n'était pas de nature analogue à l'assujettissement fiscal découlant d'un siège de direction. Norsk était plutôt un résident des Bahamas. Comme le Canada n'a pas de convention fiscale avec les Bahamas, le taux de retenue était donc celui prévu au paragraphe 212(1) L.I.R., c'est-à-dire 25 %. Crown Forest Industries en a appelé de cette nouvelle cotisation et la Cour fédérale, division de première instance, a donné raison à Crown Forest Industries. L'ARC en a appelé à la Cour d'appel fédérale, qui a confirmé la décision antérieure. L'affaire a été portée en appel à la Cour suprême du Canada et la question en litige était de savoir si Norsk était un résident de l'une ou l'autre des parties contractantes à la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, au sens de la définition donnée à l'article IV de cette convention¹⁸³. La Cour suprême du Canada a donné raison à l'ARC dans un jugement unanime et infirmé les décisions émanant des tribunaux d'instance inférieure. Il ressort que l'assujettissement à l'impôt se faisait en vertu des lois fiscales internes de chaque pays et non

¹⁸² Pour une analyse complète de l'arrêt *Crown Forest*, voir Guy DU PONT, « Jurisprudence récente – Partie A », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 25:5-39, à la page 25:11.

¹⁸³ *Crown Forest*, précité, note 181, par. 21.

en vertu des conventions fiscales. Norsk ne pouvait bénéficier de la qualité de résident au sens de la convention que si l'imposition de l'entreprise, fondée sur la source, constituait un critère analogue aux critères énumérés à l'article IV. Ce n'était pas le cas. Pour qu'une personne soit considérée comme un résident d'un État, elle doit faire l'objet de l'assujettissement fiscal le plus complet qu'un État puisse imposer, c'est-à-dire un assujettissement sur ses revenus mondiaux. Cela allait placer les IBC dans une position à risque quant à leur résidence située à la Barbade.

L'assujettissement fiscal le plus complet

En tenant compte des principes découlant de l'arrêt *Crown Forest*, pour être considérée comme un résident de la Barbade et ainsi pouvoir jouir de la protection de l'accord, l'IBC devait être résidente de la Barbade et être soumise à l'assujettissement fiscal le plus complet que ce pays pouvait imposer.

Une IBC constituée à la Barbade est imposée sur son revenu mondial, ce qui n'était pas le cas d'une société constituée à l'extérieur de la Barbade, mais enregistrée comme une IBC selon les lois sur les sociétés de la Barbade¹⁸⁴. Le paragraphe 10(5) de l'*IBC Act*, tel qu'il se lisait pendant les années visées par le présent article, prévoyait qu'une IBC constituée à l'extérieur de la Barbade était assujettie à l'impôt seulement sur ses bénéfices et ses gains courus ou présumés courus de sa succursale à la Barbade; il se lisait comme suit : « **10(5)** An international business company which is incorporated outside Barbados shall only be subject to tax on profits and gains accruing to or deemed to be accruing to the company for its branch operations in Barbados. »

De ce passage découle la conclusion que si une société constituée à l'extérieur de la Barbade, mais enregistrée comme une IBC à la Barbade, ne concluait aucune transaction d'affaires avec des entités de la Barbade, cette société ne serait assujettie qu'aux taux d'impôt réduits¹⁸⁵ du régime fiscal des IBC.

Ce genre d'entité est alors assujetti à l'impôt, d'une certaine manière, sur une base territoriale. Cela est analogue à un assujettissement sur une base de source. Cette entité ne serait donc pas soumise à un assujettissement fiscal

¹⁸⁴ *International Business Companies Act*, 1991-24 (ci-après « IBC Act ») CAP 77, L.R.O. 1993.

¹⁸⁵ IBC Act, par. 10(1).

le plus complet, c'est-à-dire un assujettissement fiscal basé sur l'imposition de son revenu mondial de toute provenance et de toute source. De cette dernière interprétation allait naître un débat théorique très intéressant, dont l'issue allait ultimement permettre ou non à une IBC de cumuler un surplus exonéré.

En reprenant le texte de l'alinéa 5907(11.2)c) R.I.R., où il est fait mention de la condition selon laquelle « la société affiliée résiderait dans le pays désigné à ce moment », n'eût été une disposition d'un accord ou d'une convention qui l'exclut de son champ d'application, il faut donc remplir le test de résidence dans le pays désigné, comme si l'IBC n'était pas exclue par l'accord ou la convention. Comme USLLC ne fait pas l'objet d'un assujettissement fiscal le plus complet, elle ne pourrait prétendre être un résident d'un État contractant (la Barbade) et, à ce titre, ne serait pas une personne¹⁸⁶ visée par l'accord¹⁸⁷. Par conséquent, une IBC qui est constituée dans un pays tiers ne résiderait pas à la Barbade à ce moment et ne pourrait accumuler un solde de surplus exonéré, rendant l'application de l'alinéa 5907(11.2)c) R.I.R. sans effet ou, dit autrement, non nécessaire. Dans la situation précédente, les revenus générés par USLLC seraient considérés comme du surplus imposable. Le fondement de cette prise de position par l'ARC a d'abord été annoncé lors d'une table ronde dans le cadre de la *Corporate Management Tax Conference*¹⁸⁸, puis lors d'une table ronde dans le cadre du Congrès 1997 de l'APFF¹⁸⁹. Cette position de l'ARC a immédiatement fait l'objet de commentaires et d'analyses par la communauté fiscale¹⁹⁰.

Deux arguments ont été apportés par la communauté fiscale afin de tenter de contrer la position de l'ARC. Le premier argument consistait dans le fait que si une IBC n'était pas un résident de la Barbade et, par

¹⁸⁶ CANADA, *op. cit.*, note 178, al. III(1)c) « personne ».

¹⁸⁷ *Id.*, art. I.

¹⁸⁸ « Revenu Canada Forum », dans *Corporate Management Tax Conference* 1996, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 24:1-21, question 3, à la page 24:5.

¹⁸⁹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale – Partie B », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:11-42, question 3.5., aux pages 53:35-37. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9M19020, 10 octobre 1997.

¹⁹⁰ Dont entre autres celle de Allan R. LANTHIER, « Exemption Extinguished? », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 4, n° 12, Association canadienne d'études fiscales, 17 décembre 1996.

conséquent, n'était pas protégée par le champ d'application de l'accord, pourquoi les deux parties qui ont rédigé cet accord ont-elles ressenti le besoin de spécifiquement exclure les IBC de son champ d'application par le paragraphe XXX(3)? Le deuxième argument voulait que les IBC étaient, en réalité, soumises à un assujettissement fiscal le plus complet, mais à un taux très avantageux. Par analogie, par exemple, avec une société canadienne qui a droit à tous les incitatifs fiscaux (déduction pour petite entreprise, divers crédits d'impôt, etc.) qui réduisaient le taux d'imposition sans pour autant remettre en question l'assujettissement sur le revenu mondial de toute source et de toute provenance, les IBC se retrouvaient dans la même position, mais avec un taux d'impôt effectif bien moindre que celui des sociétés canadiennes.

Ce n'est que le 26 février 2007 que l'ARC a fait connaître sa position officielle¹⁹¹. D'abord, elle maintient toujours que les entités bénéficiant d'une exemption ou d'une imposition à un taux très bas ne sont pas soumises à un assujettissement fiscal complet et ne pourraient être considérées comme « assujetties à l'impôt ». Cependant, elle nuance cette dernière position en indiquant qu'il est possible, dans certaines situations, que les revenus mondiaux d'une personne soient soumis à un assujettissement fiscal complet dans un État contractant mais, qu'en vertu du droit interne de cet État, aucun impôt ne soit prélevé sur le revenu imposable de cette personne ou encore que le revenu soit imposé à un très faible taux. L'ARC acceptera généralement que la personne puisse être un résident de l'autre État contractant, à moins que l'arrangement ne soit abusif¹⁹².

¹⁹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 35, 26 février 2007.

¹⁹² Il est important de noter que, durant les années où l'ARC se préparait à publier cette interprétation, le paragraphe 10(5) de la *Barbados Business Companies Act* allait être abrogé, avec effet rétroactif à l'année 1998. Plus précisément, pour les sociétés enregistrées comme IBC de la Barbade, mais constituées à l'extérieur de la Barbade, des modifications apportées en 1998 à la *Barbados Business Companies Act* ont donné lieu à l'abrogation des dispositions qui prévoyaient une exonération de l'impôt sur le revenu de la Barbade pour le revenu gagné à l'extérieur de la Barbade; pour les années subséquentes à 1997, ces entités sont dorénavant assujetties à l'impôt à la Barbade sur leur revenu de toute provenance. Toute ambiguïté concernant l'assujettissement basé sur le revenu mondial et sur la source territoriale allait disparaître. Par conséquent, la position de l'ARC a été très affaiblie, voire neutralisée.

3.3. POLITIQUE FISCALE DU CANADA ET RÉPONSE DES ÉTATS-UNIS

3.3.1. Politique fiscale canadienne

Au fil des années, le vérificateur général du Canada a formulé des critiques sévères à l'endroit de certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant le régime des SÉA. Prises dans une perspective globale, les structures de double déduction d'intérêts peuvent, d'une certaine façon, être jugées abusives, notamment du fait que le vérificateur général du Canada considère que la Barbade est un paradis fiscal¹⁹³, mais les autorités fiscales¹⁹⁴ ont toujours accepté et reconnu ces structures de double déduction d'intérêts, et ce, de façon implicite. Dans son rapport de 1992, le vérificateur général du Canada¹⁹⁵ a vivement critiqué ce type de structure en le qualifiant de « stratagèmes d'évitement fiscal »¹⁹⁶. Dans sa réponse à ces critiques, le ministère des Finances a fait valoir sa position et la politique fiscale sous-jacente à l'acceptation de ce type de structure, en mentionnant que « [l]e régime actuel de société étrangère affiliée reflète de façon précise l'esprit de la politique du Parlement et prévoit l'imposition de tout revenu qui est destiné à être soumis à l'impôt sur le revenu »¹⁹⁷ et que « toute modification d'importance aux règles actuelles aurait pour résultat le déménagement à l'étranger d'un grand nombre d'entreprises »¹⁹⁸.

Certaines précisions et critiques doivent être apportées à la suite de l'analyse des commentaires du ministère des Finances. D'abord, le Ministère indique clairement que le régime actuel des SÉA reflète sa position et que les structures de financement expliquées dans le présent document sont acceptables. Lorsqu'il mentionne le fait que le régime prévoit l'imposition de tout revenu, cette assertion est vraie, mais elle n'exclut pas la possibilité que l'imposition d'un revenu dans un pays étranger se fasse à un taux très bas.

¹⁹³ CANADA, Bureau du vérificateur général du Canada, *op. cit.*, note 146, par. 2.56.

¹⁹⁴ Cette expression englobe tant l'ARC que le ministère des Finances.

¹⁹⁵ CANADA, Bureau du vérificateur général du Canada, *op. cit.*, note 146, par. 2.28 à 2.56.

¹⁹⁶ *Id.*, par. 2.28.

¹⁹⁷ *Id.*, à la suite du par. 2.61.

¹⁹⁸ *Id.*

Le Ministère mentionne aussi que toute modification d'importance à ces règles pourrait occasionner le déménagement à l'étranger d'un grand nombre d'entreprises. C'est là que le bât blesse, car en fait, cette tolérance aux structures de double déduction d'intérêts vient du fait que la plupart des entreprises multinationales étrangères profitent aussi de structures semblables, en utilisant les avantages de leur réseau de conventions fiscales. Comme le but de ces structures est une réduction du coût de financement, si le législateur veut préserver la compétitivité des entreprises canadiennes sur cet aspect, il doit agir avec prudence en n'infligeant pas aux entreprises canadiennes un handicap par rapport aux sociétés étrangères. Ce genre de structure est très coûteux à mettre en place et comporte aussi des coûts de maintien qui peuvent être importants, notamment les honoraires professionnels pour la surveillance des diverses lois sur les sociétés et les lois fiscales des pays concernés par la structure. Dans la plupart des cas, ce sont les plus grandes entreprises canadiennes qui ont un financement d'une ampleur justifiant ces coûts; elles sont également de grands pourvoyeurs d'impôts et d'emplois au Canada. Le gouvernement est donc pris entre l'arbre et l'écorce lorsqu'il s'agit de trancher la question.

Dans une perspective canadienne, si les opérations effectuées sont juridiquement valides et complètes et s'il ne s'agit pas de trompe-l'œil, ces structures sont jugées acceptables.

3.3.2. Règles américaines du 5 août 1997

Les autorités fiscales américaines ne voyaient pas la situation de la même façon. L'utilisation de structures de double déduction d'intérêts, notamment celles utilisant des USLLC, a fait réagir le gouvernement américain par une proposition législative qui devait être applicable à partir du 1^{er} janvier 1998. Jugeant l'attente trop longue, le président américain de l'époque, M. Bill Clinton, signa le *Taxpayer Relief Act of 1997* le 5 août 1997. Cette nouvelle loi¹⁹⁹ a introduit la disposition 894(c) I.R.C., applicable immédiatement le 5 août 1997, qui allait rendre la structure de double déduction d'intérêts beaucoup moins attrayante en prévoyant que le taux réduit des retenues à la source d'une convention fiscale n'était plus disponible dans une telle structure²⁰⁰. En effet, la disposition 894(c) I.R.C.

¹⁹⁹ Pour obtenir un résumé complet de ce projet de loi, consulter en ligne : <http://www.filetax.com/97taxact.html>.

²⁰⁰ Le Département du Trésor américain avait également établi en date du 30 juin 1997 des règlements temporaires au même effet qui s'appliquaient aux paiements effectués à une entité hybride à partir du 1^{er} janvier 2008. Voir TD 8722, 1997-2 CB 81 et Temp. Treas. reg. §1.894-1T(d)(1). Ces règlements temporaires ont été finalisés le (à suivre...)

prévoit le refus d'accorder le taux réduit d'une convention fiscale dans la situation où un paiement est effectué par une société de personnes ou par une entité transparente aux fins américaines, si les trois conditions suivantes sont réunies :

- 1) Le montant payé n'est pas traité comme un montant de revenus aux fins fiscales dans la juridiction étrangère;
- 2) La convention fiscale entre les États-Unis et le pays étranger en question ne contient aucune disposition sur la façon de traiter un montant de revenus émanant d'une société de personnes; et
- 3) La juridiction étrangère n'impose pas un impôt sur la distribution de ce montant de revenus provenant d'une telle entité étrangère.

Les autorités fiscales américaines visaient clairement les structures comme celles décrites dans le présent document lorsqu'elles ont introduit ce nouvel article. La politique fiscale sous-jacente à l'introduction de ces règles était que la loi fiscale américaine devait refuser le taux de retenue d'impôt réduit prévu par la convention, car le but des conventions est d'éviter la double imposition, alors que ce montant n'a jamais été et ne sera jamais imposé au Canada. Il faut se rappeler que dans une perspective canadienne, aucun impôt n'est payé au Canada sur le revenu d'intérêts, celui-ci étant encaissé par USLLC, qui est une société aux fins canadiennes. Les trois conditions ci-dessus étant remplies, le taux de retenue d'impôt de base de 30 % allait maintenant être applicable sur tous les paiements d'intérêts effectués en faveur de Canco1 et de Canco2.

Cette retenue d'impôt, tant celle de 30 % actuellement que de celle de 10 % avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles américaines, est le « coût réel » de cette planification, car cet impôt retenu ne peut faire l'objet ni d'un crédit d'impôt étranger²⁰¹, ni d'une déduction en vertu du paragraphe 20(12) L.I.R. Il en est ainsi, car il est raisonnable de considérer cet impôt comme ayant été payé par le contribuable sur du revenu qu'il a tiré d'une action du

(...suite)

3 juillet 2000. Voir TD 8889, 2000-30 IRB 124 et Treas. reg. §1.894-1(d)(1). Pour plus de détails, voir Peter A. GLICKLICH et Ellen S. BRODY, « Selected US Tax Developments – New US Withholding Rules for Hybrids and Passthroughs », (2000), vol. 48, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 1345-1355.

²⁰¹ Par. 126(1) L.I.R.

capital-actions d'une SÉA lui appartenant²⁰². Cette retenue de 30 % rend toute la structure de double déduction d'intérêts trop « dispendieuse » et celle-ci se trouve donc à perdre tout son attrait. Le taux de retenue de 10 % était une limite mineure à la structure, qui est devenue une limite majeure lorsque ce taux est passé à 30 %. Le contribuable se retrouve donc dans une situation où, du point de vue canadien, il aurait droit à la totalité du surplus exonéré de sa filiale, mais au prix d'une retenue d'impôt américain de 30 %, dont aucune disposition fiscale ne permet une déduction quelconque dans le calcul de son revenu ou la réduction d'un impôt payable au Canada par le truchement d'un crédit d'impôt. Les contribuables visés par ce changement soudain se sont retrouvés dans une sorte de trappe, car tout paiement futur allait générer un coût fiscal important. Bien que les effets négatifs de la retenue de 30 % allaient maintenant inciter les sociétés canadiennes à se retirer d'une telle structure et à repenser à une ou de nouvelles façons d'obtenir une double déduction d'intérêts, ce processus de réflexion était déjà commencé pour plusieurs d'entre eux, car même avec un impôt de retenue de 10 %, il n'en demeure pas moins que celui-ci ne pouvait d'aucune façon être utilisé comme déduction ou crédit d'impôt étranger.

CONCLUSION

Les structures analysées dans le présent document constituaient, en quelque sorte, la première phase de l'utilisation des entités hybrides, dont la fin a été signalée par les autorités américaines. Par la suite, nous allions assister au démantèlement de ces structures de double déduction d'intérêts et à l'arrivée de la structure hybride renversée, communément appelée structure en tour (*tower structure*). Sur le plan de la politique fiscale, ces structures portent à réfléchir sur les conséquences économiques et fiscales réelles souhaitées et obtenues, ainsi que sur ce qui constitue véritablement un abus de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et des conventions fiscales. Dans la presque totalité des cas, les représentants des contribuables ont invoqué l'argument selon lequel de toute façon, les sociétés canadiennes auraient eu à emprunter pour financer les activités du groupe de sociétés international dont elles faisaient partie et que, par conséquent, une déduction d'intérêts aurait été réclamée au Canada. Certains représentants affirmaient à haute voix que c'étaient les États-Unis et non le Canada qui subissaient un préjudice, si préjudice il y a. En l'absence des nouvelles règles américaines et à la lumière des arguments invoqués, fallait-il que ces structures soient enrayées, d'une perspective canadienne? Si ces structures étaient jugées abusives, est-ce que

²⁰² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9613405, « Foreign Accrual Tax – Limited Liability Company », 17 janvier 1997.

la réponse devait nécessairement passer par une modification aux lois fiscales des pays? N'aurait-on pas eu un résultat plus global et impliquant tous les pays si tout le réseau des conventions fiscales avait été modifié pour y inclure une forme de règle générale antiévitement qui suspend la protection de la convention fiscale dans le cas où il y a chalandage et utilisation abusive d'une telle convention? Tout cela suscite bien des questions et des points de discussions, mais c'est une autre histoire...

L'ARRÊT *LIPSON* : À QUATRE CONTRE TROIS, LA COUR SUPRÊME CONCLUT À UNE OPÉRATION D'ÉVITEMENT ABUSIVE

MARIE-PIERRE ALLARD, PROFESSEURE AGRÉGÉE
DÉPARTEMENT DE SCIENCES COMPTABLES ET FISCALITÉ
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

PRÉCIS

La dernière décision rendue par la Cour suprême du Canada sur la règle générale antiévitement, dans l'affaire *Lipson*, a fait couler beaucoup d'encre. Ce texte analyse en profondeur les motifs de chacun des juges dans cette décision et porte un regard critique sur les différents aspects de celle-ci. Selon l'auteure, cet arrêt ne change pas le cadre d'analyse de l'article 245 L.I.R., établi dans les arrêts *Hypothèques Trustco Canada* et *Mathew*, mais il apporte un éclairage nouveau sur son contexte d'application. Toutefois, cette décision partagée à quatre juges contre trois ne rendra pas la tâche plus facile aux fiscalistes pour prévoir l'applicabilité de la règle générale antiévitement à une opération particulière.

ABSTRACT

Much ink has been spilled over the *Lipson* case, the latest decision of the Supreme Court of Canada dealing with the general anti-avoidance rule. This paper provides an in-depth analysis of the reasons for judgment of each of the judges and examines several different aspects of the judgment with a critical eye. According to the author, this decision does not change the framework of analysis for applying section 245 of the *Income Tax Act*, as established by the *Canada Trustco* and *Mathew* decisions, but it does bring new light to the context in which it is applied. This four-three split decision will not, however, render the task any easier for tax practitioners who must predict whether or not the general anti-avoidance rule applies with respect to a particular transaction.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	485
1. LES FAITS	485
2. LES DÉCISIONS ANTÉRIEURES	486
2.1. LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	486
2.2. LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE	487
3. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA	488
3.1. L'OPINION MAJORITAIRE (LeBEL, AVEC L'ACCORD DES JUGES FISH, ABELLA ET CHARRON)	489
3.2. L'OPINION DISSIDENTE DU JUGE BINNIE (AVEC L'ACCORD DE LA JUGE DESCHAMPS)	491
3.3. L'OPINION DISSIDENTE DU JUGE ROTHSTEIN	493
4. ANALYSE CRITIQUE	495
4.1. LE CRITÈRE DE « L'OBJET GLOBAL »	495
4.2. ABSENCE D'ABUS DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS	499
4.3. ABUS DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX RÈGLES D'ATTRIBUTION	501
4.4. LES CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT <i>LIPSON</i> SUR L'APPLICATION DE LA RGAÉ	504

INTRODUCTION

Le 8 janvier 2009, dans l'arrêt *Lipson c. Canada*¹, la Cour suprême du Canada se prononçait, pour la troisième fois de son histoire, sur l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »). Bien qu'il s'agisse d'une cause qui n'a pas la même importance que les arrêts *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*² et *Mathew c. Canada*³, qui ont établi le cadre analytique permettant de décider de l'application de l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴, elle mérite tout de même d'être examinée en profondeur. En effet, elle apporte un éclairage nouveau au contexte d'application de cette disposition.

1. LES FAITS

Les faits, relativement simples, peuvent être résumés de la façon suivante. M. et M^{me} Lipson désiraient faire l'acquisition d'une maison. Afin de mettre en œuvre la transaction, un premier prêt a été octroyé par une banque à M^{me} Lipson, en échange d'un billet payable à demande. Avec cet argent emprunté, M^{me} Lipson a acheté, pour leur juste valeur marchande (ci-après « JVM »), une partie des actions de la société privée exploitant une entreprise familiale détenues par M. Lipson. Le roulement automatique prévu par le paragraphe 73(1) L.I.R. s'est appliqué au transfert des actions, qui s'est ainsi effectué pour un produit de disposition réputé équivalant au prix de base rajusté des actions, reportant ainsi l'inclusion du gain en capital dans le revenu de M. Lipson. Le lendemain, le couple a procédé à l'achat de la maison et l'argent de la vente des actions reçu par M. Lipson a été versé au compte du vendeur de la maison. Le même jour, la banque a effectué un second prêt, du même montant que le premier, mais cette fois au nom de M. et M^{me} Lipson, et garanti par une hypothèque sur la maison. L'argent provenant de ce deuxième prêt fut immédiatement utilisé afin de rembourser le premier prêt octroyé à M^{me} Lipson.

Le résultat fiscal de ces opérations était le suivant : les intérêts sur le deuxième prêt étaient déductibles dans le calcul du revenu de bien, en réduction des dividendes versés sur les actions acquises par M^{me} Lipson, en

¹ 2009 CSC 1 (ci-après « *Lipson* »).

² 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (ci-après « *Trustco Canada* »).

³ 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643 (ci-après « *Mathew* »).

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

vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. En effet, puisque le premier prêt avait servi à l'achat des actions par M^{me} Lipson, l'alinéa 20(1)c) L.I.R. permettait de déduire les intérêts, car l'argent emprunté avait été utilisé en vue de tirer un revenu de bien, soit des dividendes. Par la suite, le paragraphe 20(3) L.I.R. s'est appliqué au deuxième prêt, qui avait servi à rembourser le premier, de sorte qu'il était réputé avoir été utilisé aux mêmes fins que le premier, c'est-à-dire l'achat des actions productrices de revenu de bien.

De plus, le revenu net ou la perte nette généré par le bien, soit les dividendes réduits des intérêts payés, était imposable ou déductible dans le revenu de M. Lipson plutôt que dans celui de M^{me} Lipson, en raison de l'application de la règle d'attribution prévue au paragraphe 74.1(1) L.I.R. Puisque les parties n'avaient pas fait le choix permis par le paragraphe 73(1) L.I.R. de renoncer au roulement automatique en reconnaissant immédiatement le gain en capital, le paragraphe 74.5(1) L.I.R. ne pouvait empêcher l'application du paragraphe 74.1(1) L.I.R.

2. LES DÉCISIONS ANTÉRIEURES

2.1. LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Devant la Cour canadienne de l'impôt, le contribuable n'a pas contesté qu'il y avait eu une opération d'évitement, visée par le paragraphe 245(3) L.I.R. La question en litige était de savoir s'il y avait eu abus des dispositions de la loi au sens du paragraphe 245(4) L.I.R. Le juge en chef Bowman a estimé qu'il y avait effectivement eu abus et que l'article 245 L.I.R. s'appliquait, confirmant ainsi la cotisation du ministre du Revenu national, qui avait refusé la déduction des intérêts à M. Lipson, tout en laissant entre ses mains l'imposition des dividendes versés sur les actions de son épouse⁵.

Dans l'énoncé des faits, le juge Bowman exprime ces commentaires :

« Le but global du stratagème était de toute évidence de faire en sorte que les intérêts sur l'hypothèque prise à l'égard de la maison soient déductibles par M. Lipson. Il me paraît extrêmement bizarre que M. Lipson obtienne une

⁵ *Lipson c. La Reine*, 2006 CCI 148 (ci-après « *Lipson (CCI)* »). Au paragraphe 12, le juge Bowman indique que le ministre a refusé la **perte**, sans aller jusqu'à refuser les intérêts et laisser les dividendes imposés entre les mains de M. Lipson; c'est pourtant bien ce que le ministre a fait, tel qu'il appert de l'exposé conjoint des faits.

déduction pour des intérêts sur de l'agent emprunté sous prétexte de permettre à son épouse d'acheter ses actions⁶. » (Notre soulignement)

Dans la version anglaise du jugement, « but global » se lit *overall purpose*.

Après avoir procédé à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique de chacune des dispositions de la loi en cause, le juge Bowman a conclu qu'il y avait eu utilisation abusive de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et du paragraphe 20(3) L.I.R. en particulier, ainsi que du paragraphe 73(1) L.I.R. et de l'article 74.1. L.I.R. Le juge Bowman s'exprime ainsi :

« En l'espèce, les règles d'attribution sont essentiellement utilisées pour faire en sorte que le revenu de dividendes attribué rapporte à M. Lipson la déduction au titre des intérêts.

J'estime que la série d'opérations en cause ici a engendré une utilisation abusive des dispositions de la LIR, en particulier de l'alinéa 20(1)c) et du paragraphe 20(3). Dans la mesure où l'on recourt au paragraphe 73(1) et à l'article 74.1 pour faire cette utilisation abusive et pour mettre à exécution l'ensemble du stratagème, ces deux dispositions sont également utilisées de manière abusive. Cette série d'opérations ne remplit aucun des objets des dispositions dont j'ai parlé plus haut. L'objet global, de même que l'usage qui a été fait de chaque disposition visaient à rendre déductibles les intérêts sur l'argent utilisé pour acheter une résidence personnelle⁷. » (Notre soulignement)

Encore une fois, « l'objet global » correspond à l'expression *overall purpose* utilisée dans l'original par le juge Bowman. C'est ce que M. Lipson a reproché, en Cour d'appel, au juge de première instance : d'avoir mis l'accent sur « l'objet global » de la série d'opérations plutôt que sur les opérations et les relations juridiques qu'elles ont effectivement entraînées. En bref, on reprochait au juge Bowman d'avoir appliqué un nouveau critère, celui du *overall purpose*, ce qui ne respectait pas le cadre d'analyse établi par la Cour suprême dans les arrêts *Trustco Canada* et *Mathew*.

2.2. LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Noël, a rejeté les prétentions de l'appelant et confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt. La Cour d'appel estime que le juge Bowman avait raison de

⁶ *Id.*, par. 8.

⁷ *Id.*, par. 22-23.

considérer les opérations comme un tout, ainsi que leur objectif global, pour décider s'il y avait abus des dispositions de la loi. En effet, si l'on examine chacune des opérations séparément, on doit conclure qu'aucune d'elles n'entraîne un abus de la loi, car chacune des dispositions invoquées s'applique conformément à son esprit et à son objet. Mais les opérations faisaient partie d'une série dont l'objet était de rendre déductibles les intérêts payables sur l'hypothèque, et ce fait ne peut être ignoré. Il est vrai que le paragraphe 245(4) L.I.R. ne mentionne pas la « série d'opérations », mais l'article 245 L.I.R. doit lui-même faire l'objet de l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique proposée par la Cour suprême. Or, les paragraphes 245(2) et 245(3) L.I.R. font tous deux mention de la « série d'opérations ». La Cour d'appel en tire la conclusion suivante : « Il s'ensuit à mon avis que, lorsqu'un avantage fiscal découle d'une série d'opérations, il faut considérer la série pour savoir si une opération de la série donne lieu à un abus des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal⁸. »

3. LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

La Cour suprême du Canada, dans une décision partagée, a rejeté le pourvoi de M. Lipson. Le juge LeBel, appuyé par la majorité (les juges Fish, Abella et Charron), a conclu qu'il n'y avait pas eu abus des dispositions relatives à la déductibilité des intérêts, mais qu'il y avait effectivement eu abus des règles d'attribution en utilisant celles-ci pour transférer à M. Lipson la déduction des intérêts. Par conséquent, il a décidé que la déduction des intérêts devait être réattribuée à M^{me} Lipson, tout en laissant l'imposition des dividendes entre les mains de M. Lipson. Le juge Binnie, à l'opinion duquel souscrit la juge Deschamps, aurait accueilli le pourvoi puisqu'il a conclu qu'il n'y avait eu aucun abus des dispositions de la loi qui se rapportent à la déductibilité des intérêts ou aux règles d'attribution. Quant au juge Rothstein, il a conclu que le paragraphe 74.5(11) L.I.R. prévoit une règle antiévitement spécifique qui aurait dû s'appliquer, empêchant ainsi l'application de la RGAÉ. Il aurait donc également accueilli le pourvoi.

Nous ferons état dans un premier temps des principaux motifs de chacune des opinions formant la décision de la Cour. Dans un second temps, nous analyserons quelques questions soulevées, en comparant les opinions des juges sur ces questions.

⁸ *Lipson c. La Reine*, 2007 CAF 113, [2007] 4 R.C.F. 641, par. 45.

3.1. L'OPINION MAJORITAIRE (LeBEL, AVEC L'ACCORD DES Juges FISH, ABELLA ET CHARRON)

Le juge LeBel a d'abord souligné que les opérations en cause avaient entraîné deux avantages fiscaux distincts : d'une part, la déductibilité des intérêts sur le second prêt et, d'autre part, l'attribution du revenu ou de la perte découlant des actions au revenu de M. Lipson. Le juge LeBel a ensuite appliqué le cadre d'analyse établi par la Cour dans les arrêts *Trustco Canada* et *Mathew*. Dans une première étape, il a interprété les quatre dispositions de la loi invoquées afin de déterminer leur objet, et ce, par la méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée.

Les deux dispositions qui permettent la déduction des intérêts en l'espèce sont l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et le paragraphe 20(3) L.I.R. Le premier, selon le juge LeBel, permet de « déduire l'intérêt sur les fonds empruntés qui sont employés à une fin commerciale. Son objet est "d'encourager l'accumulation de capitaux susceptibles de produire des revenus" [...] ou de "favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables" [...]»⁹. » Quant au paragraphe 20(3) L.I.R., il « précise que l'intérêt déductible suivant l'al. 20(1)c) ne cesse pas de l'être lorsque le prêt initial est refinancé. Il a pour "fonction pratique de faciliter le refinancement dans le monde des affaires" [...]»¹⁰. »

Par ailleurs, l'avantage fiscal découlant de l'application des règles d'attribution s'appuie sur les paragraphes 73(1) et 74.1(1) L.I.R. Le premier a pour objet de faciliter le transfert de biens entre époux sans conséquences fiscales immédiates. Quant au paragraphe 74.1(1) L.I.R., selon le juge LeBel, il fait partie d'un ensemble de dispositions antiévitement « destinées à empêcher les époux (ou d'autres contribuables ayant un lien de dépendance entre eux) de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de ce lien de dépendance lorsque l'un d'eux transfère un bien à l'autre»¹¹.

Une fois établi l'objet des dispositions qui confèrent l'avantage fiscal, la deuxième étape de l'analyse consiste à « déterminer si l'opération d'évitement contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions pertinentes»¹². À cet égard, pour le juge LeBel, il n'y a eu aucun abus des dispositions

⁹ *Lipson*, précité, note 1, par. 29.

¹⁰ *Id.*, par. 30.

¹¹ *Id.*, par. 32.

¹² *Id.*, par. 33.

permettant la déductibilité des intérêts. Selon lui, le ministre n'a pas démontré, comme il en avait le fardeau, que les opérations contrecarraient l'objet et l'esprit de ces dispositions de la loi :

« M. Lipson a vendu ses actions à son épouse, puis il a utilisé le produit de la vente pour acheter leur résidence (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 12). Ainsi, M^{me} Lipson a financé par emprunt l'achat de biens productifs de revenu, alors que M. Lipson a financé par actions l'achat de la résidence. Jusque là, les opérations étaient inattaquables¹³. »

C'est toutefois l'utilisation des règles d'attribution afin de transférer la déductibilité des intérêts à M. Lipson qui constitue un abus des dispositions de la loi, puisqu'elle contrecarre l'objet du paragraphe 74.1(1) L.I.R., selon le juge LeBel :

« Comme je l'indique au par. 32, le par. 74.1(1) vise à empêcher les époux de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de leur lien de dépendance lors du transfert d'un bien de l'un à l'autre. En l'espèce, la réattribution à M. Lipson du revenu net ou de la perte nette provenant des actions lui permettrait de déduire du revenu de dividendes qui lui est attribué les intérêts payés sur le prêt contracté par M^{me} Lipson pour acheter les actions. Or, avant le transfert, lorsque le revenu de dividendes se trouvait entre les mains de M. Lipson, aucuns frais d'intérêts n'auraient pu en être déduits. 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 M^{me} Lipson, constitue de l'évitement fiscal abusif. Il importe peu que la décision de M. Lipson de ne pas soustraire le bien en cause à l'application du par. 73(1) ait automatiquement emporté l'application du par. 74.1(1). L'objectif poursuivi demeure sans importance. Cependant, permettre à M. Lipson de se prévaloir du par. 74.1(1) pour que son impôt sur le revenu soit inférieur à ce qu'il aurait été sans le transfert des actions à son épouse contrecarrerait l'objet des règles d'attribution. En fait, une disposition anti-évitement est utilisée pour faciliter un évitement fiscal abusif¹⁴. » (Notre soulignement)

Ainsi, ayant conclu qu'il n'y avait pas eu abus des dispositions permettant la déductibilité des intérêts, mais seulement abus des règles d'attribution, le juge LeBel a déterminé les attributs fiscaux conformément au paragraphe 245(5) L.I.R., de façon à conclure que les intérêts devraient

¹³ *Id.*, par. 41.

¹⁴ *Id.*, par. 42.

être déduits par M^{me} Lipson plutôt que par M. Lipson, mais que les dividendes demeureraient imposables entre les mains de M. Lipson.

3.2. L'OPINION DISSIDENTE DU JUGE BINNIE (AVEC L'ACCORD DE LA JUGE DESCHAMPS)

Le juge Binnie, pour sa part, considère que les opérations en litige n'ont entraîné aucun abus dans l'application des dispositions de la loi. En ce qui concerne les dispositions permettant la déductibilité des intérêts, il se fonde sur l'arrêt *Singleton c. Canada*¹⁵ et sur le refus du ministre d'alléguer qu'il y avait eu dans cette affaire abus des dispositions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. :

« Dans l'affaire *Singleton*, ni la RGAÉ ni les règles d'attribution entre époux n'étaient en cause. L'issue du pourvoi tenait à la déductibilité de l'intérêt suivant l'al. 20(1)c) et à l'interprétation de cette disposition. Néanmoins, il importe de signaler dès le départ que le ministre ne demande pas à la Cour de revenir sur l'arrêt *Singleton*. Il ne prétend pas que la RGAÉ se serait appliquée eu égard aux faits de cette affaire¹⁶. » (Notre soulignement)

Il en conclut donc que si la planification fiscale n'était pas abusive dans l'affaire *Singleton*, elle ne l'est pas davantage en l'espèce, puisque la planification est similaire, hormis la dimension « conjugale ». Selon le juge Binnie, le transfert des actions entre époux à la JVM, entraînant l'application des règles d'attribution, ne suffit pas à rendre la série d'opérations globalement abusive.

Toujours selon le juge Binnie, le ministre n'a pas réussi à démontrer qu'il y avait eu un abus des règles d'attribution, puisque l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées ne permet pas de conclure que l'esprit et l'objet de ces dispositions ont été contrecarrés. La politique que contrecarrerait l'opération d'évitement n'apparaît pas clairement de cette interprétation des dispositions de la loi; selon lui, le ministre s'en remet plutôt à une « politique prépondérante », ce que le tribunal ne devrait pas faire :

« L'avocate du ministre prétend que l'appelant [traduction] “voulait se prévaloir du transfert en franchise d'impôt. Il voulait vendre les actions à son épouse pour donner lieu à une utilisation produisant un revenu, mais se soustraire aux conséquences habituelles d'une vente d'actions” (transcription de l'audience, p. 46). Or, c'est précisément le résultat envisagé par le législateur lors de

¹⁵ 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046 (ci-après « *Singleton* »).

¹⁶ *Lipson*, précité, note 1, par. 57.

l'adoption des règles d'attribution entre époux. Il s'agit, de la part de l'appelant, non d'un véritable abus "des dispositions invoquées", mais bien de leur pleine application. La thèse du ministre dépasse les limites. Suivant l'arrêt *Trustco Canada*, le ministre doit décrire l'abus de "l'objet ou l'esprit" des dispositions "[selon] une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal" (par. 42) [soulignement du juge]. En faisant fi de la vente initiale des actions, en considérant plutôt les intérêts payés à cet égard comme de simples intérêts sur le prêt hypothécaire résidentiel et en faisant effectivement valoir la non-déductibilité en soi de l'intérêt hypothécaire (malgré l'arrêt *Singleton*), le ministre, en toute déférence, s'en remet plus ou moins à une espèce de "politique prépondérante" ou "politique globale" que notre Cour, dans l'arrêt *Trustco Canada*, a voulu exclure de l'analyse que commande la RGAÉ (par. 41)¹⁷. » (Notre soulignement)

Le juge Binnie est fondamentalement en désaccord avec le juge LeBel sur l'interprétation de l'esprit et de l'objet des paragraphes 74.1(1) et 73(1) L.I.R. Selon lui, l'interprétation du juge LeBel est beaucoup trop large :

« Mon collègue le juge Lebel fait observer que "le par.74.1(1) vise à empêcher les époux de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de leur lien de dépendance lors du transfert d'un bien de l'un à l'autre" (par. 42). Cette conception de l'abus dans l'application du par. 74.1(1) est si large qu'elle inclut le transfert de biens entre époux à la juste valeur marchande pour des motifs financiers valables. À mon avis, cette interprétation confère une trop grande portée à la RGAÉ. Dans les faits, tout transfert d'un bien de l'époux dont le revenu est supérieur à l'époux dont le revenu est inférieur entraîne une réduction de l'impôt total exigible, comme le prévoit clairement l'art. 74.1¹⁸. » (Notre soulignement)

Le juge Binnie soutient que puisque le législateur, au paragraphe 74.1(1) L.I.R., a choisi d'attribuer à l'auteur du transfert les revenus **autant que les pertes** découlant du bien, on doit clairement conclure qu'il avait envisagé la possibilité que les pertes soient ainsi attribuées à l'époux ayant les revenus les plus élevés.

Selon lui, l'objectif visé par le législateur était justement de **permettre** aux conjoints de se transférer des biens, en retardant les conséquences fiscales et en attribuant à l'auteur du transfert les revenus du bien, jusqu'à ce que le transfert soit reconnu aux fins fiscales :

¹⁷ *Id.*, par. 65.

¹⁸ *Id.*, par. 76.

« Afin de déterminer l'“objet ou l'esprit” du par. 74.1(1) dont l'appelant aurait abusé par son stratagème, mon collègue le juge LeBel affirme, je le rappelle, que “les règles d'attribution prévues aux art. 74.1 à 74.5 constituent des dispositions anti-évitement destinées à empêcher les époux (ou d'autres contribuables ayant un lien de dépendance entre eux) de réduire l'impôt exigible en tirant avantage de ce lien de dépendance lorsque l'un d'eux transfère un bien à l'autre” (par. 32). En toute déférence, ce que le par. 74.1(1) vise selon lui à *empêcher* est en fait ce que la disposition vise à *permettre* si on l'interprète correctement. Comme mon collègue le juge LeBel paraît le reconnaître au par. 32 de ses motifs, la présente espèce n'a pas pour objet le fractionnement du revenu. Le but évident du contribuable était de reporter l'impôt sur le gain en capital réalisé lors du transfert des biens à son épouse tout en s'attribuant dans l'intervalle “le revenu ou la perte”.

Mon collègue ajoute au par. 42 que “[c]e n'est qu'en tirant avantage de leur lien de dépendance que les Lipson pouvaient obtenir ce résultat en l'espèce”. Je suis d'accord. Mais loin de constituer un indice d'abus, le lien conjugal est précisément à l'origine de la décision du législateur de permettre la réattribution du revenu ou de la perte à l'auteur du transfert. Autrement dit, à mon humble avis, les conséquences fiscales que réproouve mon collègue sont justement celles censées découler du par. 74.1(1), à moins que le contribuable ne se soustraie à son application¹⁹. »

Vu cette interprétation du paragraphe 74.1(1) L.I.R. diamétralement opposée à celle du juge LeBel, il n'est donc pas étonnant que le juge Binnie ait conclu qu'il n'y a pas eu abus de l'objet et de l'esprit de cette disposition. Selon lui, au contraire, cette disposition de la loi s'est appliquée conformément à l'intention du législateur.

3.3. L'OPINION DISSIDENTE DU JUGE ROTHSTEIN

S'il conclut également en faveur du contribuable, le juge Rothstein le fait pour des raisons complètement différentes de celles du juge Binnie.

Le juge Rothstein est d'accord avec le juge LeBel et avec le juge Binnie pour conclure que la RGAÉ ne s'applique pas en l'espèce à la déductibilité des intérêts. Quant aux règles d'attribution, il conclut que la RGAÉ ne s'applique pas non plus en l'espèce, « parce qu'une règle anti-évitement particulière – le par. 74.5(11) – l'emporte sur la règle générale²⁰ ».

Le paragraphe 74.5(11) se lit comme suit :

¹⁹ *Id.*, par. 80-81.

²⁰ *Id.*, par. 102.

« Malgré les autres dispositions de la présente loi, les articles 74.1 à 74.4 ne s'appliquent pas à un transfert ou prêt de biens lorsqu'il est raisonnable de conclure qu'un des principaux motifs du transfert ou prêt, selon le cas, consiste à réduire l'impôt qui, sans le présent paragraphe, serait payable en vertu de la présente partie sur le revenu et les gains dérivés du bien ou d'un bien y substitué. »

Le juge Rothstein est d'avis que cette disposition aurait dû s'appliquer en l'espèce, puisque l'un des principaux objets du transfert des actions était de réduire l'impôt payable sur le revenu du bien transféré, soit le revenu de dividendes diminué des intérêts.

Selon le juge Rothstein, l'existence de cette règle antiévitement particulière faisait obstacle à l'application de l'article 245 L.I.R., puisque celui-ci ne doit s'appliquer qu'en l'absence de tout autre recours. Cela a été reconnu dans l'arrêt *Trustco Canada*, qui parle de « mesure de dernier recours²¹ ». D'ailleurs, l'article 245 L.I.R. lui-même précise qu'il s'agit d'une disposition qui ne s'applique qu'en dernier recours :

« 245. (2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

[...]

(4) Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

(i) la présente loi,

b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble. » (Notre soulignement)

Selon le raisonnement du juge Rothstein, le ministre aurait dû appliquer le paragraphe 74.5(11) L.I.R. afin de supprimer l'avantage fiscal découlant de l'application des règles d'attribution. S'il l'avait fait, l'article 245 L.I.R. n'aurait pu s'appliquer, puisqu'il n'y aurait aucun avantage fiscal « compte

²¹ Précité, note 2, par. 21.

non tenu » de l'article 245 L.I.R. Par ailleurs, bien que le ministre n'ait pas, dans les faits, appuyé sa cotisation sur le paragraphe 74.5(11) L.I.R., cela ne change rien à l'application de l'article 245 L.I.R. :

« En d'autres termes, le par. 245(4) exige du ministre qu'il prenne en compte toutes les autres dispositions pertinentes de la Loi avant d'avoir recours à la RGAÉ. Cela comprend non seulement la disposition habilitante dont il y aurait eu abus, mais aussi les dispositions qui font elles-mêmes obstacle à l'utilisation de la disposition habilitante dans le dessein que conteste le ministre. Lorsqu'une règle anti-évitement particulière interdit au contribuable de se prévaloir de la disposition habilitante pour se soustraire entièrement ou partiellement à l'impôt, la RGAÉ ne s'applique pas²². » (Notre soulignement)

Maintenant que nous avons exposé les principaux motifs de chacun des juges ayant rédigé son opinion, nous analyserons à présent certaines questions soulevées par cette décision.

4. ANALYSE CRITIQUE

4.1. LE CRITÈRE DE « L'OBJET GLOBAL »

L'un des arguments principaux de l'appelant, M. Lipson, était que la Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale avaient eu tort d'appliquer le critère de « l'objet global » (*overall purpose*) des opérations, « c'est-à-dire de ramener plusieurs opérations juridiquement valables à une seule et de les qualifier différemment en leur attribuant un objet global »²³. Selon l'appelant, l'objet global n'est pas un critère applicable aux fins du paragraphe 245(4) L.I.R. Voyons comment les trois juges rédacteurs ont traité de cette question. La Cour suprême a-t-elle accepté ce nouveau critère de « l'objet global »?

Selon le juge LeBel, au nom de la majorité, l'argument de l'appelant peut être scindé en deux volets : le premier est que le tribunal devrait tenir compte des opérations individuellement et ne peut pas tenir compte de la série d'opérations, comme il en a été décidé dans l'arrêt *Singleton*; le deuxième volet porte sur l'objectif d'évitement fiscal, en ce que l'appelant soutient que le critère de « l'objet global » revient à appliquer la notion de « véritable fin économique » ou de « réalité économique » qui a été écartée dans l'affaire *Shell Canada Ltée c. Canada*²⁴ et dans l'affaire *Singleton*

²² *Lipson*, précité, note 1, par. 108.

²³ *Id.*, par. 33.

²⁴ [1999] 3 R.C.S. 622.

relativement à l'application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., et rejetée dans l'arrêt *Trustco Canada*²⁵ en ce qui a trait à l'application du paragraphe 245(4) L.I.R.

Quant au premier volet de l'argument, le juge LeBel rejette la prétention de l'appelant. D'abord, l'arrêt *Singleton* n'est pas pertinent sur ce point, puisqu'il a établi que la série d'opérations ne devait pas être examinée dans le cadre de l'application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., mais il est ici question de l'application du paragraphe 245(4) L.I.R. et non de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. Le juge LeBel est d'avis qu'il est nécessaire de tenir compte de l'ensemble des opérations de la série afin de déterminer si une opération d'évitement a entraîné un abus dans l'application des dispositions de la loi. En effet, le paragraphe 245(3) L.I.R. prévoit que l'opération d'évitement ne confère pas nécessairement en elle-même un avantage fiscal, elle peut avoir cet effet conjointement avec les autres opérations de la série. De plus, le paragraphe 245(4) L.I.R. prévoit qu'une opération peut entraîner « directement ou indirectement » un abus dans l'application des dispositions de la loi : l'emploi du mot « indirectement » vise notamment les situations où une opération de la série n'entraînerait pas directement un abus, mais entraîne **indirectement** un tel abus lorsque l'ensemble de la série est pris en considération.

Cependant, le juge LeBel donne raison à l'appelant sur le second volet de l'argument : il est vrai que le tribunal ne doit pas tenir compte, au stade de l'analyse du paragraphe 245(4) L.I.R., de la « véritable fin économique » de la série d'opérations puisqu'un objectif d'évitement fiscal n'est pas décisif pour l'application de ce paragraphe. L'objectif d'évitement n'est pertinent que pour l'application du paragraphe 245(3) L.I.R., alors que le paragraphe 245(4) L.I.R. exige plutôt de déterminer si l'opération contrecarre l'esprit ou l'objet des dispositions qui confèrent l'avantage fiscal. Pour l'application du paragraphe 245(4) L.I.R., c'est le résultat des opérations qui importe, et non leur objectif.

Le juge LeBel résume ainsi sa position sur les deux volets de cet argument :

« Les appelants font valoir à juste titre que dans le cas d'une série d'opérations, l'abus doit être lié aux opérations mêmes qui la constituent. Cependant, l'ensemble des opérations doit être pris en compte pour déterminer si, individuellement, elles entraînent un abus dans l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la LIR. Chacune des opérations doit être considérée

²⁵ Précité, note 2, par. 57 et 59.

dans le contexte de la série. Le tribunal de révision appelé à déterminer s'il y a eu évitement fiscal abusif peut ainsi apprécier et saisir la nature des éléments individuels de la série. Il faut toutefois se garder de mettre l'accent sur l'"objet global" des opérations, car cela pourrait impliquer à tort que la motivation du contribuable ou la fin de l'opération est décisive. Il est alors préférable de parler d'"effet global", ce qui correspond plus précisément au libellé du par. 245(4) et à l'arrêt *Trustco Canada*²⁶. »

Cette conclusion apparaît conforme aux principes établis par les arrêts *Trustco Canada* et *Mathew*, quant à l'interprétation de l'article 245 L.I.R. Dans l'arrêt *Trustco Canada*, la Cour s'exprimait ainsi sur l'objectif d'évitement :

« La question de savoir si les opérations obéissent à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d'autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d'évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu'un élément des faits qui sous-tendent l'affaire et serait insuffisante en soi pour établir l'existence d'un évitement fiscal abusif. La question centrale est celle de l'interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet. Il se peut que, lorsqu'elles sont interprétées correctement, les dispositions législatives en cause dans une affaire donnée exigent qu'un avantage fiscal particulier ne puisse s'appliquer qu'aux opérations ayant un certain objet économique, commercial, familial ou un autre objet non fiscal. L'absence de telles considérations peut alors devenir un facteur pertinent pour inférer que les opérations constituaient un abus dans l'application des dispositions en cause, mais il n'existe aucune règle d'or à ce sujet²⁷. »

À notre avis, il faut reconnaître, en effet, que le seul fait que la série d'opérations ait un « objectif global » d'évitement fiscal ne saurait entraîner l'application de la RGAÉ. Conclure autrement nierait toute utilité au paragraphe 245(4) L.I.R. puisque le paragraphe 245(3) L.I.R. exige déjà la démonstration d'un objectif d'évitement : la preuve d'un abus dans l'application des dispositions de la loi, deuxième étape de l'application de l'article 245 L.I.R., serait ainsi éliminée, puisque toute opération ayant un « objectif global » d'évitement fiscal, donc toute « opération d'évitement », serait jugée d'emblée abusive.

On peut toutefois se demander ce que le juge LeBel a voulu dire en parlant de « l'effet global » des opérations. Visait-il l'effet global des opérations sur le plan légal, ou leur effet global sur le plan économique?

²⁶ *Lipson*, précité, note 1, par. 34.

²⁷ *Trustco Canada*, précité, note 2, par. 58.

Nous présumons que le juge LeBel faisait référence à l'effet légal des opérations puisqu'il semblait vouloir rejeter la doctrine de la « substance économique ». Cependant, a-t-il voulu introduire un nouveau test de « l'effet global », ce qui viendrait ajouter un élément d'incertitude supplémentaire à l'analyse de l'application de la RGAÉ? À notre avis, il ne s'agit pas d'un nouveau test. Selon notre compréhension, l'expression « effet global » résume simplement l'idée selon laquelle il faut tenir compte du **résultat** des opérations, et non de leur **objet**, à ce stade de l'analyse (« l'effet »), et que le résultat de l'ensemble des opérations de la série doit être pris en compte (« global »).

Quant au juge Binnie, il est d'accord avec le juge LeBel, **sur le principe**. En ce qui concerne la possibilité de considérer la série d'opérations, il concède qu'« évidemment, l'analyse fondée sur la RGAÉ exige finalement que l'on tienne compte de la série d'opérations en entier pour déterminer si l'avantage fiscal découle d'un abus dans l'application des dispositions invoquées »²⁸. Cependant, il insiste pour dire que la RGAÉ ne peut permettre de requalifier les opérations individuelles à la lumière de la série d'opérations. Et effectivement, toute son opinion se fonde sur une analyse « étape par étape » de la transaction, où il conclut que chacune des étapes, individuellement, n'a entraîné aucun abus dans l'application des dispositions de la loi. Il s'exprime ainsi sur la question de « l'objet global » :

« L'arrêt *Trustco Canada* commande la retenue envers le juge de la Cour de l'impôt qui "s'est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu" (par. 66), mais j'estime que l'interprétation fondée sur l'"objet global" adoptée par la Cour de l'impôt, puis entérinée par la Cour d'appel fédérale, constituait une erreur de droit qui justifie notre intervention. La détermination de "l'objet" est pertinente pour les besoins du par. 245(3) lorsqu'il s'agit de savoir si l'opération en cause constitue ou non une "opération d'évitement". L'appelant a reconnu devant la Cour fédérale qu'il s'agissait bien d'un stratagème d'évitement fiscal. L'examen porte dès lors sur le par. 245(4), lequel empêche tout avantage fiscal qui, sans la RGAÉ, "entraînerait directement ou indirectement, [...] un abus", l'accent étant alors mis principalement sur le résultat, et non sur l'objet.

En outre, j'estime qu'il ne suffit pas au ministre d'offrir une qualification non étayée, générale et "globale" de la série d'opérations sans égard aux rapports juridiques qui en ont résulté. En l'espèce, comme dans l'affaire *Singleton*, il y a eu modification réelle de la situation financière du contribuable : son épouse est devenue propriétaire des actions²⁹. » (Notre soulignement)

²⁸ *Lipson*, précité, note 1, par. 68.

²⁹ *Id.*, par. 86-87.

Le juge Binnie rejette donc, encore plus fortement que le juge LeBel, l'idée d'un critère de « l'objet global ». Quant au juge Rothstein, il n'aborde pas cette question dans son opinion.

La Cour suprême, presque à l'unanimité, a ainsi écarté le « nouveau » critère de « l'objet global » ou *overall purpose*, en tant que critère d'application du paragraphe 245(4) L.I.R., tout en confirmant la nécessité d'examiner la série d'opérations dans son ensemble afin de déterminer s'il y a eu abus dans l'application des dispositions de la loi. À notre avis, c'est à bon droit qu'elle a conclu ainsi : la Cour évite de ramener un test ressemblant de trop près à celui de la « substance économique », ou encore au *smell test* rejeté dans l'arrêt *Trustco Canada*.

4.2. ABSENCE D'ABUS DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

L'arrêt *Lipson* vient-il confirmer la déductibilité des intérêts dans les opérations similaires à celles de l'arrêt *Singleton*? Nous pouvons sans nul doute conclure que oui.

En effet, la Cour a unanimement rejeté l'application de la RGAÉ à l'égard de la déductibilité des intérêts dans cette affaire, puisque les trois juges ayant rédigé leur opinion ont conclu ainsi. Or, si l'on ne tient compte que de l'aspect de la déductibilité des intérêts, en écartant l'application des règles d'attribution qui procuraient un avantage fiscal supplémentaire, la transaction dans l'affaire *Lipson* est essentiellement similaire à celle de l'affaire *Singleton*. La seule différence tient au fait que M. Lipson, contrairement à ce que M. Singleton avait fait dans sa société de personnes, ne pouvait retirer son capital de la société directement, pour utiliser ce capital afin d'acquérir la maison. M. Lipson a donc dû vendre ses actions à son épouse pour retirer son capital. Avec l'argent de la vente, qui lui appartenait en propre, il a acheté la maison, au nom des deux conjoints. Par la suite, le prêt hypothécaire accordé aux deux conjoints a servi à rembourser le premier emprunt effectué par son épouse pour financer l'achat des actions. Le seul élément qui était absent de l'affaire *Singleton* est donc l'application du paragraphe 20(3) L.I.R. Nous pouvons donc conclure que si les opérations n'entraînaient pas un abus des dispositions de la loi relatives à la déductibilité des intérêts dans l'affaire *Lipson*, elles ne seraient pas considérées comme abusives dans les autres situations similaires à l'affaire *Singleton*.

Selon le juge LeBel, au nom de la majorité, il n'y a eu aucun abus des dispositions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et du paragraphe 20(3) L.I.R. Comme

nous l'avons vu plus haut, il estime que l'objet et l'esprit de ces dispositions n'ont pas été contrecarrés, et que si les Lipson n'avaient pas invoqué l'application des règles d'attribution, les opérations auraient été « inattaquables ». Selon lui, M^{me} Lipson a financé par emprunt l'achat de biens productifs de revenu, ce qui ne constitue nullement un abus de l'objet et de l'esprit de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., et M. Lipson a financé par la vente de ses actions l'achat de la résidence.

Nous regrettons que l'analyse du juge LeBel sur cette question soit si succincte et laisse un peu le lecteur sur sa faim. En fait, bien qu'il ait affirmé que les opérations doivent être examinées à la lumière de la série d'opérations, il semble que, pour cette partie de l'analyse, il n'ait justement pas tenu compte des autres opérations de la série : il affirme que **si la série s'était arrêtée là**, les opérations auraient été inattaquables; mais dans les faits, la série ne s'est pas arrêtée là.

Il semble que le procureur du ministre n'ait pas insisté sur ce point, concédant que la transaction dans l'affaire *Singleton* n'était pas abusive et n'entraînait pas l'application de la RGAÉ. Toutefois, le juge LeBel affirme que l'arrêt *Singleton* n'est pas déterminant en l'espèce, puisque dans cet arrêt l'applicabilité de la RGAÉ n'était pas en cause. Pourtant, il ne s'attarde pas à l'analyse de l'abus des dispositions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., alors que certaines questions auraient mérité un examen plus approfondi.

Premièrement, malgré l'admission du ministre, pour quels motifs parvient-on à la conclusion qu'il n'y a eu aucun abus de l'objet et de l'esprit de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. dans l'affaire *Singleton*? Dans l'affaire *Singleton*, il n'était pas question de la RGAÉ et la Cour a refusé d'examiner les opérations comme une série d'opérations, au motif que l'alinéa 20(1)c) L.I.R. ne le prévoit pas; l'analyse aurait donc pu être différente si l'on avait tenu compte de l'ensemble des opérations de la série, comme l'article 245 L.I.R. commande de le faire et si l'on avait poussé l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. beaucoup plus loin, plutôt que de se contenter d'affirmer que son objet est « d'encourager l'accumulation de capitaux susceptibles de produire des revenus », comme l'a fait le juge LeBel.

D'ailleurs, dans l'arrêt *Singleton*, le même juge LeBel, dans son opinion dissidente, était d'avis que les opérations allaient à l'encontre de l'objet de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et aurait refusé la déduction des intérêts, même en l'absence de l'application de l'article 245 L.I.R. Il est étonnant de constater qu'il n'a pas saisi l'occasion, dans l'arrêt *Lipson*, d'appliquer cette analyse dans le cadre de la RGAÉ.

Deuxièmement, dans l'affaire *Lipson*, on ne s'est pas interrogé sur le fait que le premier emprunt, fait par M^{me} Lipson, avait été remboursé par un emprunt fait au nom des deux conjoints. En réalité, M^{me} Lipson n'avait pas les moyens de rembourser cet emprunt, ce qui ressortait de la preuve. Le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt s'est à juste titre interrogé sur la question de savoir qui payait les intérêts³⁰. En effet, en faisant abstraction de l'article 74.1 L.I.R., c'est M^{me} Lipson qui pourrait déduire les intérêts dans le calcul du revenu tiré de ses actions. Il apparaît un peu étrange que madame puisse déduire les intérêts sur un emprunt qu'elle a effectué pour acheter des actions, alors que c'est monsieur qui paie les intérêts en question. Ce contexte factuel ne doit-il pas être pris en compte pour évaluer le caractère abusif des opérations? En fait, si l'on tient compte de l'ensemble de la série d'opérations, c'est comme si M. Lipson avait **lui-même emprunté pour acheter ses propres actions** et déduisait les intérêts qu'il paie sur cet emprunt en raison des règles d'attribution.

Le juge Binnie, quant à lui, n'a même pas voulu se pencher sur cette question. Après avoir souligné que le ministre ne prétendait pas que la RGAÉ aurait pu s'appliquer aux faits de l'affaire *Singleton*, il conclut :

« Le ministre reconnaît que nul ne conteste la déductibilité des intérêts (exposé conjoint des faits et conclusion, par. 15). Si on applique l'arrêt *Singleton*, la seule question est celle de savoir si la déduction devient "abusive" lorsque le revenu ou la perte est réattribué au cédant (l'appelant) en application des règles d'attribution entre époux énoncées aux par. 73(1) et 74.1(1)³¹. »

Quant au juge Rothstein, il se dit d'accord avec l'analyse de ses collègues LeBel et Binnie sur cette question.

En somme, bien que la Cour ait bien peu explicité ses motifs sur cette question, nous pouvons conclure que les transactions de type « *Singleton* » permettant d'obtenir la déductibilité des intérêts ne sont plus contestables en vertu de la RGAÉ.

4.3. ABUS DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX RÈGLES D'ATTRIBUTION

Le juge LeBel, au nom de la majorité, a conclu qu'il y avait eu abus de l'objet et de l'esprit des règles d'attribution, essentiellement parce que M. Lipson a utilisé afin d'obtenir un avantage fiscal des règles dont l'objet

³⁰ *Lipson (CCI)*, précité, note 5, par. 8.

³¹ *Id.*, par. 58.

est **d'empêcher** les contribuables de réduire leur revenu en transférant à leur conjoint les revenus ou les pertes découlant d'un bien. Selon lui, l'utilisation du paragraphe 74.1(1) L.I.R. en l'espèce était tout à fait contraire à son objet.

Le juge Binnie, au contraire, a conclu que l'objet des dispositions en cause était de **permettre** aux contribuables de transférer des biens entre conjoints, en retardant la reconnaissance des conséquences fiscales, soit le gain en capital (par. 73(1) L.I.R.) et le transfert de l'imposition des revenus (par. 74.1(1) L.I.R.). Par conséquent, il a conclu que les opérations n'avaient pas contrecarré cet objet et qu'au contraire ces dispositions s'étaient appliquées conformément à leur objet ainsi défini.

Nous croyons que les articles 73 à 74.5 L.I.R. doivent être lus et interprétés ensemble, afin de comprendre quelle était l'intention du législateur. S'ils sont lus dans leur contexte, il serait raisonnable de conclure que ces articles ont un double objectif : empêcher le fractionnement du revenu (art. 74.1 L.I.R.) et permettre un transfert de biens sans conséquences fiscales entre conjoints pour encourager un partage des biens équitable entre conjoints (art. 73 L.I.R.). C'est d'ailleurs pourquoi il est possible de faire un choix en vertu de l'article 74.5 L.I.R. de transférer les biens à la JVM, afin d'éviter les règles d'attribution. Les deux juges avaient donc en partie raison, d'une certaine façon.

Néanmoins, l'article 74.1 L.I.R. vise notamment à empêcher le fractionnement du revenu entre conjoints, c'est-à-dire les transferts entre conjoints de biens générateurs de revenus, dans le but d'utiliser la différence des taux marginaux d'imposition afin de réaliser une économie d'impôt globale pour le couple. La meilleure preuve que l'intention du législateur au paragraphe 74.1(1) L.I.R. visait à empêcher le transfert de revenus au conjoint le moins nanti, ainsi que le transfert de pertes au conjoint le mieux nanti, est l'existence du paragraphe 74.5(11) L.I.R. Celle-ci démontre que le législateur avait envisagé que les règles d'attribution puissent être détournées de leur objet et être utilisées afin d'obtenir un avantage fiscal, et qu'il a clairement exprimé son intention d'empêcher cette utilisation.

Or, les juges Binnie et LeBel ont rejeté l'application du paragraphe 74.5(11) L.I.R. parce que le ministre n'en avait jamais invoqué l'application; mais ils n'ont pas non plus considéré cette disposition dans l'interprétation contextuelle du paragraphe 74.1(1) L.I.R. Il nous apparaît pourtant que le paragraphe 74.5(11) L.I.R. témoigne de l'intention du législateur de faire de l'article 74.1 L.I.R. une disposition antiévitement, et non une disposition permettant de réduire l'impôt d'une cellule familiale.

Par ailleurs, le juge Rothstein avait-il raison de prétendre que l'existence du paragraphe 74.5(11) L.I.R. empêchait l'application de la RGAÉ? Les deux autres juges ont rejeté cet argument. Pour le juge LeBel, au nom de la majorité, la Cour ne peut trancher la question en fonction du paragraphe 74.5(11) L.I.R., puisque les deux parties ont toujours considéré, depuis le début des procédures, que cette disposition ne s'appliquait pas en l'espèce. Selon lui, la Cour doit trancher les questions en litige telles qu'elles sont présentées dans les actes de procédures, tant devant elle que devant les instances inférieures³². La Cour ne peut refuser d'appliquer la RGAÉ au motif qu'une autre règle antiévitemment plus particulière aurait également pu s'appliquer, alors que les parties l'ont considérée comme inapplicable tout au long des procédures.

En outre, le juge LeBel estime que l'article 245 L.I.R. permettait, en l'espèce, de tenir compte plus adéquatement de la série d'opérations dans toute sa complexité :

« Il s'agit d'une disposition supplétive, mais elle est conçue pour tenir compte de la complexité d'opérations qui échappent à l'application de dispositions antiévitemment particulières. Je le répète, la RGAÉ s'intéresse précisément aux conséquences d'une série complexe d'opérations qui tient souvent à l'interaction de dispositions distinctes de la LIR. Le ministre pouvait légitimement l'appliquer à une série d'opérations ayant une incidence sur plus d'une source de revenu³³. »

Quant au juge Binnie, dissident, à l'opinion duquel la juge Deschamps a souscrit, il estimait qu'il n'y avait aucun fondement factuel en l'espèce pour examiner l'application de cette disposition et que, par conséquent, la Cour ne pouvait se prononcer sur cette question.

À ces arguments, le juge Rothstein répond ainsi. Quant au premier argument, selon lequel les parties ont toujours considéré le paragraphe 74.5(11) L.I.R. comme inapplicable, il réplique que le fait qu'aucune des parties n'ait invoqué cette disposition ne l'empêche pas de s'appliquer en droit, les parties ne pouvant se soustraire ni renoncer à la juste application de la loi³⁴.

³² *Id.*, par. 43-44.

³³ *Id.*, par. 47.

³⁴ *Id.*, par. 118.

Quant au second argument, selon lequel la RGAÉ était plus appropriée pour tenir compte de l'ensemble de la série d'opérations, il répond que « le fait que le transfert de biens entre les époux, auquel s'appliquait le par. 74.1(1), faisait partie d'une "série complexe d'opérations" n'empêche pas de conclure que l'un des principaux motifs du transfert était la réduction ou la suppression de l'impôt payable sur le revenu tiré des biens³⁵. »

Enfin, quant au fondement factuel supposément absent, le juge Rothstein rétorque que le paragraphe 74.5(11) L.I.R. « s'applique en raison de la loi, et non de quelque supposé fondement factuel³⁶ ».

Il est difficile, à notre avis, de conclure que le juge Rothstein avait tort. En droit, il a tout à fait raison d'affirmer que la RGAÉ ne saurait s'appliquer lorsqu'une autre disposition de la loi vient éliminer l'avantage fiscal recherché :

« [J]e le rappelle, la RGAÉ n'est censée constituer qu'une disposition de dernier recours. Débattre de son applicabilité sans tenir compte de la règle anti-évitement particulière qui l'écarte fait abstraction de son libellé même³⁷. »

Bien qu'elle eût été frustrante pour les parties et pour les membres de la communauté fiscale, qui attendaient une décision pouvant éclairer l'application de la RGAÉ, la conclusion du juge Rothstein nous apparaît bien fondée en droit.

4.4. LES CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT *LIPSON* SUR L'APPLICATION DE LA RGAÉ

La démarche analytique établie dans l'arrêt *Trustco Canada* aux fins de l'application de la RGAÉ a-t-elle été modifiée par l'arrêt *Lipson*? Nous sommes d'avis que non. D'une part, tant le juge LeBel que le juge Binnie ont appliqué le test de l'arrêt *Trustco Canada* : d'abord, ils ont déterminé l'objet et l'esprit des dispositions invoquées au soutien de l'avantage fiscal, par une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions; puis, ils ont déterminé si les opérations d'évitement contrecarraient l'esprit ou l'objet des dispositions pertinentes. D'autre part, ils ont tous les deux rejeté le critère de « l'objet global » en tant que critère indépendant ou

³⁵ *Id.*, par. 115.

³⁶ *Id.*, par. 120.

³⁷ *Id.*, par. 119.

supplémentaire, qui ramenait plus ou moins la notion de « véritable fin économique » ou de « substance économique » de la série d'opérations. Ils ont tous deux confirmé que le tribunal devait examiner chacune des opérations à la lumière de l'ensemble de la série, mais cela n'a rien modifié au test de l'arrêt *Trustco Canada*. En somme, tant les majoritaires que les minoritaires (sauf bien sûr le juge Rothstein) ont appliqué la démarche proposée dans l'arrêt *Trustco Canada*, sans modifier ou préciser celle-ci. C'est dans l'application de ce test qu'ils diffèrent d'opinion.

À la suite de l'arrêt *Lipson*, l'application de la RGAÉ est-elle plus prévisible pour les contribuables et leurs conseillers? À l'exception des planifications de type « *Singleton* » visant la déductibilité des intérêts, qui sont maintenant à l'abri de l'application de la RGAÉ, on ne peut prétendre que l'arrêt *Lipson* rendra la tâche plus facile aux planificateurs fiscaux et aux contribuables pour prévoir l'applicabilité de l'article 245 L.I.R. à leurs opérations d'évitement. En effet, pour plusieurs observateurs, la planification en cause dans l'affaire *Lipson* n'était pas plus abusive que celle de l'affaire *Singleton*, ou celle de l'affaire *Trustco Canada*, et elle a pourtant été jugée abusive par la Cour suprême alors que les deux autres ne l'étaient pas³⁸.

Comme le démontre cette décision, en appliquant le même cadre d'analyse, quatre juges de la Cour suprême sont parvenus à la conclusion que la transaction était abusive, alors que deux sont parvenus à la conclusion contraire. Il ne pourrait y avoir démonstration plus convaincante de la difficulté de prévoir l'application de la RGAÉ à une situation de fait donnée.

Cette imprévisibilité qui demeure, dans l'application de la RGAÉ, est-elle inadmissible dans un système d'autocotisation? Ou est-elle un mal nécessaire afin de protéger l'assiette fiscale de l'État contre les planifications fiscales abusives? Tout dépend bien sûr du point de vue où l'on se place. Selon certains planificateurs fiscaux, cette imprévisibilité est intenable; ce point de vue est reflété dans l'opinion dissidente du juge Binnie, laquelle débute par ces passages :

« Faut-il s'inquiéter de l'état de santé du duc de Westminster? Je le crains. Même si, dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, notre Cour a confirmé au par. 11 la validité du principe consacré dans *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.), à savoir que le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire le plus possible l'impôt qu'il lui faut payer, l'approche traditionnelle est désormais tempérée par l'application de la règle générale anti-

³⁸ *Id.*, par. 64.

évitement (“RGAÉ”). Dans les présents pourvois, comme dans l’affaire *Trustco Canada*, notre Cour est appelée à établir un juste équilibre.

Si son application n’est pas balisée par la jurisprudence, la RGAÉ est une arme susceptible d’avoir un effet considérable, sérieux et imprévisible sur la planification fiscale légitime. Néanmoins, elle doit évidemment jouer un rôle véritable. Ce rôle est circonscrit au par. 245(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) : le ministre doit non seulement établir que l’opération est une “opération d’évitement”, c’est-à-dire une opération effectuée dans le but principal d’obtenir un avantage fiscal, mais aussi que l’avantage fiscal découle d’un abus dans l’application des dispositions de la Loi qui sont invoquées³⁹. »

À la toute fin de son opinion, le juge Binnie conclut ainsi :

« À mon sens, le ministre n’a pas établi le caractère “clairement” abusif de l’opération. Appliquer la RGAÉ dans ces circonstances équivalait, à mon humble avis, à invoquer pour la forme le principe dégagé dans l’arrêt *Duke of Westminster* sans prendre son rôle au sérieux en ce qui concerne la cohérence, la prévisibilité et l’équité du régime fiscal⁴⁰. »

Cependant, si on se place du point de vue de l’État, ou encore du point de vue de l’ensemble des contribuables, qui doivent assumer le fardeau fiscal global plus élevé découlant des planifications fiscales abusives, l’imprévisibilité relative dans l’application de l’article 245 L.I.R. est inévitable et intrinsèque au caractère général de cet article. Toutefois, on peut argumenter que la très grande majorité des opérations courantes des contribuables échappent à l’application de l’article 245 L.I.R., simplement parce qu’il ne s’agit pas d’opérations d’évitement. C’est lorsque le contribuable choisit de mettre en place une opération d’évitement qu’il accepte de prendre le risque de se voir appliquer le paragraphe 245(4) L.I.R.

Le législateur a choisi d’ajouter à la loi une règle **générale** qui prévoit que les opérations qui, **bien qu’elles respectent la lettre de la loi**, contrecarrent son esprit ou son objet ne sont pas valables aux fins fiscales. Forcément, cette règle est rédigée dans des termes généraux, qui doivent être interprétés et appliqués par les tribunaux en fonction des circonstances de chaque cas, comme c’est leur rôle de le faire. Le juge LeBel exprime ainsi l’inévitabilité de cette incertitude :

³⁹ *Id.*, par. 54-55.

⁴⁰ *Id.*, par. 98.

« Dans la mesure où il n'est pas toujours manifeste qu'une opération d'évitement ou une série d'opérations d'évitement contrecarre ou non l'objet d'une disposition, la RGAÉ peut rendre la planification fiscale quelque peu incertaine, mais il en va de même pour toute application de la loi à des circonstances particulières. La RGAÉ n'est ni une disposition pénale ni un instrument de soumission du contribuable. Dans le cadre complexe de la LIR, elle vise à empêcher l'évitement fiscal abusif et à préserver l'équité du régime fiscal. La volonté d'éviter l'incertitude ne saurait justifier que l'on fasse abstraction d'une disposition de la LIR à laquelle le législateur a clairement voulu assujettir des opérations qui sont par ailleurs valables à première vue⁴¹. »

Il est impossible, en raison de la nature même de la RGAÉ, d'obtenir une prévisibilité certaine de son application. Ce n'est qu'avec le développement du corpus jurisprudentiel et du volume de décisions anticipées qu'il deviendra de plus en plus facile de prévoir son application à des situations de fait particulières. À cet égard, il est vrai que l'arrêt *Lipson* n'apporte pas nécessairement un éclairage qui facilitera la prévisibilité de l'application de la RGAÉ, en particulier compte tenu de l'introduction de la nouvelle expression « effet global », qu'il est difficile d'interpréter et d'appliquer. Mais est-il vraiment plus difficile de prévoir l'application de la RGAÉ à une opération particulière, que de déterminer à l'avance, par exemple, si une dépense est une dépense de capital ou d'exploitation, ou encore si un particulier est un employé ou un travailleur autonome? Toute application de la loi à une situation de fait particulière entraîne une part d'incertitude.

⁴¹ *Id.*, par. 52.

**L'ARRÊT LA REINE C. CASCADES INC. – PERTE EN CAPITAL
RÉPUTÉE NULLE PAR INTERPRÉTATION DE L'ALINÉA 40(3.5)c)
DE LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU**

CHANTAL JACQUIER, LL. M., AVOCATE

PRÉCIS

Le présent article porte sur l'affaire *Cascades* et, par conséquent, sur l'interprétation des paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui prévoient une règle de minimisation des pertes occasionnées par la disposition d'actions entre sociétés affiliées. Il y est plus particulièrement question de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R.

ABSTRACT

This paper deals with the *Cascades* case, and the interpretation of subsections 40(3.3) to (3.5) of the *Income Tax Act*. These provisions, which are part of the stop-loss rules, apply with respect to losses arising upon the disposition of shares amongst affiliated persons. The focus is on paragraph 40(3.5)(c) I.T.A.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	511
1. LES FAITS : UNE VENTE D' ACTIONS SUIVIE D' UNE FUSION DE SOCIÉTÉS AFFILIÉES	511
2. LA MINIMISATION DES PERTES FISCALES PROVENANT D'OPÉRATIONS ENTRE PERSONNES AFFILIÉES	512
3. LE CADRE LÉGISLATIF PROPRE À LA DISPOSITION D' ACTIONS ENTRE SOCIÉTÉS AFFILIÉES	513
4. LA POSITION DES PARTIES	514
5. LA MÉTHODE CONTEMPORAINE D' INTERPRÉTATION : TEXTE, CONTEXTE, OBJET	516
6. LE JUGEMENT DE LA COUR CANADIENNE DE L' IMPÔT : PERTE RECONNUE IMMÉDIATEMENT	517
6.1. TEXTE ET CONTEXTE	518
6.2. OBJET DE LA LOI	518
7. L' ARRÊT DE LA COUR D' APPEL FÉDÉRALE : PERTE RÉPUTÉE NULLE	520
7.1. INTERPRÉTATION TEXTUELLE	520
7.2. INTERPRÉTATION CONTEXTUELLE	521
7.3. INTERPRÉTATION TÉLÉOLOGIQUE	522
7.4. INTENTION DU CONTRIBUABLE NON PERTINENTE	523

INTRODUCTION

C'est l'histoire d'une perte en capital de près de 16 M\$ de la société Cascades inc., réputée nulle par la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹. C'est surtout l'histoire des résultats différents que peut donner une même méthode d'interprétation législative, selon qu'elle est invoquée par l'une ou l'autre des parties et qu'elle est appliquée, en l'occurrence, par la Cour canadienne de l'impôt² ou par la Cour d'appel fédérale³.

1. LES FAITS : UNE VENTE D'ACTIONS SUIVIE D'UNE FUSION DE SOCIÉTÉS AFFILIÉES

En juin 2000, le Groupe Cascades a élaboré une réorganisation visant à « lui assurer une meilleure valorisation sur les marchés financiers et à soutenir sa croissance future ». En effet, la taille relativement petite du capital-actions libre de trois filiales cotées en Bourse de la société Cascades inc. ainsi que les faibles volumes de transactions sur ces filiales rendaient difficile leur financement par capital-actions. D'où l'idée de chapeauter les trois filiales par un seul véhicule public et, par conséquent, d'échanger toutes les actions ordinaires détenues par le public dans les trois filiales contre des actions ordinaires de la société Cascades inc. à émettre à cette fin⁴.

Dans l'affaire *Cascades* entendue par la Cour canadienne de l'impôt puis par la Cour d'appel fédérale, seule une de ces filiales est en cause : Les Industries Paperboard International inc./Paperboard International Industries Inc. (ci-après « PII »), dont les actions étaient négociées à la Bourse de Toronto. La société Cascades inc. détenait environ 71 % des actions ordinaires de PII. PII était, par le fait même, une société affiliée à la société Cascades inc., au sens de l'article 251.1 L.I.R.⁵

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

² *Cascades inc. c. La Reine*, 2007 CCI 1730 (ci-après « *Cascades CCI* »).

³ *La Reine c. Cascades inc.*, 2009 CAF 135 (ci-après « *Cascades CAF* »).

⁴ *Cascades CCI*, précité, note 2, par. 34, faisant notamment état du communiqué de la société Cascades inc. du 10 juillet 2000 joint à l'exposé conjoint des faits déposé par les parties devant la Cour canadienne de l'impôt.

⁵ La notion de « personne affiliée », à l'article 251.1 L.I.R., sert notamment à l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui ont pour objet de limiter la réalisation de pertes sur certains transferts. Sont notamment des personnes affiliées une société et une personne qui contrôle la société (al. 251.1(1)b)(i) L.I.R.). Le contrôle peut être un contrôle de fait (par.251.1(3) « contrôle » L.I.R.).

Le 8 septembre 2000, une société à numéro⁶ a été constituée. La société Cascades inc. en était l'unique actionnaire. La société à numéro était ainsi une société affiliée à la société Cascades inc., au sens de l'article 251.1 L.I.R.

Le 5 décembre 2000, la société Cascades inc. a vendu à la société à numéro la totalité des actions qu'elle détenait dans le capital-actions de PII pour une contrepartie, en actions ordinaires de la société à numéro, égale à la juste valeur marchande des actions de PII vendues, soit 52 841 546 \$. La société Cascades inc. subissait ainsi une perte en capital de près de 16 M\$⁷.

Le 31 décembre 2000, soit 26 jours plus tard, PII et la société à numéro ont fusionné. Chacune des actions ordinaires de la société à numéro que la société Cascades inc. détenait a été convertie en action ordinaire de la société issue de la fusion, appelée par commodité PII Fusionco⁸. PII Fusionco est une société affiliée à la société Cascades inc. au sens de l'article 251.1 L.I.R.⁹

La société Cascades inc. a réclamé dans le calcul de son revenu imposable pour l'année d'imposition 2000 la perte en capital de presque 16 M\$ qu'elle avait subie à la disposition des actions de PII avant la fusion de PII avec la société à numéro.

Le ministre du Revenu national a déterminé que cette perte en capital était réputée nulle en vertu des paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R.

2. LA MINIMISATION DES PERTES FISCALES PROVENANT D'OPÉRATIONS ENTRE PERSONNES AFFILIÉES

Les paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R. font partie d'un certain nombre de règles qui visent à limiter la réalisation des pertes subies lors du transfert d'un bien à une personne affiliée. On les appelle en anglais *stop loss rules*. En français, on parle de « règles sur la minimisation des pertes ».

⁶ Il s'agit de la société 3715965 Canada inc.

⁷ Plus précisément une perte en capital de 15 941 608 \$, les actions de PII détenues par la société Cascades inc. ayant un prix de base rajusté de 68 783 154 \$.

⁸ Il s'agit en réalité de la société 384894-9 Canada inc.

⁹ Par. 251.1(2) L.I.R.

De façon générale, ces règles ne visent pas à annuler la perte subie mais à la reporter à plus tard : le bien qui a été transféré à perte à une société affiliée, ou un bien identique, doit sortir du groupe de sociétés affiliées pour que la perte soit reconnue à des fins fiscales. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne fait que différer la perte, la perte est latente et elle est réputée nulle tant qu'elle n'est pas véritablement réalisée en dehors du groupe de sociétés affiliées.

L'idée est la même pour tous les biens. Si la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit des mécanismes distincts, c'est pour s'adapter au type de bien occasionnant la perte entre sociétés affiliées. Ainsi, le paragraphe 13(21.2) L.I.R. concerne la disposition de biens amortissables. Les paragraphes 14(12) et 14(13) L.I.R. concernent la disposition d'immobilisations admissibles relativement à une entreprise. Les paragraphes 18(14) à 18(16) L.I.R. visent les biens figurant à l'inventaire d'une entreprise qui est un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Le sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R. traite des pertes apparentes par ailleurs définies à l'article 54 L.I.R.¹⁰ Enfin, les paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R. visent la disposition d'immobilisations non amortissables, notamment des actions, qui occasionne une perte en capital au sein de sociétés affiliées. C'est ce dont il est question dans l'affaire *Cascades*.

3. LE CADRE LÉGISLATIF PROPRE À LA DISPOSITION D' ACTIONS ENTRE SOCIÉTÉS AFFILIÉES

Le paragraphe 40(3.4) L.I.R. prévoit que la perte en capital résultant de la disposition d'actions est réputée nulle si les trois conditions indiquées au paragraphe 40(3.3) L.I.R. sont remplies, à savoir :

- a) si le cédant dispose d'une immobilisation non amortissable (al. 40(3.3)a) L.I.R.) : c'est le cas de la société Cascades inc., qui, le 5 décembre 2000, a disposé des actions qu'elle détenait dans PII;
- b) si, au cours de la période qui commence 30 jours avant la disposition et qui se termine 30 jours après la disposition, le cédant ou une personne

¹⁰ Une « perte apparente » est une perte résultant de la disposition d'un bien si, au cours de la période qui commence 30 jours avant la disposition et qui se termine 30 jours après la disposition, le contribuable ou une personne affiliée à celui-ci acquiert le bien ou un bien identique et si à la fin de cette période de 61 jours le contribuable ou une personne affiliée à celui-ci en est propriétaire ou a le droit de l'acquérir. Ce type de perte en capital est nul.

affiliée à celui-ci acquiert le même bien ou un bien identique (al. 40(3.3)b) L.I.R.) : c'est le cas de la société à numéro, société affiliée à la société Cascades inc., qui a acquis, le 5 décembre 2000, les actions de PII;

- c) si, à la fin de cette période de 61 jours, plus précisément à la fin de la période de 30 jours suivant la disposition, le cédant ou une personne affiliée à celui-ci est **propriétaire** du bien ou du bien identique (al. 40(3.3.)c) L.I.R.).

À première vue, la condition posée par l'alinéa 40(3.3.)c) L.I.R. ne semble pas remplie : aucune personne affiliée à la société Cascades inc. n'était propriétaire des actions de PII à la fin de cette période, puisque 26 jours après la disposition il y a eu fusion de PII et de la société à numéro qui avait acquis les actions de PII. Les actions de PII n'existaient plus.

Mais le paragraphe 40(3.5) L.I.R. change la donne en créant certaines présomptions. Une de ces présomptions, celle énoncée à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R., veut que si, après la disposition d'actions d'une société par le cédant, il y a fusion de cette société avec une ou plusieurs autres sociétés, **la société issue de la fusion soit réputée propriétaire des actions tant qu'elle est affiliée au cédant**. En l'occurrence, PII Fusionco, société issue de la fusion et affiliée à la société Cascades inc., est réputée être propriétaire des actions de PII.

Dès lors, la troisième condition prévue à l'alinéa 40(3.3)c) L.I.R. pour que la perte de près de 16 M\$ de la société Cascades inc. soit réduite à zéro était remplie.

Pour le ministre du Revenu national, la loi était claire. C'était sans compter avec la virtuosité des représentants de la société Cascades inc. à lire autrement le texte de la loi.

4. LA POSITION DES PARTIES

Voici le texte de la loi sur l'interprétation duquel les parties ne s'entendaient pas :

40(3.5) <u>Les présomptions suivantes s'appliquent dans le cadre des paragraphes (3.3) et (3.4) :</u> [...] c) <u>lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent à la disposition par un cédant d'une action du capital-actions d'une société</u> et que, après cette disposition, la société est fusionnée avec une ou plusieurs autres sociétés [...], la société issue de la fusion [...] est réputée être propriétaire de l'action tant qu'elle est affiliée au cédant; [...] (Soulignement et caractères gras ajoutés)	40(3.5) <u>For the purposes of subsections (3.3) et (3.4),</u> ... (c) <u>where subsections (3.3) and (3.4) apply to the disposition by a transferor of a share of the capital stock of a corporation</u>, and after the disposition the corporation is merged with one or more other corporations ..., the corporation formed on the merger... is deemed to own the share while it is affiliated with the transferor; and ... (Soulignement et caractères gras ajoutés)
---	---

Les représentants de la société Cascades inc. soutenaient essentiellement que le texte de l'alinéa 40(5)c) L.I.R. était clair. La mise en application de la présomption qui y est contenue ne survenait, selon eux, que lorsque toutes les conditions prévues au paragraphe 40(3.3) L.I.R. étaient remplies.

Or, la condition prévue à l'alinéa 40(3.3)c) L.I.R. n'était pas remplie : ni la société Cascades ni une société affiliée à celle-ci n'était propriétaire des actions de PII à la fin de la période de 30 jours suivant la disposition, puisque PII n'existait plus du fait de la fusion survenue 26 jours après la disposition des actions par la société Cascades inc. Dès lors, la perte en capital que la société Cascades inc. avait subie ne pouvait être réputée nulle. Elle devait être reconnue immédiatement.

De son côté, le ministère public soutenait que les paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R. étaient clairs et précis : l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. énonce une présomption dont il faut tenir compte pour déterminer si la condition prévue à l'alinéa 40(3.3)c) L.I.R. est remplie. En l'espèce, comme PII Fusionco, société affiliée à la société Cascades inc., était réputée propriétaire des actions de PII par l'effet de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R., la condition de l'alinéa 40(3.3)c) L.I.R. était remplie. Partant, la perte en capital était réputée nulle.

Ainsi, le litige tournait autour de l'interprétation du mot « s'appliquent » dans l'expression « lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent à la disposition par un cédant d'une action » au début de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R.

5. LA MÉTHODE CONTEMPORAINE D'INTERPRÉTATION : TEXTE, CONTEXTE, OBJET

Avec brio et un bel ensemble, les représentants des parties ont cité les trois arrêts suivants de la Cour suprême du Canada pour décrire la méthode à appliquer pour interpréter l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. et les dispositions connexes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le premier arrêt est celui rendu dans l'affaire *La Reine c. Hypothèques Trustco Canada*¹¹, qui concernait l'interprétation de l'article 245 L.I.R. La Cour suprême du Canada, par la voix de la juge en chef McLachlin et du juge Major, qui ont rédigé les motifs pour la Cour, a fait le point sur la façon contemporaine d'interpréter la loi : « De nos jours, il ne fait aucun doute que toutes les lois, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu*, doivent être interprétées de manière textuelle, contextuelle et téléologique¹². » Autrement dit, trois éléments doivent être examinés pour interpréter la loi : le texte, le contexte et l'objet de la loi.

Cependant, la Cour suprême a souligné dans cet arrêt que le poids à accorder au sens ordinaire des mots, au contexte et à l'objet pouvait varier. Si le libellé de la loi était précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots jouait un rôle primordial. Si les mots pouvaient avoir plus d'un sens raisonnable, le sens ordinaire jouait un rôle moins important. Dans tous les cas, il fallait chercher à interpréter les dispositions comme formant un tout harmonieux¹³.

Le deuxième arrêt cité par les parties est *Compagnie pétrolière Impériale ltée c. Canada, Inco ltée c. Canada*¹⁴. La Cour suprême du Canada devait interpréter l'alinéa 20(1)f) L.I.R. et déterminer si cet alinéa qui permet la déduction des frais de financement découlant de l'émission de titres de créance à escompte couvrait aussi les pertes sur change. Les sept juges qui ont entendu la cause ont procédé à l'analyse textuelle, contextuelle et

¹¹ [2005] 2 R.C.S. 601 (ci-après « *Hypothèques Trustco Canada* »).

¹² *Id.*, par. 11.

¹³ *Id.*, par. 10.

¹⁴ [2006] 2 R.C.S. 447.

téléologique prônée dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* pour interpréter l'alinéa 20(1)f) L.I.R. Les quatre juges majoritaires sont arrivés à la conclusion que l'alinéa 20(1)f) L.I.R. ne couvrait pas les pertes sur change (motifs du juge LeBel) contrairement aux trois juges dissidents (motifs du juge Binnie). Tous invoquaient la même méthode d'interprétation¹⁵, mais le poids accordé à chaque élément (texte, contexte, objet de la loi) variait selon les juges.

Le troisième arrêt clé en matière d'interprétation législative contemporaine est l'affaire *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*¹⁶. Là encore, la Cour suprême du Canada a utilisé la méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique pour interpréter le terme « couverture » au paragraphe 1(1) de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*¹⁷ de l'Ontario et pour déterminer l'assiette fiscale prévue par cette loi.

Dans l'affaire *Cascades*, après avoir aussi cité ces trois arrêts¹⁸, la Cour canadienne de l'impôt a cherché à faire une analyse textuelle, contextuelle et téléologique de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. La Cour d'appel fédérale a cité également ces mêmes trois arrêts¹⁹ et a procédé à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique du même alinéa. Pourtant, elles sont arrivées à un résultat différent.

6. LE JUGEMENT DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT : PERTE RECONNUE IMMÉDIATEMENT

La Cour canadienne de l'impôt a jugé que le paragraphe 40(3.4) L.I.R. ne s'appliquait pas, car la condition visée à l'alinéa 40(3.3)c) L.I.R. n'était pas remplie et qu'elle devait être remplie au préalable pour que l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. puisse s'appliquer. Elle a donc conclu que la société *Cascades inc.* avait droit à sa perte en capital de près de 16 M\$ dans le calcul de son revenu imposable pour l'année d'imposition 2000.

¹⁵ *Id.*, 465 à 467 (motifs du juge LeBel) et 487-488 (motifs du juge Binnie, dissident).

¹⁶ [2006] 1 R.C.S. 715 (motifs du juge LeBel pour la Cour).

¹⁷ L.R.O. 1990, c. M.15.

¹⁸ Précité, note 2, par. 16, 18 et 19.

¹⁹ *Cascades CAF*, précité, note 3, par. 21-22.

6.1. TEXTE ET CONTEXTE

Selon la Cour canadienne de l'impôt, il était clair que les conditions posées par le paragraphe 40(3.3) L.I.R. pour qu'une perte soit réputée nulle devaient toutes être remplies **avant** que la présomption énoncée à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. puisse s'appliquer.

Selon la Cour, les mots « lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent à la disposition par un cédant d'une action », au début des alinéas 40(3.5)c) et 40(3.5)d) L.I.R., indiquent explicitement que les présomptions se trouvant à ces alinéas ne prennent naissance que lorsque les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. s'appliquent à une disposition d'actions suivie d'une fusion dans le cas de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. ou à une disposition d'actions suivie d'un rachat, d'une acquisition ou d'une annulation des actions dans le cas de l'alinéa 40(3.5)d) L.I.R. Ces présomptions ne sont pas un préalable à l'application des paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R.²⁰

La Cour souligne que la formulation aurait été plus claire si le législateur avait voulu que l'on renvoie à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. pour vérifier si la condition de l'alinéa 40(3.3)c) L.I.R. était remplie.

De plus, toujours selon la Cour, les mots « lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent à la disposition » utilisés au début de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. seraient redondants si on les interprétait comme une vérification préalable de la condition de l'alinéa 40(3.3)c) L.I.R.²¹

6.2. OBJET DE LA LOI

Selon la Cour canadienne de l'impôt, l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. donne la possibilité au cédant de réclamer sa perte s'il y a fusion **après** les 61 jours, car autrement le cédant « aurait perdu le droit à sa perte »²² (notre soulignement). Et la Cour de poursuivre :

« [...] la présomption a été instaurée pour précisément permettre la reconnaissance éventuelle de la perte dans le cas de fusion après la période 61 jours, car autrement la possibilité de réclamer cette perte serait perdue à jamais, le bien ayant occasionné la perte n'existant plus. Si la fusion a lieu à l'intérieur

²⁰ *Cascades CCI*, précité, note 2, par. 21 à 23.

²¹ *Id.*, par. 24 et 25.

²² *Id.*, par. 26.

de la période de 61 jours, il n'y avait pas lieu de créer cette présomption puisque le bien [...] n'existant plus, et n'étant donc plus la propriété de quiconque, le cédant avait déjà droit à sa perte²³. » (Notre soulignement)

En résumé, selon la Cour, l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. visait la situation où le cédant perdrait le droit à sa perte si la fusion n'a pu avoir lieu à l'intérieur de la période de 61 jours. Tel pouvait être l'objet de cet alinéa, au dire de la Cour²⁴.

À notre avis, la Cour a pris pour un objet de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. ce qui n'était que l'effet d'une interprétation textuelle voulant que cet alinéa ne s'applique qu'après que toutes les conditions prévues au paragraphe 40(3.3) L.I.R. furent remplies. Elle a méconnu aussi que la perte n'était pas perdue mais qu'elle était seulement reportée.

La Cour reprend ensuite à son compte le but des paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R. exprimé par l'auteur Camil Vachon²⁵, selon lequel le paragraphe 40(3.4) L.I.R. « est une mesure spécifique anti-évitement visant à empêcher un contribuable de reconnaître immédiatement une perte en capital latente sur une immobilisation non amortissable »²⁶. Mais la Cour omet de reprendre à son compte le passage suivant, pourtant crucial, du texte de l'auteur Camil Vachon : « [...] tant et aussi longtemps que le bien est détenu par ce contribuable ou une personne affiliée à celui-ci »²⁷ (notre soulignement).

La Cour fait alors un lien avec l'intention de la société Cascades inc. : la règle du paragraphe 40(3.4) L.I.R. ne s'applique pas au cas *Cascades*, car la réorganisation de la société Cascades inc. n'a pas été faite « dans ce but », c'est-à-dire « dans l'intention de réaliser une perte de façon prématurée »²⁸.

La Cour mentionne aussi les notes explicatives du ministre des Finances du Canada selon lesquelles :

²³ *Id.*, par. 27.

²⁴ *Id.*, par. 27 *in fine* et par. 28.

²⁵ Camil VACHON, « Pot pourri fiscal en matière de réorganisations d'entreprise – Pièges à éviter et nouveautés », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 30:1-53, à la page 30:14.

²⁶ *Cascades CCI*, précité, note 2, par. 36.

²⁷ *Id.*, par. 35, passage cité de l'article de C. VACHON.

²⁸ *Cascades CCI*, précité, note 2, par. 36.

« [...] l'alinéa 40(3.5)c) porte sur ce qu'il advient lorsque le bien qui donne naissance à une perte reportée en vertu du nouveau paragraphe 40(3.4) est une action d'une société qui, par la suite, est fusionnée avec ou plusieurs sociétés [...] En pareil cas, l'action est réputée continuer d'appartenir à la [...] société issue de la fusion [...] tant que celle-ci est affiliée au cédant²⁹. »

Selon la Cour, ces notes explicatives **semblent** dire que le paragraphe 40(3.4) L.I.R. doit d'abord avoir donné naissance à la perte reportée pour ensuite appliquer l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R.³⁰

Cette lecture des notes explicatives est, à notre avis, loin de montrer une telle intention du législateur. L'expression « perte reportée » aurait dû, à tout le moins, alerter la Cour que la perte n'était pas perdue à tout jamais comme elle le pensait.

7. L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE : PERTE RÉPUTÉE NULLE

La Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de la Cour canadienne de l'impôt : la perte en capital de près de 16 M\$ subie par la société Cascades inc. était réputée nulle, en vertu des paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) et de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R.

7.1. INTERPRÉTATION TEXTUELLE

Selon la Cour d'appel fédérale, les mots « lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent à la disposition par un cédant d'une action » au début de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. ne requièrent pas que les trois conditions du paragraphe 40(3.3) L.I.R. soient remplies avant d'appliquer la présomption énoncée à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. Sinon, le législateur se serait exprimé autrement, comme, par exemple, en disant « lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent et qu'il y a disposition par un cédant d'une action »³¹. (Notre soulignement)

La Cour d'appel fédérale a retenu le sens ordinaire du mot « s'appliquent » dans la version française de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. et du mot *apply* dans la version anglaise de cet alinéa. Le sens de ces mots est

²⁹ *Id.*, par. 37; CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 8 décembre 1997, pp. 1-615, à la page 181; voir aussi en ligne : <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/Finance/97list-f.html>.

³⁰ *Cascades CCI*, précité, note 2, par. 38.

³¹ *Cascades CAF*, précité, note 3, par. 27.

celui donné par le dictionnaire. Dans le petit Robert³² de 2004, le verbe « s'appliquer » signifie « être applicable à », « concerner », « viser ». Dans le *Compact Oxford Thesaurus*³³ de 2005, le verbe *apply* a pour synonymes *pertain, relate, concern, deal with*. Le sens est le même en français comme en anglais³⁴.

Dès lors, la présomption énoncée à l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. trouve application quand les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. **visent, concernent** la situation décrite à cet alinéa, à savoir une disposition des actions d'une société suivie d'une fusion de cette société avec une autre société. La présomption permet de déterminer que c'est la société issue de la fusion qui est réputée propriétaire des actions, même si elles ont disparu, tant qu'elle est affiliée au cédant.

7.2. INTERPRÉTATION CONTEXTUELLE

La Cour d'appel fédérale a considéré que le contexte appuyait cette interprétation.

Tout d'abord le passage introductif du paragraphe 40(3.5) L.I.R., selon lequel « [l]es présomptions suivantes s'appliquent dans le cadre des paragraphes (3.3) et (3.4) » (notre soulignement) (*For the purposes of subsections 40(3.3) and (3.4)*, dans la version anglaise), confirme l'interprétation textuelle.

La Cour a examiné à cet égard les quatre présomptions prévues au paragraphe 40(3.5) L.I.R.

L'alinéa 40(3.5)a) L.I.R. répute que le droit d'acquérir un bien est un bien identique au bien. L'alinéa 40(3.5)b) L.I.R. répute qu'une action acquise en échange d'une autre action est un bien identique à l'autre action. Ces deux alinéas viennent préciser le sens de l'expression « bien identique » utilisée à l'alinéa 40(3.3)b) L.I.R. Il n'est donc pas nécessaire que les paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. aient déjà trouvé application pour pouvoir invoquer les présomptions énoncées aux alinéas 40(3.5)a) et 40(3.5)b) L.I.R.³⁵ Elles s'appliquent **dans le cadre** de ces paragraphes.

³² *Le Petit Robert 1*, Paris, Les dictionnaires Le Robert, 2004.

³³ *Compact Oxford Thesaurus*, Oxford University Press, 2005.

³⁴ *Cascades CAF*, précité, note 3, par. 29 et 30.

³⁵ *Id.*, par. 32.

Les présomptions visées aux alinéas 40(3.5)c) et 40(3.5)d) L.I.R. commencent par les mots « lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent à la disposition par le cédant d'une action ». Elles visent des situations particulières. Dans le cas de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R., la situation particulière est la disposition d'une action d'une société suivie par une fusion de la société avec une ou d'autres sociétés ou par une liquidation à laquelle le paragraphe 88(1) L.I.R. s'applique³⁶. La société issue de la fusion ou la société mère, selon le cas, est réputée propriétaire de l'action tant que la société lui est affiliée. Dans le cas de l'alinéa 40(3.5)d) L.I.R., la situation particulière est la disposition d'une action d'une société suivie d'un rachat, d'une acquisition ou d'une annulation de l'action. Le cédant est alors réputé propriétaire de l'action tant que la société lui est affiliée. Les présomptions prévues aux alinéas 40(3.5)c) et 40(3.5)d) L.I.R. trouvent application **dans le cadre** des paragraphes 40(3.3) et 40(3.4) L.I.R. dès lors que la situation particulière visée à ces alinéas fait suite à la disposition des actions³⁷.

Les mots « lorsque les paragraphes (3.3) et (3.4) s'appliquent à la disposition » utilisés au début des alinéas 40(3.5)c) et 40(3.5)d) L.I.R. ne sont pas redondants si l'on interprète le mot « s'appliquent » comme signifiant « visent » et si l'on tient compte du passage introductif du paragraphe 40(3.5) L.I.R.³⁸

7.3. INTERPRÉTATION TÉLÉOLOGIQUE

La Cour d'appel fédérale a rappelé quel était l'esprit général de la loi et des dispositions en cause³⁹. Le législateur a établi, aux paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R., une règle sur la minimisation des pertes : la perte n'est reconnue que lorsque le bien est transféré hors du groupe de sociétés affiliées, c'est-à-dire lorsqu'il y a une véritable réalisation de la perte par le groupe à des fins fiscales.

La Cour cite à cet égard l'auteur Gerald D. Courage, qui explique très bien le fonctionnement de cette règle dans un article publié en 2006 :

³⁶ En effet, l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. vise aussi le cas d'une liquidation à laquelle le paragraphe 88(1) L.I.R. s'applique. Nous n'en traitons pas dans le présent article, puisque cette situation ne correspond pas aux faits de l'affaire *Cascades*.

³⁷ *Cascades CAF*, précité, note 3, par. 28 et 33.

³⁸ *Id.*, par. 31.

³⁹ *Id.*, par. 34.

« [...] the Act contains a number of so called stop-loss rules where there has been a transfer of property with an accrued loss within a statutorily defined closely held group. While the transfer might otherwise be treated as a sufficient realization so as to permit recognition of the loss, nevertheless the loss is denied until the property (or, in some cases, property received in exchange on the transfer) is transferred out of the group, at which point there is effectively a true realization by the group of the loss for tax purposes⁴⁰. » (Notre soulignement)

L'interprétation donnée par la Cour canadienne de l'impôt était incompatible avec l'esprit général de la loi. Il y aurait un traitement fiscal différent selon que la disposition d'actions serait suivie d'une fusion durant la période se terminant 30 jours après la disposition ou que la fusion aurait lieu à la suite de la période se terminant 30 jours après la disposition. Dans le premier cas, la perte serait reconnue immédiatement même si elle n'a pas été véritablement réalisée en dehors du groupe de sociétés affiliées, alors que dans le second cas, elle serait réputée nulle. Le résultat serait illogique⁴¹.

7.4. INTENTION DU CONTRIBUABLE NON PERTINENTE

Enfin, l'intention de la société Cascades inc. retenue par la Cour canadienne de l'impôt n'était pas pertinente dans le cadre de l'analyse des paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R., qui ne comportent aucun critère d'intention⁴².

CONCLUSION

Il est fascinant de constater comment l'application d'une même méthode d'interprétation, à savoir la méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée qui a cours aujourd'hui, peut aboutir à des résultats différents.

Si on y regarde de plus près, on s'aperçoit toutefois qu'en appliquant cette méthode, la Cour canadienne de l'impôt a commis trois erreurs :

- une lecture séparée et réductrice du texte de l'alinéa 40(3.3)c) L.I.R. (condition pour que la perte soit réputée nulle) et du texte de l'alinéa

⁴⁰ *Id.*, par. 34, passage cité du texte de l'auteur : Gerald D. COURAGE, « Utilization of Tax Losses and Debt Restructuring », dans *2006 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2006, pp. 9:1-86, à la page 9:2.

⁴¹ *Cascades CAF*, précité, note 3, par. 35.

⁴² *Id.*, par. 37.

40(3.5)c) L.I.R. (présomption pourtant applicable dans le cadre de l'alinéa 40(3.3)c) L.I.R.);

- une mauvaise appréciation de l'objet des paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R. et, par suite, de l'objet de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R., par méconnaissance de la règle du report de la perte jusqu'à ce qu'il y ait disposition en dehors des sociétés affiliées;
- la prise en compte de l'intention supposée de la société Cascades inc. de ne pas prendre de perte prématurément, alors même que ces paragraphes ne comportent aucun critère d'intention.

Ce faisant, la Cour canadienne de l'impôt rendait la loi non fonctionnelle avec des résultats illogiques, incompatibles avec l'objet des paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R.

La Cour d'appel fédérale y a heureusement remédié. A-t-elle été « créative » pour autant? La Cour d'appel fédérale a interprété le libellé de l'alinéa 40(3.5)c) L.I.R. dans le contexte des paragraphes 40(3.3) à 40(3.5) L.I.R. et en conformité avec l'objet de ces paragraphes. Elle a donc appliqué ces dispositions selon l'intention législative qui se dégageait du texte, du contexte et de l'objet.

Certes, l'exercice consistant à déceler l'intention du législateur n'est pas toujours facile. Pour déterminer l'objet de la loi, il est souvent nécessaire d'étudier les dispositions législatives en cause dans leur cadre d'ensemble⁴³. En l'occurrence, c'est le cadre d'ensemble des règles sur la minimisation des pertes qu'il était important d'examiner.

⁴³ Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, Ont., LexisNexis, 2008, p. 276.

LES AIDES FISCALES À L'ÉPARGNE-RETRAITE : POURQUOI ET POUR QUI?

LUC GODBOUT, PH. D., M. FISC., PROFESSEUR
CHAIRE DE RECHERCHE EN FISCALITÉ ET EN FINANCES PUBLIQUES
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

SUZIE ST-CERNY, M. SC. (ÉCONOMIE), PROFESSIONNELLE DE RECHERCHE
CHAIRE DE RECHERCHE EN FISCALITÉ ET EN FINANCES PUBLIQUES
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

MARIE-ANDRÉE BABINEAU, CA, M. FISC., PROFESSEURE
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

PRÉCIS

Il est souvent évoqué que les mesures fiscales préférentielles seraient inéquitables dans la répartition des avantages qu'elles confèrent aux contribuables, favorisant particulièrement ceux jouissant de revenus plus élevés. Les auteurs cherchent à déterminer à qui profitent les aides fiscales à l'épargne-retraite. Pour ce faire, après avoir présenté un portrait du système de retraite canadien incluant les régimes visés par les aides fiscales, l'analyse expose l'épargne-retraite pouvant être cumulée selon différents scénarios de revenus. Par la suite, sur la base de l'utilisation des aides fiscales à l'épargne-retraite, des indices sont conçus en vue d'établir à qui elles profitent le plus. L'analyse conclut, d'une part, que les aides fiscales à l'épargne-retraite privée se révèlent nécessaires et que leurs paramètres actuels n'apparaissent pas excessifs à l'égard des mieux nantis. D'autre part, le texte rejette la présomption voulant que les aides fiscales accordées au titre de l'épargne-retraite profitent davantage aux contribuables les plus riches.

ABSTRACT

It is often advocated that the benefits arising from preferential tax measures are unfairly distributed among taxpayers and favour higher income earners. The authors attempt to determine who benefits from the tax

incentives designed for retirement savings. To do this they paint a picture of the Canadian retirement system, which includes the various regimes at which these tax incentives are aimed, and then proceed with an analysis that sets out the retirement savings that can be accumulated pursuant to different revenue scenarios. Based upon the use which is made of these retirement savings tax incentives, indices are developed to establish who benefits most from their use. The analysis concludes, first, that the tax incentives relating to private pension savings are necessary and that their current levels do not seem excessive for those that are more well off. The text goes on to reject the assumption that the tax incentives that are granted for retirement savings are of greater benefit for the richest taxpayers.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	529
1. LA FISCALITÉ ET LES RÉGIMES DE RETRAITE	529
1.1. L'INCONTOURNABLE CAS DE L'AIDE FISCALE À L'ÉPARGNE-RETRAITE.....	529
1.2. LE SYSTÈME PUBLIC DE RETRAITE AU QUÉBEC ET AU CANADA	533
1.3. LES AIDES FISCALES À LA RETRAITE	540
2. L'UTILISATION DES AIDES FISCALES À L'ÉPARGNE-RETRAITE	542
2.1. L'UTILISATION DES AIDES FISCALES RELATIVES AUX RÉGIMES DE RETRAITE	542
2.2. LE MAINTIEN DU NIVEAU DE VIE À LA RETRAITE	545
2.3. À QUI ÇA PROFITE LE PLUS?	551

INTRODUCTION

Il est souvent évoqué que les mesures fiscales préférentielles seraient inéquitables dans la répartition des avantages qu'elles confèrent aux contribuables, favorisant particulièrement ceux jouissant de revenus plus élevés. Après avoir brièvement exposé certaines notions de l'interventionnisme fiscal, une analyse plus précise des aides fiscales à l'épargne-retraite, dont l'utilité est parfois remise en cause, sera effectuée pour déterminer à qui elles profitent réellement.

Afin d'y voir plus clair, un portrait du système de retraite canadien sera tracé, en vue de quantifier l'importance relative qu'occupent les régimes publics dans la composition des revenus de retraite. En complément des prestations publiques, les régimes privés ont, quant à eux, comme principal objectif de permettre aux individus de maintenir leur niveau de vie à la retraite. À l'aide de divers scénarios de revenus visés à la retraite, la détermination des sommes requises à l'intérieur d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») au moment de la retraite permettra d'évaluer si ce véhicule d'épargne s'avère adéquat pour assurer un niveau de vie comparable à celui qui prévalait lors de la vie active. Les résultats exposant les revenus de retraite provenant des régimes publics et ceux requis des régimes privés apporteront un éclairage explicatif quant à l'utilisation accrue du REÉR lorsque le revenu du contribuable s'accroît.

Enfin, les statistiques fiscales associées à l'impôt sur le revenu des particuliers pour l'année d'imposition 2006 serviront d'appui afin d'analyser la répartition des déductions utilisées pour les cotisations aux régimes privés de retraite selon le revenu des contribuables. Il sera alors possible de mesurer, à l'aide de deux indices d'utilisation des aides fiscales, si la présomption voulant qu'elles profitent davantage aux contribuables plus riches qu'aux contribuables à revenus plus modestes s'avère fondée.

1. LA FISCALITÉ ET LES RÉGIMES DE RETRAITE

1.1. L'INCONTOURNABLE CAS DE L'AIDE FISCALE À L'ÉPARGNE-RETRAITE

Chaque exposé budgétaire fait par le gouvernement du Québec ou le gouvernement du Canada apporte son lot de nouvelles initiatives fiscales prenant la forme d'exonérations, de déductions, de crédits d'impôt ou de

reports d'imposition¹. Ces initiatives sont souvent appelées des « dépenses fiscales ».

Cette expression cherche à circonscrire les mesures fiscales préférentielles offertes par l'État pouvant être assimilées à des dépenses budgétaires en considérant que le manque à gagner qu'elles génèrent représente, pour le trésor public, l'équivalent de sommes engagées dans l'intervention gouvernementale².

Il serait trop simple de prétendre que l'intervention gouvernementale par la fiscalité soit toujours mauvaise et qu'il faille à tout prix éliminer l'interventionnisme fiscal. Dans certains cas, les dépenses fiscales possèdent des avantages comparatifs justifiant la mise en place d'un nouveau programme gouvernemental par la fiscalité. Cela explique partiellement pourquoi tous les systèmes fiscaux des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) possèdent plusieurs mesures fiscales préférentielles permettant aux contribuables, dans certaines circonstances, de réduire leurs impôts à payer. Chaque gouvernement, qu'il soit de droite ou de gauche, utilise son système fiscal pour mieux atteindre ses objectifs socio-économiques.

L'enjeu budgétaire entourant les dépenses fiscales reste cependant considérable. En 2008, au seul titre de l'impôt sur le revenu des particuliers, on dénombrait près de 155 mesures fiscales dans le seul régime d'imposition québécois; leur coût pour le gouvernement représentait 14,2 G\$, équivalant à 22,6 % des recettes fiscales perçues³. À lui seul, le manque à gagner que les mesures fiscales génèrent révèle l'importance d'approfondir l'analyse.

Pour nous guider dans la sélection d'une dépense fiscale à analyser, nous avons pris en considération qu'il fallait : 1) une mesure fiscale bien connue du public; 2) largement utilisée par les contribuables; 3) ayant un coût considérable pour le trésor public; et 4) qui était remise en question par

¹ En 2009, les gouvernements du Québec et du Canada ont tour à tour annoncé un crédit d'impôt temporaire pour la rénovation domiciliaire devant servir à relancer l'économie. Lors du Budget provincial de 2008, c'était le compte d'épargne libre d'impôt (CÉLI) qui était annoncé.

² QUÉBEC, ministère des Finances, *Dépenses fiscales. Édition 2008*, Québec, 2009, p. A5. Cette publication annuelle expose l'ensemble des dépenses fiscales du gouvernement du Québec.

³ *Id.*, p. V.

certain intervenants. Nous avons choisi les aides fiscales à l'épargne-retraite.

L'épargne-retraite est fortement populaire auprès des contribuables. Sur près de 5,9 millions de déclarations produites au Québec en 2006, environ 1,3 million de contribuables ont demandé une déduction au titre d'une cotisation à un régime de pension agréé (ci-après « RPA ») et plus de 1,5 million de contribuables ont demandé une déduction à l'égard d'une cotisation à un REÉR⁴.

Pour cela, les mesures fiscales destinées à favoriser l'épargne-retraite sont les plus importantes sur le plan des recettes fiscales renoncées. Bien qu'il ne s'agisse dans les faits que d'un report de l'imposition dans le temps, à elles seules, les dépenses fiscales découlant des déductions permises pour les cotisations à un REÉR et à un RPA ainsi que la non-imposition des revenus de placements qui y sont accumulés (moins l'imposition des retraits) s'élevaient à plus de 5 G\$ en 2008. Ces deux mesures représentent 36 % de l'ensemble des dépenses fiscales liées à l'impôt sur le revenu des particuliers⁵.

Parmi les mesures fiscales offertes par la fiscalité canadienne et québécoise, le REÉR et le RPA constituent manifestement les plus connues, tout comme leur objectif visant à favoriser l'accumulation d'épargne en vue de la retraite⁶. Selon le ministère des Finances du Canada : « Ces mécanismes ont été mis en place pour inciter les Canadiens à épargner tout au long de leur vie active pour éviter une chute importante de leur niveau de vie à la retraite⁷. »

Considérant ce noble objectif, le gouvernement du Québec indique sur son portail que les REÉR peuvent aider les citoyens à planifier leur retraite⁸. La Régie des rentes du Québec (ci-après « Régie ») va plus loin. Selon

⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Statistiques fiscales des particuliers. Année d'imposition 2006*, Québec, 2009, p. 109.

⁵ QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. A49.

⁶ *Id.*, p. B117.

⁷ CANADA, ministère des Finances, *Dépenses fiscales 2000. Notes afférentes aux estimations et projections*, Ottawa, 2000, p. 50.

⁸ QUÉBEC, Portail Québec (en ligne : <http://www.retraite.info.gouv.qc.ca/fr/fiche.asp?sujet=16>) (page consultée en mars 2009).

l'organisme, en raison de leurs avantages, les REÉR devraient faire partie de tout projet de planification financière de la retraite, à plus forte raison si les contribuables ne participent pas à un régime complémentaire de retraite (fonds de pension) chez leur employeur⁹. Dans cette lignée, le Fonds de solidarité FTQ résume bien pourquoi les REÉR sont si importants. Il souligne que les rentes gouvernementales auxquelles aspirent les contribuables constituent un revenu de base à la retraite, qui doit être complété par de l'épargne-retraite¹⁰. Sur le plan du maintien du niveau de vie à la retraite, l'Institut du Nouveau Monde (INM) indique que l'épargne dans les REÉR et autres véhicules, même si elle peut être considérée comme insuffisante par certains, permet de prédire une amélioration notable de la condition économique des aînés dans les prochaines années¹¹.

Malgré cette bonne nouvelle et considérant la grande popularité des aides fiscales à l'épargne-retraite, elles ne font pas nécessairement l'unanimité. Certains intervenants remettent en cause leur existence en soulignant généralement que l'avantage fiscal s'y rattachant ne profite qu'aux plus fortunés. Par exemple, Vivian Labrie, du Collectif pour un Québec sans pauvreté, soutient que les REÉR ne profitent qu'aux contribuables à revenu élevé¹². Quant à Léo-Paul Lauzon, il affirme que les REÉR ne sont consentis qu'à une minorité de personnes et qu'ils coûtent des milliards de dollars en fonds publics tous les ans¹³.

Toujours en déclarant que les REÉR coûtent chers et qu'ils profitent principalement aux riches, d'autres critiquent aussi leur impact sur les finances publiques et les services publics. Charron, Lambert et Péan affirment que le système des REÉR actuel favorise la création de fortunes

⁹ QUÉBEC, Régie des rentes (en ligne : http://www.rrq.gouv.qc.ca/fr/popup/5_etapes/reer.htm) (page consultée en mars 2009).

¹⁰ FONDS DE SOLIDARITÉ FTQ (en ligne : <http://www.fondsftq.com/internetfonds.nsf/vWebTFR/ReeQue>) (page consultée en mars 2009).

¹¹ INSTITUT DU NOUVEAU MONDE, « L'économie du Québec à l'heure des choix », cahier spécial inséré dans *Le Devoir*, 25 février 2006 (en ligne : http://www.inm.qc.ca/pdf/activites/rvs/economie/inm_2006_low.pdf) (page consultée en mars 2009).

¹² Vivian LABRIE (pour le Collectif pour un Québec sans pauvreté), « Causer la pauvreté, c'est contre la loi », *Le Soleil*, 19 décembre 2005.

¹³ Léo-Paul LAUZON, « REÉR : comme dans rire du monde », *Contes et comptes du prof Lauzon*, février 2004 (en ligne : http://www.cese.uqam.ca/pdf/chr_04_fev.pdf) (page consultée en février 2009).

personnelles, et ce, à même les finances publiques au lieu de permettre à l'ensemble des contribuables de se constituer un fonds de retraite adéquat¹⁴. De son côté, l'Association pour une solidarité syndicale étudiante (ASSE) considère le REÉR comme un abri fiscal qui contourne les services publics de retraite (comme la Régie, au Québec)¹⁵.

Pour ceux qui remettent en cause l'utilité des REÉR, la solution demeure la même; il serait socialement plus profitable de diminuer le maximum de cotisation annuelle aux REÉR. Nulle surprise alors que Québec solidaire s'engageait lors de la dernière campagne électorale, sous le thème d'une fiscalité équitable pour les particuliers, à diminuer le plafond actuel des REÉR à 10 000 \$ par année¹⁶.

À la lumière de ces critiques, il devient pertinent d'examiner si la présomption voulant que les aides fiscales profitent davantage aux contribuables les plus riches qu'aux contribuables à revenus plus modestes s'avère fondée.

1.2. LE SYSTÈME PUBLIC DE RETRAITE AU QUÉBEC ET AU CANADA

Avant de trancher quant à l'utilisation des aides fiscales à l'épargne-retraite, il y a lieu de rappeler que le système de retraite au Québec et au Canada s'appuie sur trois principaux piliers afin de permettre aux citoyens de bénéficier d'un revenu décent lors de la retraite.

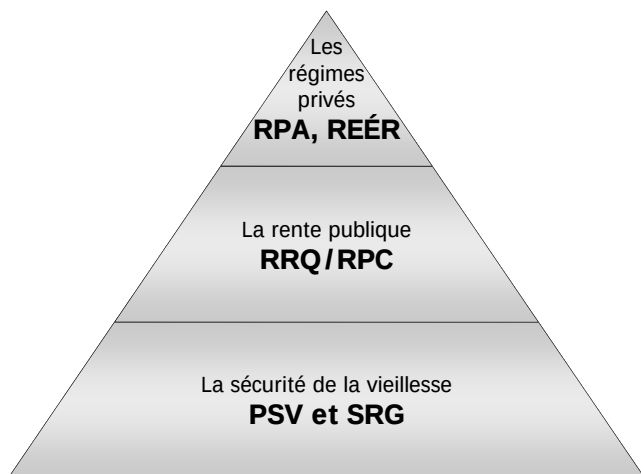
¹⁴ Sylvain CHARRON, Gino LAMBERT et Jean-Eddy PÉAN, *Analyse critique et modifications proposées au régime enregistré d'épargne retraite (REER) et au régime de pension agréé (RPA)*, Chaire d'études socio-économiques de l'UQAM, 2000, p. 5.

¹⁵ ASSOCIATION POUR UNE SOLIDARITÉ SYNDICALE ÉTUDIANTE, *S'attaquer à l'évasion fiscale au Québec et au Canada : une nécessité pour la survie des programmes sociaux*, mai 2008, p. 12.

¹⁶ QUÉBEC SOLIDAIRE, *Engagements électoraux 2008*, 2008, p. 11 (en ligne : www.quebecsolidaire.net/engagements_2008) (page consultée en février 2009).

Figure 1

Les trois piliers du système de retraite au Québec et au Canada

Le 1^{er} pilier : la sécurité de la vieillesse

Le premier pilier prend la forme d'un régime public d'assistance offert par le gouvernement fédéral.

Le programme de la sécurité de la vieillesse n'est pas un programme fonctionnant par voie de capitalisation¹⁷, nul besoin d'y avoir cotisé pour avoir droit à une pension. En contrepartie, il n'y a donc aucune somme accumulée pour faire face aux besoins futurs. Il s'inscrit simplement dans les dépenses annuelles du gouvernement fédéral. Pour l'exercice financier 2009-2010, le gouvernement fédéral prévoit consacrer près de 35,2 G\$ aux prestations aux aînés, soit un peu plus de 15 % de l'ensemble de ses dépenses de programmes¹⁸.

¹⁷ Comme c'est le cas pour le Régime de pensions du Canada (ci-après « RPC ») ou le Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ »).

¹⁸ CANADA, ministère des Finances, *Le plan d'action économique du Canada. Le budget de 2009*, 27 janvier 2009, p. 251.

La sécurité de la vieillesse découle de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*¹⁹. Son but est d'offrir un minimum de revenu aux personnes de 65 ans et plus. Ce programme est constitué de trois principales mesures : la pension de sécurité de la vieillesse (ci-après « PSV »), le Supplément de revenu garanti (ci-après « SRG ») et l'Allocation au conjoint.

Pension de sécurité de la vieillesse

La PSV est une prestation mensuelle accordée à la plupart des Canadiens âgés d'au moins 65 ans²⁰. Le montant annualisé est de 6 204 \$²¹. Il s'agit d'une prestation imposable qui cesse au décès. Depuis 1989, la PSV n'est plus véritablement universelle, car elle doit être remboursée progressivement lorsque le revenu net du contribuable excède un certain seuil. En 2009, il est fixé à 66 335 \$. Chaque dollar de revenu excédentaire vient alors réduire la pension de 15 cents²². La PSV est nulle lorsque le revenu net du pensionné atteint 107 692 \$.

Les données les plus récentes indiquent qu'il y a un peu plus de 4,5 millions de prestataires de la PSV au Canada, dont 1,1 million (25 %) au Québec²³.

¹⁹ L.R.C. (1985), c. O-9.

²⁰ Pour être admissible à une PSV, il faut être citoyen canadien ou résident légal du Canada le jour qui précède l'approbation de la demande. Pour ceux qui ne résident plus au Canada, il faut avoir été citoyen canadien ou résident légal du Canada le jour précédant celui où on a cessé d'habiter au Canada. Il faut avoir résidé un minimum de 10 années au Canada après avoir atteint l'âge de 18 ans pour recevoir une PSV. Le montant de la pension est déterminé en fonction de la durée de résidence au Canada.

²¹ Plus précisément, un montant de 516,96 \$ par mois déterminé au deuxième trimestre 2009 et donc 6 203,52 \$ annuellement. Les taux des paiements de la sécurité de la vieillesse sont révisés en janvier, en avril, en juillet et en octobre afin de tenir compte de l'augmentation du coût de la vie mesuré par l'indice des prix à la consommation (ci-après « IPC »).

²² Le remboursement est égal au moins de la PSV ou de 15 % de l'écart entre le revenu net et 66 335 \$.

²³ RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA, *Bulletin statistiques, Régime de pensions du Canada, Sécurité de la vieillesse*, décembre 2008, tableau 31 (en ligne : <http://www1.servicecanada.gc.ca/fra/psr/statistiques/pdf/bulletinstat1208.pdf>) (page consultée en mars 2009).

Supplément de revenu garanti

Le SRG est destiné aux aînés à faible revenu qui reçoivent la PSV. Cette prestation est non imposable et elle varie selon les revenus et la situation familiale. Par exemple, pour un célibataire, le supplément maximum est de 7 830 \$²⁴. Le SRG est réduit de 1 \$ pour chaque 2 \$ de revenu annuel (excluant la PSV) et il atteint zéro lorsque le revenu annuel excède 15 672 \$. Pour un couple de pensionnés, le supplément maximum annuel est de 10 342 \$ et il est réduit de 1 \$ pour chaque tranche de 2 \$ de revenu annuel combiné, excluant la PSV. Dans ce cas, le SRG atteint zéro lorsque le revenu familial annuel excède 20 688 \$²⁵.

En décembre 2008, le SRG était versé en tout ou en partie à près de 1,6 million de pensionnés canadiens, dont 0,5 million (32 %) vivaient au Québec²⁶.

Allocation au conjoint

Sous réserve de certaines conditions, l'Allocation au conjoint est versée aux personnes âgées de 60 à 64 ans. Après une évaluation du revenu, l'Allocation au conjoint peut être versée à l'époux, au conjoint de fait ou à un survivant qui en fait la demande. Cette prestation non imposable vise à aider les survivants ainsi que les couples qui dépendent des prestations d'un seul pensionné. Par exemple, l'allocation de survivant maximale annuelle est de 12 608 \$. Le versement est réduit de 3 \$ pour chaque tranche de 4 \$ de revenu annuel et est nul lorsque le revenu familial annuel excède 22 120 \$.

En décembre 2008, l'Allocation au conjoint était versée en tout ou en partie à plus de 95 500 pensionnés canadiens, dont 30 000 vivaient au Québec²⁷.

²⁴ Déterminé au deuxième trimestre 2009.

²⁵ SERVICE CANADA (en ligne : www.servicecanada.gc.ca) (page consultée en février 2009).

²⁶ RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA, *op. cit.*, note 23.

²⁷ *Id.*

Le 2^e pilier : la rente publique

Le deuxième pilier est représenté par le RRQ ou le RPC dans les autres provinces.

Le RRQ est financé par voie de capitalisation partielle. Ainsi, une partie du capital prélevé produit un rendement qui s'accumule dans la caisse de retraite en vue d'être reversé ultérieurement. Les fonds accumulés dans le RRQ atteignaient 1,3 G\$ en 1970, 19 G\$ en 2003 et 34,7 G\$ en 2007²⁸. En 2008, la valeur s'établissait à 25,7 G\$. Le nombre de bénéficiaires de la Régie était de plus de 1,5 million en 2008 et ils ont reçu plus de 9,2 G\$ en prestations²⁹.

Le but de ce régime en est un de remplacement partiel du revenu de travail au moment de la retraite. Le RRQ est un régime obligatoire pour tout travailleur, salarié ou autonome, effectuant un travail au Québec³⁰. Ce programme public est basé sur des cotisations partagées entre les employeurs et les travailleurs. Depuis 2003, le taux de cotisation est fixé à 9,9 % des revenus de travail³¹. En 2009, cette cotisation se limite au maximum des gains admissibles de 46 300 \$ par travailleur moins l'exemption personnelle de 3 500 \$³². Il s'agit d'un régime public qui assure une rente équivalant à 25 % de la moyenne mensuelle des revenus sur lesquels le travailleur a cotisé, si la rente de retraite est demandée à 65 ans³³. L'âge requis pour avoir droit à une rente complète est fixé à 65 ans, mais il est possible de la recevoir dès l'âge de 60 ans. Toutefois, dans cette situation, le montant de rente sera réduit de 0,5 % pour chaque mois précédent l'âge de 65 ans³⁴. La prestation

²⁸ QUÉBEC, Régie des rentes, *Le Satellite*, vol. 3, n° 3, décembre 2005, pour 1970 et 2003, et pour 2007, QUÉBEC, Régie des rentes, *Portrait du marché de la retraite au Québec*, 2008, p. 22.

²⁹ QUÉBEC, Régie des rentes (en ligne : http://www.rrq.gouv.qc.ca/fr/regie/salle_presse/fonds_regime_rentes.htm) (page consultée en mars 2009).

³⁰ *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9 (ci-après « L.R.R.Q. »), art. 2.

³¹ Art. 44.1 L.R.R.Q.

³² Art. 44 L.R.R.Q. Le maximum des gains admissibles et l'exemption personnelle sont de 46 300 \$ et 3 500 \$ respectivement pour l'année d'imposition 2009.

³³ QUÉBEC, Régie des rentes (en ligne : www.rrq.gouv.qc.ca/fr/retraite/rrq/calcul_rente/calcul_rente.htm) (page consultée en février 2009).

³⁴ Art. 120.2 L.R.R.Q.

est imposable et pour l'année 2009, son maximum annuel s'élève à 10 905 \$. Il est intéressant de noter que ce montant est pleinement indexé annuellement³⁵ et que les prestations cessent au décès du rentier, bien qu'une rente soit versée au conjoint survivant.

Le 3^e pilier : les régimes privés de retraite

Pour favoriser l'accumulation de l'épargne en vue de la retraite, le troisième pilier est composé des RPA et des REÉR. Les RPA constituent un arrangement établi par un employeur, privé ou public, permettant de procurer des rentes de retraite à ses employés. Les REÉR sont des régimes de retraite individuels dans lesquels des cotisations sont versées dans le but de les faire fructifier afin d'accumuler des sommes jusqu'au moment où elles seront retirées à l'âge de la retraite.

Au Québec, en 2005, 54 % des travailleurs participaient à un régime collectif de retraite alors qu'un travailleur sur trois bénéficiait d'un régime individuel³⁶. Par contre, puisque certains travailleurs participaient à la fois aux deux types de régimes, il est impossible de simplement additionner ces deux statistiques pour connaître la couverture globale des travailleurs visés par un RPA ou un REÉR³⁷. Toutefois, l'estimation serait que 70 % des travailleurs québécois participent à un régime de retraite, collectif ou individuel, et donc que 30 % des contribuables n'auraient aucune épargne en vue de la retraite dans des véhicules de placements directement dédiés à cet effet³⁸.

Or, parmi ces 70 %, la Régie estime que près de la moitié ont une probabilité élevée d'atteindre un niveau adéquat de revenu à la retraite. Ces travailleurs sont notamment ceux qui bénéficient de RPA dans les secteurs public, parapublic, de la construction et des grandes entreprises. Par contre, parmi ceux qui ont un régime privé constitué uniquement de REÉR (25 % de tous les travailleurs), les trois quarts ont une probabilité peu élevée d'atteindre un niveau adéquat de revenu à la retraite³⁹. *A priori*, ces seules statistiques quant à la probabilité de bénéficier d'un revenu de retraite

³⁵ Art. 117 L.R.R.Q.

³⁶ QUÉBEC, Régie des rentes, *Portrait du marché de la retraite au Québec*, op. cit., note 28, p. 47.

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*, pp. 53-56.

adéquat pour ceux qui ne peuvent compter que sur le REÉR indiquent que leurs contributions s'avèrent insuffisantes.

Par ailleurs, le taux de couverture des travailleurs visés par un régime de retraite demeure très différent selon qu'il s'agit d'un emploi dans les secteurs public, parapublic ou privé. En effet, en 2005, le taux de couverture atteignait presque 99 % dans les secteurs public et parapublic comparativement à seulement 44 % dans le secteur privé⁴⁰.

L'épargne-retraite accumulée dans les régimes de retraite privés a crû significativement depuis 1970. En fait, la valeur accumulée a pratiquement été multipliée par 100 (passant de 2,9 G\$ à 277 G\$ en 2007). Des 277 G\$ d'épargne en 2007, près de 44 % étaient détenus dans des REÉR.

Tableau 1

Estimation de l'épargne-retraite privée accumulée au Québec

(en milliards de dollars)

	<i>1970</i>	<i>2003</i>	<i>2007</i>
Régime collectif	2,8	129	156
REÉR	0,1	116	121
<i>Total</i>	2,9	245	277

Source : *Supra*, note 28.

Considérant la valeur des prestations publiques offertes et la dichotomie existante entre les avantages d'un régime collectif d'épargne-retraite, selon qu'il s'agit d'un emploi dans les secteurs public ou privé, force est de constater que le REÉR cherche à compléter les mécanismes d'accumulation d'épargne-retraite.

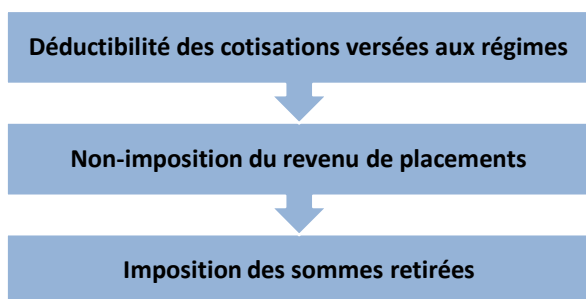
⁴⁰ Dans le secteur privé, trois entreprises sur quatre qui ont un régime de retraite privé font partie de la grande entreprise (500 employés et plus). QUÉBEC, Régie des rentes, *Portrait du marché de la retraite au Québec*, op. cit., note 28, pp. 48-49.

1.3. LES AIDES FISCALES À LA RETRAITE

Le régime fiscal accorde aux REÉR et aux RPA, d'une part, une déduction pour les cotisations versées aux régimes et, d'autre part, la non-imposition des revenus de placements qui s'accumulent jusqu'au moment du retrait. L'objectif de ces mesures est d'encourager l'épargne en vue de la retraite.

Figure 2

Traitement fiscal des régimes de retraite



Les contribuables bénéficient donc à la fois d'un report de l'imposition à l'égard du revenu de placements et d'une économie d'impôt potentielle dans la mesure où le taux d'imposition sur les retraits est inférieur à l'économie d'impôt découlant de la déduction initiale des cotisations.

Du côté du RPA, s'ajoute aussi le fait que les cotisations faites par l'employeur sont non imposables pour les salariés bénéficiaires.

Le REÉR vise à mettre les travailleurs ne bénéficiant pas d'un RPA sur un pied d'égalité avec ceux jouissant d'un fonds de pension offert par l'employeur. Cette symétrie est nécessaire, l'objectif étant qu'à revenu égal, l'un comme l'autre puisse accumuler la même épargne en vue de sa retraite.

Pour y arriver, les cotisations permises aux REÉR dans une année sont égales, depuis 1991, à 18 % du revenu gagné de l'année précédente jusqu'à un maximum (21 000 \$ en 2009). À ce montant, il faut ajouter les cotisations inutilisées depuis 1991⁴¹, mais y soustraire le facteur d'équivalence de

⁴¹ La possibilité d'accumuler les cotisations inutilisées des années passées existe depuis 1991.

l'année précédente. Le facteur d'équivalence sert essentiellement à prendre en compte la valeur annuelle de l'avantage découlant d'une participation de l'employeur au régime de pension.

La publication *Dépenses fiscales*⁴² du ministère des Finances du Québec nous informe sur le manque à gagner généré par les mesures d'aides fiscales pour les REÉR et les RPA. En 2008, le coût lié aux déductions des cotisations REÉR était de 1,5 G\$⁴³. Pour la non-imposition du revenu de placements, le manque à gagner était évalué à 1,6 G\$ et l'imposition des retraits a permis de récupérer 507 M\$⁴⁴. Globalement, le coût fiscal net lié au REÉR s'établissait à 2,5 G\$ en 2008. Du côté du RPA, le coût lié aux déductions des cotisations était de 1,5 G\$⁴⁵. Pour la non-imposition du revenu de placements, le manque à gagner était évalué à 2,9 G\$ tandis que l'imposition des retraits permettait de récupérer 1,8 G\$⁴⁶. Ainsi, le coût fiscal net lié au RPA s'établissait à 2,6 G\$ en 2008.

Tableau 2

Coût pour le gouvernement du Québec des dépenses fiscales liées aux régimes de retraite – 2008

(en millions de dollars)

REÉR	
- déduction des cotisations	1 480
- non-imposition du revenu de placements	1 568
- imposition des retraits	-507
Coût net REÉR	2 541
RPA	
- déduction des cotisations	1 536
- non-imposition du revenu de placements	2 904
- imposition des retraits	-1 801
Coût net RPA	2 639

Source : QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. A49.

⁴² QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. A49.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

Fiscalement, pour le gouvernement du Québec, le coût des déductions des cotisations REÉR et celui des déductions des cotisations RPA sont similaires.

2. L'UTILISATION DES AIDES FISCALES À L'ÉPARGNE-RETRAITE

2.1. L'UTILISATION DES AIDES FISCALES RELATIVES AUX RÉGIMES DE RETRAITE

La publication *Statistiques fiscales des particuliers*⁴⁷ du ministère des Finances du Québec permet d'établir certaines caractéristiques des utilisateurs des aides fiscales relatives aux régimes de retraite.

Par exemple, il est possible de répartir les cotisants à chacun des régimes (REÉR et RPA) selon l'âge et de les comparer au poids qu'ils représentent dans l'ensemble des contribuables. Sans surprise, il est possible de constater que le plus grand nombre de cotisants se trouve dans les tranches d'âge allant de 35 à 44 ans et de 45 à 54 ans, tant pour les REÉR que pour les RPA. Alors que ces groupes de contribuables représentent chacun autour de 20 % de l'ensemble des contribuables, ils constituent respectivement le quart et le tiers de l'ensemble des cotisants REÉR et RPA⁴⁸. Même le groupe des 25 à 34 ans cotise en plus grande proportion que ce qu'il représente en pourcentage de l'ensemble des contribuables (21 % *versus* 16 %). À l'inverse, les plus jeunes comme les plus âgés sont moins nombreux à cotiser que leur proportion du nombre de contribuables. Encore une fois, rien de bien surprenant dans ces données, en sachant que pour les plus jeunes, la retraite apparaît très loin alors que pour les plus âgés, elle est pour bon nombre d'entre eux déjà commencée. Par contre, il existe une différence entre les cotisations aux REÉR et aux RPA dans le groupe des moins de 25 ans. L'écart de participation pour le RPA s'expliquerait bien sûr par le caractère « obligatoire » des régimes d'épargne-retraite des employeurs.

Pour l'analyse actuelle, les statistiques les plus intéressantes de la publication du ministère des Finances sont celles qui présentent les cotisations aux régimes de retraite par tranche de revenu des contribuables. Le **tableau 3** montre qu'un peu plus de 27 % des contribuables en 2006 déclaraient une cotisation à un REÉR et 22,5 % à un RPA. Sauf pour les

⁴⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 4, pp. 49-90.

⁴⁸ *Id.*

contribuables dont le revenu est inférieur à 35 000 \$, de la moitié aux trois quarts des contribuables, selon les tranches de revenus, ont contribué à des REÉR en 2006. Pour les RPA, c'est lorsque le revenu se situe entre 35 000 \$ et 99 999 \$ que la participation est la plus grande, représentant plus d'un contribuable sur deux.

Par ailleurs, la valeur des déductions moyennes au REÉR augmente rapidement au fur et à mesure que le revenu du contribuable augmente. Ainsi, la déduction moyenne au REÉR passe de 3 700 \$ pour les contribuables ayant un revenu entre 35 000 \$ et 70 000 \$ à 10 000 \$ pour ceux dont le revenu se situe entre 100 000 \$ et 150 000 \$, alors qu'elle atteint près de 16 000 \$ lorsque le revenu excède 200 000 \$. Pour les RPA (part de l'employé), même si la cotisation moyenne augmente également avec la hausse des revenus, la progression est beaucoup plus modeste, passant de 2 135 \$ pour les contribuables ayant un revenu entre 35 000 \$ et 70 000 \$ à moins de 6 000 \$ lorsque le revenu excède 200 000 \$.

Tableau 3

Données sur les contribuables et leurs cotisations aux régimes de pension, 2006

Régime enregistré d'épargne retraite (REÉR)					
Tranches de revenu	Contribuables	Cotisants	% des contribuables	Déduction totale	Déduction moyenne
	Nombre	nb	(cotisants/contribuables)	milliers \$	\$
1 \$ à 14 999\$	1 751 625	41 805	2,4 %	47 982	1 148
15 000 \$ à 34 999 \$	1 976 682	407 584	20,6 %	848 815	2 083
35 000 \$ à 69 999 \$	1 505 657	757 009	50,3 %	2 793 640	3 690
70 000 \$ à 99 999 \$	314 312	213 106	67,8 %	1 350 487	6 337
100 000 \$ à 149 999 \$	117 941	85 804	72,8 %	860 937	10 034
150 000 \$ à 199 999 \$	31 721	23 243	73,3 %	320 958	13 809
200 000 \$ et plus	38 761	27 914	72,0 %	443 649	15 893
Total	5 736 699	1 556 465	27,1 %	6 666 468	4 283
Régime de pension agréé (RPA)					
Tranches de revenu	Contribuables	Cotisants	% des contribuables	Déduction totale	Déduction moyenne
	Nombre	nb	(cotisants/contribuables)	milliers \$	\$
1 \$ à 14 999\$	1 751 625	68 000	3,9 %	13 808	203
15 000 \$ à 34 999 \$	1 976 682	329 788	16,7 %	270 437	820
35 000 \$ à 69 999 \$	1 505 657	657 819	43,7 %	1 404 592	2 135
70 000 \$ à 99 999 \$	314 312	172 805	55,0 %	627 755	3 633
100 000 \$ à 149 999 \$	117 941	49 829	42,2 %	233 785	4 692
150 000 \$ à 199 999 \$	31 721	8 577	27,0 %	48 008	5 597
200 000 \$ et plus	38 761	6 685	17,2 %	39 608	5 925
Total	5 736 699	1 293 503	22,5 %	2 637 993	2 039

Source : QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 4.

Le manque à gagner découlant des seules cotisations aux régimes de retraite pour le gouvernement du Québec en 2006 s'élevait à 1,459 M\$ pour le REÉR et de 1,366 M\$ en ce qui concerne le RPA⁴⁹.

Cependant, les données gouvernementales ne ventilent pas le manque à gagner par tranche de revenu. Pour y parvenir, il faut procéder par voie d'estimation à l'aide des statistiques fiscales des particuliers de 2006. Essentiellement, l'exercice consiste à multiplier les déductions par le taux marginal d'imposition de chaque tranche de revenu. Aussi, dans le cas du RPA, les résultats sont ajustés afin de tenir compte des cotisations des employeurs⁵⁰.

Le **tableau 4** répartit le manque à gagner lié aux déductions pour régime de retraite par tranche de revenu. Force est de constater que le manque à gagner est particulièrement attribuable aux déductions des contribuables avec un revenu entre 35 000 \$ et 70 000 \$, 40 % dans le cas des REÉR et près de 52 % dans le cas des RPA. À elle seule, cette statistique s'avère toutefois insuffisante pour conclure que ce sont eux qui profitent le plus des aides fiscales à l'épargne-retraite.

Tableau 4

Répartition du manque à gagner associé aux déductions des cotisations aux régimes de retraite, 2006

Tranches de revenu	Manque à gagner REÉR			Manque à gagner RPA		
	milliers de \$	En % par tranche	Cumulatif	milliers de \$	En % par tranche	Cumulatif
1 \$ à 14 999\$	7 677	0,5 %	0,5 %	5 230	0,4 %	0,4 %
15 000 \$ à 34 999 \$	149 775	10,3 %	10,8 %	115 385	8,4 %	8,8 %
35 000 \$ à 69 999 \$	587 311	40,3 %	51,0 %	706 112	51,7 %	60,5 %
70 000 \$ à 99 999 \$	324 117	22,2 %	73,3 %	356 666	26,1 %	86,6 %
100 000 \$ à 149 999 \$	206 625	14,2 %	87,4 %	132 827	9,7 %	96,4 %
150 000 \$ à 199 999 \$	77 030	5,3 %	92,7 %	27 276	2,0 %	98,4 %
200 000 \$ et plus	106 476	7,3 %	100,0 %	22 504	1,6 %	100,0 %
Total	1 459 011	100,0 %		1 366 000	100,0 %	

Source : Nos calculs sont effectués à partir des données de QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, notes 2 et 4.

⁴⁹ QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. A49.

⁵⁰ Nous répartissons le manque à gagner lié aux cotisations des employeurs au RPA dans les mêmes proportions que celles calculées à l'aide des statistiques fiscales pour le manque à gagner lié aux contributions des employés au RPA.

2.2. LE MAINTIEN DU NIVEAU DE VIE À LA RETRAITE

Au moment de la retraite, les régimes publics (la PSV et le RRQ) visent à compenser partiellement les revenus de travail. Toutefois, ils ne garantissent pas nécessairement le maintien du niveau de vie. C'est par l'entremise des régimes privés de retraite que bon nombre d'individus peuvent maintenir un niveau de vie semblable à celui qui prévalait lors de la vie active. Les régimes privés réduisent également la dépendance aux programmes publics de l'État.

En matière de planification financière, le chiffre utilisé comme taux de remplacement nécessaire pour maintenir un niveau de vie à la retraite similaire à celui des années de travail serait de 70 % du revenu annuel brut moyen des trois dernières années de travail⁵¹.

Les raisons qui justifient un besoin de revenu moindre pour un même niveau de vie sont que certaines dépenses cessent au moment de la retraite comme les cotisations syndicales, les cotisations sociales (RRQ, assurance-emploi (AE), régime québécois d'assurance parentale (RQAP)) et les cotisations à des régimes de retraite d'employeur, alors que certaines dépenses liées au travail (par exemple, vêtements) diminuent tout comme les impôts à payer. Toutefois, certaines dépenses risquent d'augmenter, telles que celles pour des activités sociales et récréatives, des soins de santé et des frais de voyage.

Les programmes publics comme la PSV et le RRQ ne permettent généralement pas de remplacer 70 % du revenu moyen des dernières années de travail.

Le **tableau 5** illustre la difficulté de maintenir le niveau de vie à la retraite en l'absence de l'utilisation des régimes privés de retraite. Il présente de manière détaillée le taux de remplacement du revenu brut de travail offert par les régimes publics, à cinq niveaux de revenus annuels moyens différents, pour un célibataire ainsi que pour un couple de pensionnés où les deux conjoints ont participé au marché du travail⁵². Dans chaque cas, les

⁵¹ Il est toutefois noté que le taux pourrait être moindre pour des revenus moyens élevés. GROUPEMENT POUR LA PROMOTION DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE, *Guide de la planification financière à la retraite*. Édition 2008-2009, Québec, 2008, p. 8.

⁵² La répartition du revenu de travail au sein du couple était de 60 % et 40 %.

revenus de retraite publics sont détaillés en supposant qu'il n'y a aucun autre revenu (régimes de pension privés ou autres).

Ainsi, un retraité célibataire n'ayant accès à aucun revenu de pension d'un régime d'employeur ou de REÉR, en supposant un revenu de travail moyen en carrière équivalant à 50 000 \$, obtiendra en 2009 de la sécurité de la vieillesse 8 532 \$ (6 204 \$ de la PSV et 2 378 \$ du SRG), puis le RRQ lui apportera 10 905 \$. Il n'obtiendra donc qu'un revenu de retraite brut annuel de 19 487 \$ en 2009. Alors, dans ce cas, le taux de couverture des programmes publics de retraite ne remplacera que 39 % du revenu de travail (19 487 \$/50 000 \$).

Dans le cas d'un couple retraité qui avait deux revenus en carrière totalisant en moyenne 75 000 \$, le taux de remplacement du revenu de travail serait de l'ordre de 42,6 %⁵³. En effet, en l'absence de régime d'employeur ou d'un REÉR, ce couple recevrait en 2009 12 407 \$ de la PSV, 1 139 \$ du SRG et 18 405 \$ de la Régie pour un revenu annuel de retraite brut de 31 951 \$.

Tableau 5

Revenus de retraite publics et taux de remplacement du revenu de travail, Québec, 2009

(en dollars, sauf indication contraire)

CÉLIBATAIRE					
Revenu brut annuel de travail moyen en carrière	25 000	50 000	75 000	100 000	150 000
Revenu public de retraite PSV	6 204	6 204	6 204	6 204	6 204
SRG	4 705	2 378	2 378	2 378	2 378
RRQ	6 250	10 905	10 905	10 905	10 905
Total	17 159	19 487	19 487	19 487	19 487
Taux de remplacement	68,6 %	39,0 %	26,0 %	19,5 %	13,0 %

COUPLE DEUX REVENUS EN CARRIÈRE (répartition 60 %-40 %)					
Revenu brut annuel de travail moyen en carrière	25 000	50 000	75 000	100 000	150 000
Revenu public de retraite PSV	12 407	12 407	12 407	12 407	12 407
SRG	7 217	4 092	1 139	0	0
RRQ	6 250	12 500	18 405	20 905	21 810
Total	25 874	28 999	31 951	33 312	34 217
Taux de remplacement	103,5 %	58,0 %	42,6 %	33,3 %	22,8 %

Note : Le taux de remplacement correspond au revenu public de retraite total divisé par le revenu brut annuel de travail moyen en carrière.

⁵³ Si un seul des pensionnés avait participé au marché du travail, les taux de remplacement du revenu auraient été moindres pour les revenus de 50 000 \$, 75 000 \$, 100 000 \$ et 150 000 \$.

Ainsi, à la lumière des résultats exposés au **tableau 5**, on peut constater qu'à revenu modeste, la nécessité d'épargner en vue de la retraite reste faible (et bien sûr, les moyens de le faire aussi). À 25 000 \$ de revenu de travail annuel, les régimes publics permettraient d'obtenir un niveau de vie comparable et même, dans le cas du couple, supérieur à celui qui prévalait avant la retraite. Notons aussi au passage que des revenus supplémentaires d'autres sources auraient pour effet de diminuer le SRG reçu.

À l'exception du revenu brut de travail moyen en carrière de 25 000 \$, le taux de remplacement atteint uniquement par l'intermédiaire des programmes publics se situe bien en deçà du taux espéré de 70 %. Pour atteindre ce taux, un revenu provenant d'un régime privé de retraite ou d'autres épargnes personnelles doit nécessairement combler l'écart.

Dès lors, il importe de déterminer combien de revenu privé de retraite annuel est nécessaire pour atteindre un taux de remplacement de 70 %. Le **tableau 6** effectue ce calcul.

Si nous prenons le cas du retraité célibataire qui a eu des revenus de carrière moyens de 25 000 \$, le revenu de retraite requis reste relativement modeste. En fait, sans revenu de retraite, le taux de remplacement atteint déjà 68,6 %. Toutefois, avec 50 000 \$, il lui faut en 2009 un revenu privé de retraite de 17 891 \$ en plus de la PSV et du RRQ afin d'atteindre un niveau de remplacement du revenu de 70 %. Il est important de noter qu'avec ces revenus, aucun SRG ne sera versé.

Dans le cas du couple retraité ayant obtenu deux revenus de travail en carrière totalisant en moyenne 25 000 \$, le besoin de revenu privé de retraite est inexistant puisque le revenu public à la retraite sera supérieur au revenu de travail brut. Cependant, à 50 000 \$ de revenu de travail, ce couple devra avoir un revenu privé de retraite d'un peu plus de 10 000 \$ pour atteindre le taux de remplacement de 70 %. À 75 000 \$, le revenu privé de retraite nécessaire pour parvenir à la cible s'élève à un peu moins de 22 000 \$.

Tableau 6

Revenus de retraite privés nécessaires pour atteindre un taux de remplacement du revenu de 70 %, Québec, 2009

(en dollars, sauf indication contraire)

CÉLIBATAIRE					
Revenu brut annuel de travail moyen en carrière	25 000	50 000	75 000	100 000	150 000
Revenu public de retraite PSV	6 204	6 204	6 204	5 654	404
SRG	4 705	0	0	0	0
RRQ	6 250	10 905	10 905	10 905	10 905
Revenu privé de retraite	0	17 891	35 391	53 441	93 691
Total	17 159	35 000	52 500	70 000	105 000
Taux de remplacement	68,6 %	70,0 %	70,0 %	70,0 %	70,0 %

COUPLE DEUX REVENUS EN CARRIÈRE (répartition 60 %-40 %)					
Revenu brut annuel de travail moyen en carrière	25 000	50 000	75 000	100 000	150 000
Revenu public de retraite PSV	12 407	12 407	12 407	12 407	12 407
SRG	7 217	0	0	0	0
RRQ	6 250	12 500	18 405	20 905	21 810
Revenu privé de retraite	0	10 093	21 688	36 688	70 783
Total	25 874	35 000	52 500	70 000	105 000
Taux de remplacement	103,5 %	70,0 %	70,0 %	70,0 %	70,0 %

Note : Pour le célibataire qui avait un revenu brut annuel de travail moyen en carrière de 100 000 \$, et donc qui obtient ici un revenu à la retraite de 70 000 \$, le montant de la PSV est réduit de 550 \$ (soit 15 % de l'écart entre le revenu net de 70 000 \$ et le seuil de réduction établi à 66 335 \$ en 2009). Le montant de la PSV est aussi réduit pour le célibataire avec un revenu de retraite de 105 000 \$ (revenu moyen en carrière de 150 000 \$).

Connaissant les revenus privés de retraite annuels nécessaires, il est possible, en posant certaines hypothèses (dont l'âge de la retraite, l'espérance de vie, le rendement sur le capital investi, le facteur d'indexation des revenus de pension, etc.), de connaître les sommes devant être accumulées en vue de la retraite afin d'obtenir un tel revenu annuel de régimes privés.

Les hypothèses posées pour effectuer les calculs sont les suivantes :

- Les individus ont pris leur retraite à 65 ans au 1^{er} janvier 2009;

- Le célibataire et le couple de pensionnés seront à la retraite pendant une période de 20 ans, en se basant sur une espérance de vie moyenne de 85 ans;
- Au moment de leur décès, les rentiers n'auront plus aucun solde accumulé dans leur REÉR. Le capital accumulé et les intérêts annuels générés sur les placements auront servi en totalité pour maintenir leur niveau de vie;
- Le rendement annuel moyen sur le capital détenu dans le REÉR au moment de la retraite est estimé à 5 %⁵⁴;
- Les revenus privés de retraite sont indexés annuellement au taux de 2 %⁵⁵;
- Pour les couples de pensionnés, la répartition du revenu de travail était de 60 % et de 40 % durant leur vie active. Afin d'obtenir un taux de remplacement des revenus de l'ordre de 70 %, nous avons établi le montant de revenu de REÉR à obtenir pour chaque individu.

Les résultats des calculs sont présentés au **tableau 7**. Ainsi, un célibataire qui veut obtenir un revenu annuel d'un régime privé de retraite nécessaire pour arriver à atteindre un taux de remplacement du revenu moyen de carrière de 70 % doit accumuler des sommes dans un REÉR à 65 ans se situant entre 263 000 \$ et 1 374 250 \$ selon le niveau de revenu de carrière à remplacer.

En comparaison avec le célibataire, les sommes à accumuler pour le couple à la retraite sont moins importantes. En effet, pour compenser un revenu de travail de 50 000 \$, le couple devra être en mesure d'épargner la somme de 148 000 \$ alors que pour un revenu de travail de 150 000 \$, l'épargne nécessaire se chiffre à 1 038 000 \$.

⁵⁴ Avant les frais de gestion, de 1999 à 2008, le taux moyen de rendement annuel était de 5,56 % pour un portefeuille composé de 10 % d'actions à la Bourse de Toronto, de 60 % d'obligations à long terme d'entreprises et de 30 % en bons du Trésor de 90 jours.

⁵⁵ Cible d'inflation de la Banque du Canada.

Tableau 7

Sommes nécessaires à accumuler pour atteindre un revenu de retraite annuel, Québec, 2009

(en dollars)

CÉLIBATAIRE				
Revenu de retraite visé (taux de remplacement du revenu moyen en carrière de 70 %)	35 000	52 500	70 000	105 000
Revenu privé de retraite nécessaire (REÉR)	17 891	35 391	53 441	93 691
Sommes devant être accumulées	263 000	519 000	784 000	1 374 250

COUPLE DEUX REVENUS EN CARRIÈRE (répartition 60 %-40 %)				
Revenu de retraite visé (taux de remplacement de 70 %)	35 000	52 500	70 000	105 000
Revenu privé de retraite (REÉR)	10 093	21 688	36 688	70 783
Sommes devant être accumulées	148 000	318 000	538 000	1 038 000

En considérant les revenus privés qui sont nécessaires pour maintenir à la retraite le niveau de vie des différents contribuables, il y a lieu de se questionner sur la possibilité d'épargner de telles sommes durant la vie active. Autrement dit, le plafond de cotisations annuelles déterminé par la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁵⁶ est-il adéquat pour permettre l'accumulation suffisante d'épargne-retraite? Évidemment, le choix des hypothèses telles que le moment où le contribuable commence à contribuer au REÉR et les contributions effectuées influencera grandement le résultat. Les hypothèses utilisées sont :

- Les individus prennent leur retraite à 65 ans au 1^{er} janvier 2009;
- Durant une période de 35 ans, de 1975 à 2009, ils ont cotisé au REÉR le maximum permis par la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
- À partir du salaire en fin de carrière, le revenu de travail des années passées a été ajusté au taux annuel d'inflation calculé à l'aide de l'IPC;

⁵⁶ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. Les contributions maximales permises par la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont varié à maintes reprises depuis l'instauration de ces mesures. À titre d'exemple, en 1975, la contribution permise était de 20 % du revenu, assujéti à un maximum de 4 000 \$. Pour 2009, le plafond s'élève à 18 % du revenu gagné, assujéti à la limite de 21 000 \$.

- Le taux annuel moyen de rendement sur les revenus de placements a été établi à 7,5 %⁵⁷.

L'exercice révèle qu'il a été possible d'accumuler un capital de retraite suffisant dans tous les cas analysés, sauf lorsque le revenu annuel de REÉR escompté s'élève à 93 700 \$. En effet, dans cette situation, le REÉR, même en ayant cotisé le maximum permis, limite l'accumulation d'épargne-retraite à 66 % du montant requis. Il manque 461 361 \$ au REÉR d'un contribuable prenant sa retraite en 2009 pour assurer le maintien du niveau de vie.

La présente section a exposé la nécessité de recourir aux régimes de retraite privés en vue de maintenir le niveau de vie à la retraite. En règle générale, il a été possible d'y parvenir pour quelqu'un prenant sa retraite en 2009. Toutefois, si le contribuable avait un revenu de travail de 150 000 \$ au moment de la retraite et qu'il escompte un revenu de REÉR de 93 700 \$, sans accès à un RPA, le REÉR n'aurait pas permis de maintenir le niveau de vie voulu, et ce, même en ayant cotisé le maximum permis au cours des 35 ans de sa vie active. En fait, dès que le revenu de REÉR visé en 2009 s'élève à 61 500 \$ ou plus, il n'aurait pas été possible d'accumuler suffisamment d'épargne à l'intérieur du REÉR pour maintenir le niveau de vie.

2.3. À QUI ÇA PROFITE LE PLUS?

La section 2.1. a illustré qu'une large part du manque à gagner associé aux aides fiscales à l'épargne-retraite provenait des contribuables dont le revenu se situe entre 35 000 \$ et 70 000 \$. Toutefois, comme les contribuables ayant un revenu supérieur sont en plus faible nombre, mais qu'une proportion plus grande d'entre eux cotise à un REÉR et que leur cotisation moyenne est plus élevée, c'est le manque à gagner que ce groupe génère qui est fréquemment critiqué.

Alors que la section précédente indiquait la nécessité croissante de contribuer à un REÉR au fur et à mesure que le revenu anticipé est plus

⁵⁷ Le taux moyen de rendement a été de 7,5 %. Le rendement annuel du portefeuille tient compte de sa composition qui a varié au fil des années. Lorsque le contribuable avait moins de 50 ans, le poids des actions à la Bourse de Toronto était de 60 %, celui des obligations de long terme d'entreprises de 35 % et 5 % était détenu en bons du Trésor de 90 jours. Lorsque le contribuable était âgé de 50 à 60 ans, le poids des actions était de 50 %, celui des obligations de 40 % et les bons du Trésor de 10 %. À compter de 60 ans, le poids des actions a été réduit à 25 %, celui des obligations majoré à 45 % et les bons du Trésor à 30 %.

élevé, peut-on alors dire que les aides fiscales accordées pour les régimes de retraite profitent réellement davantage aux contribuables à revenu élevé?

Pour tenter de répondre à cette question, nous utiliserons une méthodologie s'appuyant sur le calcul d'indices d'utilisation⁵⁸. Afin de déterminer quelle catégorie de contribuables, selon leurs revenus, profite le plus des avantages fiscaux liés aux régimes de retraite, l'analyse s'appuie sur deux indices.

Indice lié au nombre de déclarants

Le premier indice compare la distribution du manque à gagner d'un avantage fiscal selon le niveau de revenu par rapport à la répartition de l'ensemble des déclarants. Cet indice permet d'associer la part du manque à gagner liée à une mesure fiscale générée par un groupe de contribuables en regard de l'importance numérique de ce groupe.

L'indice lié au nombre de déclarants se calcule ainsi :

$$\frac{\% \text{ du manque à gagner dans une tranche de revenu}}{\% \text{ des déclarants dans la même tranche de revenu}}$$

Le **tableau 8** présente les résultats d'abord pour les REÉR, puis pour les RPA et enfin pour les deux mesures ensemble. Un indice égal à 1 signifie que la part du manque à gagner attribuable à cette tranche de revenu est proportionnelle à la part des déclarants de cette même tranche de revenu. Il y aurait alors une répartition identique du manque à gagner de la mesure fiscale entre chaque groupe de contribuables.

Pour les contribuables dans une tranche de revenu inférieure à 35 000 \$, l'analyse révèle un indice d'utilisation des aides fiscales à l'épargne-retraite fortement inférieur à 1. En fait, l'indice frôle zéro dans la tranche de revenu en dessous de 15 000 \$ et se situe à 0,27 lorsque le revenu est situé entre 15 000 \$ et 34 999 \$. À l'inverse, lorsque les revenus sont supérieurs à 70 000 \$, l'indice dépasse 4 et progresse encore au fur et à mesure que les niveaux de revenus augmentent.

⁵⁸ Les indices s'inspirent d'une étude de France St-Hilaire qui analysait certaines dispositions fédérales de l'impôt sur le revenu des particuliers pour l'année 1991. France ST-HILAIRE, « À qui profitent les avantages fiscaux? », (1995), vol. 1, n° 5 *Choix IRPP* 33-40.

Lorsque le revenu s'établit entre 35 000 \$ et 70 000 \$, l'indice global est de 1,74 pour l'ensemble des aides fiscales à l'épargne-retraite.

Pour bien comprendre la signification de l'indice de 1,74, il faut savoir que le groupe de contribuables dont les revenus s'établissent entre 35 000 \$ et 70 000 \$ est responsable de 40 % du manque à gagner lié aux REÉR et de 52 % de celui lié aux RPA. Globalement, ce groupe occasionne 46 % du manque à gagner découlant des aides fiscales à la retraite alors qu'il ne représente que 26 % des contribuables.

Puis, les contribuables dont le revenu excède 200 000 \$ ont un indice global de 6,76, signifiant que les aides fiscales à l'épargne-retraite dont profite ce groupe génèrent un manque à gagner près de sept fois plus grand que leur poids dans l'ensemble des contribuables.

Sauf pour les contribuables de la tranche des revenus inférieurs à 35 000 \$, la part du manque à gagner qu'ils occasionnent est toujours supérieure à leur part de l'ensemble des contribuables, entraînant un indice supérieur à 1. Comme il est possible de le constater, l'indice de 1 ou la répartition égalitaire en proportion des contribuables s'avère difficile à réaliser. Pour les catégories de contribuables aux revenus les plus faibles, il faut garder à l'esprit deux éléments. D'une part, les prestations publiques réduisent la nécessité d'accumuler de l'épargne-retraite en vue de maintenir le niveau de vie. D'autre part, une plus grande proportion de ce groupe de contribuables est non imposable, rendant du coup les avantages fiscaux liés à l'épargne-retraite moins utiles, car n'oublions pas que leur mécanique permet de diminuer l'impôt à payer.

Tableau 8

Indices d'utilisation des avantages fiscaux relatifs aux déductions pour régimes de retraite selon le % des déclarants, Québec, 2006

Indice % manque à gagner selon % déclarants			
Tranches de revenu	REÉR	RPA	RÉGIMES DE RETRAITE
1 \$ à 14 999\$	0,02	0,01	0,01
15 000 \$ à 34 999 \$	0,30	0,25	0,27
35 000 \$ à 69 999 \$	1,53	1,97	1,74
70 000 \$ à 99 999 \$	4,05	4,77	4,40
100 000 \$ à 149 999 \$	6,89	4,73	5,84
150 000 \$ à 199 999 \$	9,55	3,61	6,68
200 000 \$ et plus	10,80	2,44	6,76

Cet indice laisse à penser que l'utilisation des aides fiscales à l'épargne-retraite serait mal répartie entre les différents groupes de contribuables. Toutefois, avec un indice d'utilisation en proportion du nombre de contribuables, même un crédit comme celui pour les cotisations syndicales et professionnelles occasionne également une mauvaise répartition⁵⁹. En fait, seul le crédit de base s'approche d'une répartition égalitaire, étant donné qu'il procure une économie d'impôt identique pour chaque contribuable imposable⁶⁰.

Indice lié à l'impôt à payer

Le deuxième indice fait le parallèle cette fois entre la répartition des avantages fiscaux et la répartition de l'impôt payé par les contribuables. Il s'agit de comparer la part du manque à gagner associée à une mesure fiscale générée par un groupe en regard des contributions aux impôts payés par ce groupe.

⁵⁹ Nous avons calculé l'indice selon le nombre de déclarants pour le crédit au titre des cotisations syndicales et professionnelles. Il serait supérieur à 2 pour chacune des tranches de revenus supérieures à 35 000 \$.

⁶⁰ À l'égard du crédit de base, notre calcul indique un indice selon le nombre de déclarants de 1 pour toutes les tranches de revenus.

L'indice lié à l'impôt à payer se calcule ainsi :

$$\frac{\% \text{ du manque à gagner dans une tranche de revenu}}{\% \text{ de l'impôt payé dans la même tranche de revenu}}$$

Cette fois-ci, un indice égal à 1 signifie que la part du manque à gagner attribuable à cette tranche de revenu est proportionnelle à la part des impôts payés par ceux de cette même tranche de revenu. Moins l'indice est élevé, moins la mesure fiscale profite à un groupe de contribuables donné sur la base des impôts qu'il paie. À l'inverse, plus l'indice est élevé, plus le groupe de contribuables tire avantage de la mesure fiscale par rapport aux impôts payés.

Cet indice, associant la part du manque à gagner en fonction de la part de l'impôt payé, présente des résultats surprenants. En effet, le **tableau 9** révèle que ce sont les contribuables dont les revenus varient entre 35 000 \$ et 149 999 \$, particulièrement ceux dont les revenus se situent entre 70 000 \$ et 99 999 \$, qui récoltent les indices les plus élevés. Les contribuables des autres tranches de revenus, en deçà de 35 000 \$ ou au-dessus de 150 000 \$, obtiennent même un indice inférieur à 1 en regard des impôts payés, témoignant que tant les plus riches que les plus pauvres contribuent proportionnellement davantage aux impôts que les bénéfices qu'ils tirent des avantages liés aux déductions REÉR et RPA.

Tableau 9

Indices d'utilisation des avantages fiscaux relatifs aux déductions pour régimes de retraite selon le % de l'impôt du Québec payé, Québec, 2006

Indice % manque à gagner selon % impôt Québec à payer			
Tranches de revenu	REÉR	RPA	RÉGIMES DE RETRAITE
1 \$ à 14 999\$	note	note	note
15 000 \$ à 34 999 \$	0,95	0,79	0,87
35 000 \$ à 69 999 \$	0,97	1,24	1,10
70 000 \$ à 99 999 \$	1,19	1,40	1,29
100 000 \$ à 149 999 \$	1,26	0,87	1,07
150 000 \$ à 199 999 \$	1,13	0,43	0,79
200 000 \$ et plus	0,50	0,11	0,31

Note : Les contribuables de cette tranche de revenu ne paient pas d'impôts. Au contraire, ils obtiennent un remboursement. Ainsi, le dénominateur est

négatif. Donc, l'avantage, selon le résultat du calcul de l'indice, serait en quelque sorte infini.

En fait, les contribuables des tranches de revenus supérieures à 150 000 \$ décrochent les indices les plus faibles, derrière même les contribuables de la tranche de revenu variant entre 15 000 \$ et 34 999 \$. Contrairement à la présomption voulant que les riches profitent davantage des aides fiscales à l'épargne-retraite, l'indice sur la base des impôts payés permet de conclure que ce sont eux qui en profiteraient le moins.

CONCLUSION

Le système de retraite au Canada et au Québec repose sur trois piliers et chacun d'entre eux a un rôle à jouer en vue d'offrir un revenu de retraite décent. Si les régimes publics comme la PSV et le RRQ s'avèrent suffisants pour garantir le maintien du niveau de vie des gens à plus faible revenu, ils ne parviennent pas à le faire pour les contribuables à revenu plus élevé. Les régimes publics de retraite doivent nécessairement être complétés par des régimes de retraite privés.

Les régimes de retraite privés, quant à eux, prennent deux formes. D'un côté, certains employeurs offrent des régimes collectifs de retraite, comme les RPA. De l'autre, la fiscalité permet aussi aux contribuables d'avoir un régime individuel de retraite, le REÉR. Ce dernier vise notamment à mettre les travailleurs ne bénéficiant pas d'un RPA sur un pied d'égalité avec ceux jouissant d'un régime de pension offert par leur employeur. Si l'un peut épargner en vue de la retraite, l'autre doit pouvoir en faire tout autant. Cette symétrie s'avère nécessaire. Ainsi donc, remettre en cause le REÉR en proposant une réduction des cotisations permises remettrait indubitablement en cause le RPA, et vice-versa.

À l'aide de divers scénarios de revenu visé à la retraite, il a été possible de déterminer le montant devant être accumulé à l'intérieur d'un REÉR au moment de la retraite. Non seulement les résultats exposent pourquoi les contribuables utilisent davantage le REÉR au fur et à mesure que leurs revenus s'accroissent, mais ils indiquent également jusqu'à quel niveau de revenu ce véhicule d'épargne s'avère adéquat pour assurer un niveau de vie comparable à celui qui prévalait lors de la vie active.

Déjà, à 35 000 \$ de revenu annuel de retraite souhaité, tant un célibataire qu'un couple doit compter sur l'épargne-retraite privée afin d'obtenir un taux de remplacement des revenus de travail suffisant pour conserver un même niveau de vie à la retraite.

L'analyse apporte un éclairage intéressant en exposant, d'une part, le fait que les aides fiscales à l'épargne-retraite privée se révèlent nécessaires et que leurs paramètres actuels n'apparaissent pas excessifs à l'égard des mieux nantis. D'autre part, l'éclairage permet aussi de rejeter la présomption voulant que les aides fiscales accordées au titre de l'épargne-retraite profitent davantage aux contribuables plus riches.

Certes, les contribuables québécois ayant un revenu élevé utilisent dans une plus grande proportion les aides fiscales à l'épargne-retraite, même qu'en moyenne ces derniers cotisent davantage, mais compte tenu du plafonnement des cotisations, force est de constater que le manque à gagner qu'ils causent demeure proportionnellement plus faible aux impôts qu'ils paient, contrairement aux contribuables dont le revenu se situe entre 35 000 \$ et 149 999 \$.

Il va de soi que l'analyse ne peut s'arrêter au fait que les contribuables ayant un revenu supérieur à 150 000 \$ occasionnent 12,6 % du manque à gagner touchant les aides fiscales au REÉR, même s'ils ne représentent que 1,2 % du total des contribuables. L'indice global calculé en tenant compte à la fois des RPA et des REÉR et sur la base des impôts payés offre l'avantage d'intégrer à l'analyse que ces mêmes contribuables assument également 19,2 % de l'impôt sur le revenu, et ce, même une fois prise en compte leur économie d'impôt associée aux aides fiscales à l'épargne-retraite.

À la lumière de cette analyse, les gouvernements n'ont pas avantage, sur la base de l'équité, à réduire les incitatifs fiscaux liés aux cotisations REÉR.

Une fois réglée l'utilité des aides fiscales à l'épargne-retraite, il faut quand même considérer qu'à elles seules, elles occasionnent un important manque à gagner pour le trésor public. Au Québec, leur coût équivaut à plus du tiers du coût de toutes les mesures fiscales liées à l'impôt sur le revenu. Dans ce contexte, l'incontournable question serait plutôt, les Québécois accumulent-ils suffisamment d'épargne en vue de leur retraite?

**MEMBRES CORPORATIFS APFF
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^e André L'Espérance, LL. L.

Président

BARREAU DU QUÉBEC

M^e 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

Mme Marina Boulos-Winton

Présidente-directrice général

FORCE FINANCIÈRE EXCEL

M. James McMahon, Pl. Fin.

Président-directeur général

GALLANT & ASSOCIÉS, CA S.E.N.C.R.L.

M^{me} Renée Gallant, CA, M. Fisc.

Associée

GAZ MÉTRO

M^{me} Marie-Claude Gratton, CA

Conseillère senior, Gestion fiscale

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

M. Luc Dupuis, CA, M. Fisc.

Associé

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 DYNAVISON 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^e Robert Laniel, notaire, Pl. Fin., DESS comm., DESS fisc.
Conseiller principal

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

KPMG S.R.L./S.E.N.C.R.L.
M. Denis Lacroix, notaire, M. Fisc.
Associé

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

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

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

LAVERY, 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 HENTSCH (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
ACCREDITÉS 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

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. Yves Leroux
Vice-président

TRANSAMÉRICAVIE 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

L'ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

NATURE ET MISSION DE L'ORGANISME

Fondée en 1976, l'Association de planification fiscale et financière (APFF) est un organisme à but non lucratif, indépendant et non gouvernemental, dédié à l'avancement des connaissances et à l'amélioration des compétences de ses membres en matière de fiscalité, de planification financière et de gestion patrimoniale. Elle se reconnaît également la responsabilité de soumettre à l'attention des gouvernements fédéral et provincial tout avis susceptible de bonifier la législation fiscale et toute autre législation liée à sa mission, dans l'intérêt de ses membres et de la communauté, au-delà de toute partisanerie.

L'APFF privilégie une approche pluridisciplinaire des problématiques typiques auxquelles font face ses membres. Elle constitue un important réseau d'échange, de consultation, d'information et de formation continue au service des professionnels œuvrant dans l'un ou l'autre de ses domaines d'intervention.

EFFECTIFS

L'APFF regroupe des professionnels issus de différentes disciplines, principalement des comptables, avocats, conseillers en sécurité financière, notaires et planificateurs financiers. De plus, elle répond aux besoins des économistes, administrateurs agréés, conseillers en valeurs mobilières, banquiers et actuaires, de même qu'à ceux de toute personne intéressée directement ou indirectement au domaine de la planification fiscale et financière.

L'APFF compte près de 2 000 membres.

ACTIVITÉS DE FORMATION

L'APFF organise, dans quatre régions administratives du Québec, des séminaires, colloques, symposiums et autres conférences, animés par des conférenciers chevronnés, sur toutes les dimensions de la planification fiscale et financière.

L'APFF donne également, à raison de 2 sessions de 10 semaines par année, des cours en fiscalité (*Impôt des sociétés*, séries 1 et 2; *Planification fiscale et financière des particuliers*, séries 3 et 4; *TPS et TVQ*, série 5; *Fiscalité internationale*, série 6, incluant volumes et service de mise à jour dans chacun des cas). Ces cours sont également offerts par correspondance.

En octobre, l'APFF tient son congrès annuel de trois jours, en alternance entre Montréal et Québec.

PUBLICATIONS

L'APFF publie annuellement de nombreux ouvrages couvrant tous les aspects de la planification fiscale, successorale et financière.

Les membres de l'APFF reçoivent la **Revue de planification fiscale et successorale** (quatre fois l'an), la revue **Stratégie** (quatre fois l'an), le **Livre du Congrès** en deux tomes (une fois l'an). Le résumé des budgets des gouvernements du Québec et du Canada est présenté sur le site Internet de l'APFF le lendemain des budgets.

Un bulletin d'information consacré à l'actualité fiscale, le **Flash fiscal**, vendu sur abonnement, est publié environ 20 fois par année, habituellement toutes les deux semaines. Des numéros spéciaux paraissent également le lendemain des budgets fédéral et provincial.

L'APFF publie aussi un ouvrage intitulé **Les impôts sur le revenu et le décès**, avec service de mise à jour.

Toutes les publications de l'APFF, depuis sa fondation, sont également répertoriées dans un recueil intitulé **Liste des publications**.

Depuis octobre 1998, un service d'information fiscale électronique, la **Collection APFF**, est offert sur CD-ROM ou par Internet. Cette collection présente la documentation émise par l'APFF (depuis 1991, les textes des congrès, des colloques, de la **Revue de planification fiscale et successorale** et, depuis 2002, les textes de la revue **Stratégie** et des cours en fiscalité des séries 3 et 4). La **Collection APFF** comporte un volet « Planification financière, retraite et succession » et un volet « Impôt et taxes ». Quatre mises à jour sont prévues chaque année. La **Collection APFF** est commercialisée par la société Publications CCH ltée et est vendue par abonnement, en communiquant avec un représentant au numéro sans frais 1 800 363-8304.

ADHÉSION

Toute personne qui désire devenir membre de l'APFF doit remplir le formulaire d'adhésion placé à la dernière page de la présente publication.

MEMBRES CORPORATIFS DE L'APFF

L'APFF accueille, à titre de membres corporatifs, plus de 90 entreprises provenant de différents secteurs d'activités et ordres professionnels.

Toutes les entreprises désirant participer à l'essor de la planification fiscale et financière peuvent le faire en adhérant à l'Association par une contribution annuelle sous forme de cotisation de membre corporatif.

SIÈGE SOCIAL DE L'APFF

Le siège social de l'APFF est sis au 1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660,
Montréal (Québec) H3B 4N4

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

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

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

L'APFF SE VEUT UN PHARE DE PROGRÈS DANS LE DOMAINE DE LA PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE POUR L'ENSEMBLE DE LA COMMUNAUTÉ

CONSEIL D'ADMINISTRATION 2009-2010

Présidente du conseil

Renée Gallant, CA, M. Fisc.

Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.

Vice-présidente

Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM

Option Fortune inc.

Secrétaire

Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP

Financière Sun Life

Trésorier

Maurice Fréchette, CGA

Power Corporation du Canada

Président sortant

Jean Groleau, avocat

Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.

Membres

Benoît Desjardins, CA, M. Fisc.

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

Carl Deslongchamps, D. Fisc.

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

Éric Labelle, avocat

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

Stéphane Leblanc, CA

Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

André L'Espérance, LL. L.

Services financiers FBN

Alain Ménard, avocat, BA, MBA

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

René Roy, avocat, CA

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

Diane Tsonos, avocate

RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

Président-directeur général

Maurice Mongrain, avocat

APFF