

apff

association
de planification
fiscale et financière

R E V U E

APFF

PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE

Vol. 28, n° 2 • 2007-2008

Le déséquilibre fiscal au Canada : une approche historique
Marc Sauvé

153

Le nouveau régime s'appliquant à la participation
excédentaire des fondations privées
Amélie Guimont

203

La protection des régimes enregistrés d'épargne-retraite/
des rentes contre les créanciers : où en sommes-nous?
Élyse Lemay

247

Faillite ou proposition? Impact de l'affaire *Marchessault*
sur la question des années d'imposition
Sandra Hassan

267

Revue de planification fiscale et successorale

Cette publication doit être citée : (2007-2008), vol. 28, n° 2
*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.

Veillez adresser toute correspondance à :

APFF

1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660

Montréal (Québec) H3B 4N4

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

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

Internet : www.apff.org

Courrier électronique : apff@apff.org

© 2008, 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, 3^e trimestre 2008

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

COMITÉ DE LA REVUE

PRÉSIDENTE :

Suzanne Landry,

Ph. D., M. Fisc., FCA, FCMA

HEC Montréal

COORDONNATRICE :

Diane Gagnon, avocate

Directrice de l'édition – APFF

MEMBRES :

Mélanie Beaulieu, avocate

De Grandpré Chait s.e.n.c.r.l.

France Bordeleau, CGA, M. Fisc.

Standard Life

Christophe De Koster, avocat, M. Fisc.

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

Chantal Jacquier, avocate

Michel Ostiguy, avocat, M. Fisc.

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

Julie Hélène Tremblay, avocate,

D. Fisc.

Publications CCH Ltée

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

HEC Montréal

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

POLITIQUE ÉDITORIALE

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 détaillé 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* doit d'abord soumettre un plan détaillé à l'approbation du comité. Le plan et le texte doivent être envoyés par voie électronique à M^e Diane Gagnon, directrice de l'édition et coordonnatrice du comité (gagnond@apff.org), ou par la poste.

SOMMAIRE DE LA REVUE

Vol. 28, n° 2 • 2007-2008

- **Le déséquilibre fiscal au Canada : une approche historique**
Marc Sauvé 153
 - **Le nouveau régime s'appliquant à la participation excédentaire des fondations privées**
Amélie Guimont 203
 - **La protection des régimes enregistrés d'épargne-retraite/
des rentes contre les créanciers : où en sommes-nous?**
Élyse Lemay 247
 - **Faillite ou proposition? Impact de l'affaire *Marchessault*
sur la question des années d'imposition**
Sandra Hassan 267
-

LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL AU CANADA : UNE APPROCHE HISTORIQUE

MARC SAUVÉ, AVOCAT, LL. L., D.D.N., LL. M.

PRÉCIS

L'ensemble des observateurs de la chose publique au Québec convient qu'il existe un déséquilibre fiscal vertical au Canada. Les gouvernements québécois ont tour à tour dénoncé ce déséquilibre entre Ottawa et les provinces avec un succès relatif. Le débat fiscal entre Québec et Ottawa depuis les débuts de la Confédération gravite autour de ce déséquilibre dénoncé par le Québec. Il est intimement lié à la vision que chaque ordre de gouvernement a de ses responsabilités constitutionnelles et politiques.

Nous exposons sommairement diverses formes de fédéralisme : le fédéralisme classique, le fédéralisme coopératif et le fédéralisme budgétaire. L'équilibre fiscal dans la fédération doit être apprécié en fonction de ces diverses approches. Traditionnellement, le gouvernement québécois adopte une définition classique basée sur la division constitutionnelle des pouvoirs et sur la notion de souveraineté partagée. Pour sa part, le gouvernement fédéral adopte implicitement la vision du fédéralisme coopératif qui insiste sur l'interdépendance des partenaires de la fédération et le décloisonnement du fédéralisme.

Du point de vue du Québec, le déséquilibre fiscal au Canada s'explique en partie par une vision hiérarchique et centraliste du fédéralisme. Cette vision a été présente au Canada tout au long de son histoire et a été véhiculée principalement par le pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de compétence des provinces.

Certains ont exposé un modèle de fédéralisme fiscal basé sur la réalité politique québécoise et canadienne et sur les principes du fédéralisme : respect du désir d'autonomie des provinces et de leur capacité de pourvoir à leurs responsabilités constitutionnelles, respect du principe de la responsabilité fiscale, respect du principe de subsidiarité et de non-subordination des provinces et nécessité d'une gestion partenariale de l'interdépendance. Ce modèle implique principalement le transfert de points d'impôt par le gouvernement

fédéral aux provinces et l'établissement d'un mécanisme de cogestion efficace pour assurer la cohésion de l'union canadienne.

ABSTRACT

Many observers in Quebec consider that it exists a vertical fiscal imbalance in Canada. The Quebec government has denounced this imbalance between Ottawa and the provinces with a relative success. The fiscal debate between Quebec and Ottawa since the confederation beginnings gravitates around this imbalance denounced by Quebec. It is linked to the vision that each order of government has of its constitutional and political responsibilities.

We expose briefly various forms of federalism: classical federalism, cooperative federalism and fiscal federalism. The fiscal balance in the federation must be appreciated according to these various approaches. Traditionally, the Quebec government adopts a classical definition of federalism based on the constitutional division of powers and on the notion of divided sovereignty. For its part, the federal government adopts implicitly the vision of cooperative federalism that insists on the interdependence of the partners of the federation and federalism decompartmentalization.

From the Quebec standpoint, the fiscal imbalance in Canada is explained by a hierarchic and centralist vision of federalism. This vision has been present in Canada throughout its history and was principally carried by the federal spending power in provinces jurisdictions.

Some exposed a fiscal federalism model based on the principles of federalism: respect of the autonomy of the provinces and of their capacity to provide with their constitutional responsibilities, respect of the principle of the fiscal responsibility, respect of the principle of subsidiarity and of non-subordination of the provinces and the necessity of an interdependance partnership management. This model principally implies the transfer of tax points by the federal government to the provinces.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	157
1. LE PRINCIPE FÉDÉRAL	159
1.1. LE FÉDÉRALISME CLASSIQUE.....	160
1.2. LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF.....	161
1.3. LE FÉDÉRALISME BUDGÉTAIRE	162
2. LES DÉBATS PRÉCONFÉDÉRATIFS ET L'ACTE DE L'AMÉRIQUE DU NORD BRITANNIQUE DE 1867	164
2.1. LES DÉBATS	164
2.2. ANALYSE	168
3. L'ÉVOLUTION DU RÔLE DE L'ÉTAT	172
4. ÉLÉMENTS HISTORIQUES, POLITIQUES ET CONSTITUTIONNELS DU DÉSÉQUILIBRE FISCAL.....	174
4.1. DÉPENDANCE FINANCIÈRE : LES SUBVENTIONS CONDITIONNELLES ET LES SUBSIDES.....	175
4.2. L'IMPÔT TEMPORAIRE DE 1917	176
4.3. LA CRISE DE 1929 ET LE RAPPORT ROWELL SIROIS DE 1940	176
4.4. L'EFFORT DE GUERRE DE 1942 ET L'APRÈS-GUERRE.....	178
4.5. UNE RÉPONSE CONTRE LE DÉSÉQUILIBRE : LA COMMISSION TREMBLAY ET L'IMPÔT SUR LE REVENU DE 1954	179
4.6. SUBSIDES AUX UNIVERSITÉS	179
4.7. LE SUCCÈS RELATIF DE L' <i>OPTING OUT</i> DE 1964	180
4.8. LES NOMBREUSES PROPOSITIONS DE RÉFORME ENTRE 1964 ET 1999	181
4.9. L'ENTENTE SUR L'UNION SOCIALE DE 1999.....	186
4.10. LA COMMISSION SÉGUIN DE 2002.....	187
4.11. LE RAPPORT DU CONSEIL DE LA FÉDÉRATION DE 2006	191
4.12. LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER D'HIER À AUJOURD'HUI.....	192
5. VERS UN NOUVEAU MODÈLE DE FÉDÉRALISME FISCAL.....	196
5.1. AUTONOMIE ET NON-SUBORDINATION	197
5.2. LA GESTION DE L'INTERDÉPENDANCE	198
CONCLUSION	200

INTRODUCTION

« Tout le génie du fédéralisme consiste à permettre la co-habitation féconde au sein d'un seul grand ensemble politique de deux ordres de gouvernement souverains : l'un est reconnu maître de ce qui doit être géré à l'échelle locale pour assurer l'intimité culturelle et l'autonomie politique des communautés fédérées, l'autre déclaré maître de ce qui demande à être géré à l'échelle des grands ensembles, pour assurer les mises en commun économiques, sociales et politiques nécessaires au règlement des problèmes dont l'envergure dépasse les moyens d'action et l'aire des juridictions restreintes des divers partenaires de la fédération¹. »

Le fédéralisme attribue des responsabilités entre deux niveaux de gouvernement, chacun d'eux ayant besoin de ressources financières suffisantes pour assumer ses propres responsabilités sans être dépendant de l'autre palier de gouvernement. C'est l'autonomie des ressources qui détermine l'autonomie effective d'un gouvernement. La fiscalité se retrouve donc au cœur des questions et des débats soulevés par le fédéralisme.

L'ensemble des observateurs de la chose publique au Québec convient qu'il existe un déséquilibre fiscal vertical au Canada. Au fil de l'histoire, les gouvernements québécois ont tour à tour dénoncé ce déséquilibre entre Ottawa et les provinces avec un succès relatif². Le débat fiscal entre Québec et Ottawa depuis les débuts de la Confédération gravite autour de ce déséquilibre dénoncé par le Québec. Il est intimement lié à la vision que chaque ordre de gouvernement a de ses responsabilités constitutionnelles et politiques. Avec les coupures unilatérales dans les transferts fédéraux au cours des années 1990, la question du déséquilibre fiscal est revenue au cœur des discussions fédérales-provinciales.

La Commission Séguin a souligné en 2001 les caractéristiques du déséquilibre fiscal canadien :

« Ce contexte est assez facile à décrire : le gouvernement fédéral occupe trop d'espace fiscal par rapport à ses compétences. Dans le champ de l'impôt sur le revenu des particuliers, qui est également l'impôt dont les revenus ont augmenté le plus rapidement au cours des dernières années, le gouvernement fédéral occupe ainsi environ 60 % du champ de taxation. Le gouvernement fédéral dégage des surplus importants, qu'il peut en partie utiliser de façon unilatérale pour intervenir dans les

¹ André BURELLE, *Le mal canadien : essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie*, Montréal, Fidès, 1995, p. 127.

² *Infra*, section 4.

champs de compétence des provinces. Dans le même temps, les provinces ne disposent pas de suffisamment de ressources pour financer leurs dépenses dans leurs champs de compétence. Elles sont confrontées à une situation budgétaire fragile, et menacées d'un retour au déficit en raison des pressions qu'elles subissent, notamment dans le domaine de la santé³. »

Pour certains, le déséquilibre fiscal n'existe tout simplement pas⁴ :

- Les gouvernements fédéral et provinciaux ont accès aux mêmes grandes sources de revenus.
- Les revenus des provinces et des territoires sont supérieurs à ceux du gouvernement fédéral depuis des années.
- Les transferts intergouvernementaux servent à appuyer d'importants programmes nationaux et à corriger les disparités fiscales entre les régions.
- Le fardeau de la dette fédérale, plus élevé que celui des provinces et des territoires, limite la capacité du gouvernement fédéral de consacrer de nouvelles dépenses aux priorités des Canadiennes et des Canadiens.
- Les deux paliers de gouvernement doivent faire face à des pressions en matière de dépenses tout en ayant des ressources limitées.

Pour sa part, le gouvernement conservateur reconnaît l'existence de ce déséquilibre et applique des mesures visant à atténuer le phénomène, sans régler le problème de façon définitive. Il n'y a donc pas de définition unique de la notion de déséquilibre fiscal qui fasse l'objet d'un consensus général. Cette notion comporte une dimension politique incontournable.

³ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Commission sur le déséquilibre fiscal, *Communiqué de presse*, 7 mars 2001 (ci-après « Commission Séguin ») (en ligne : <http://www.desequilibrefiscal.gouv.qc.ca/fr/presse/index.htm#18>).

⁴ CANADA, ministère des Finances, *L'équilibre fiscal au Canada : les faits*, octobre 2004 (en ligne : http://www.fin.gc.ca/facts/fbcfacts9_f.html); voir aussi GOUVERNEMENT DU CANADA, Bureau du Conseil privé, *Communiqué de presse*, « Le ministre Dion démontre que le déséquilibre fiscal est un mythe », 27 mars 2002; *L'équilibre fiscal et les relations financières entre les gouvernements au Canada*, discours et exposé du ministre Stéphane Dion, 27 mars 2002 (en ligne : www.pco-bcp.gc.ca/aia/index.asp?lang=fra&page=archive&sub=a-pressrelease&doc=20020327_f.htm).

À Ottawa, on met en place des programmes dits **nationaux** en fonction des priorités politiques fédérales, sans se limiter à la division constitutionnelle des pouvoirs législatifs. Le Québec se considérant comme une nation ou société distincte exprime historiquement des besoins d'autonomie fiscale et financière par rapport au gouvernement fédéral et est jaloux de ses compétences exclusives, notamment en matière d'éducation, de santé et de sécurité sociale. Le déséquilibre fiscal n'est pas réglé du point de vue du Québec. Le gouvernement fédéral continue d'enregistrer des surplus tout en réalisant des dépenses importantes dans des domaines de compétence des provinces pendant que celles-ci ont peine à boucler leur budget. Les sources du déséquilibre fiscal vertical entre les provinces et le gouvernement central sont d'ordre constitutionnel, historique et politique.

Nous exposons sommairement dans un premier temps diverses formes de fédéralisme : le fédéralisme classique, le fédéralisme coopératif et le fédéralisme budgétaire. L'équilibre fiscal dans la fédération doit être apprécié en fonction de ces diverses approches. Une deuxième section porte sur les débats qui ont précédé la Constitution de 1867. La vision centraliste du fédéralisme préconisée par les Pères de la Confédération s'est reflétée dans les textes constitutionnels et dans les rapports fiscaux et financiers entre le gouvernement fédéral et les provinces tout au long de l'histoire. Nous verrons ensuite que l'évolution du rôle de l'État a influencé considérablement l'évolution du fédéralisme et les rapports fiscaux et financiers entre les deux ordres de gouvernement. Le pouvoir de dépenser a permis au gouvernement fédéral de s'adapter à l'évolution du rôle de l'État tout en conservant la nature centralisatrice du fédéralisme canadien. Une section fera état des manifestations du déséquilibre fiscal à travers l'histoire canadienne. Une dernière section expose sommairement un modèle partenarial de fédéralisme fiscal.

1. LE PRINCIPE FÉDÉRAL

Selon Daniel J. Elazar, le terme fédéral est dérivé du latin *foedus* qui signifie convention, engagement contractuel, pacte⁵ :

« Les principes fédéraux ont trait à la combinaison de l'autonomie (self rule) et de l'interdépendance assumée (share rules). La réalité des rapports de pouvoirs entre l'unité politique des fédérations est mieux rendue par la notion d'ordres différents et coordonnés du gouvernement que par celle de niveaux ou de paliers multiples hiérarchiquement subordonnés les uns aux autres. Le gouvernement central constitue

⁵ Bruno THÉRÊT, *Protection sociale et fédéralisme. L'Europe dans le miroir de l'Amérique du Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2002, p. 42.

un gouvernement doté de fonctions particulières et définies par une relation spécifique aux individus, à ce titre, de statut égal aux gouvernements régionaux auxquels il est articulé constitutionnellement. Ces derniers sont quant à eux des collectivités territoriales, porteuses au sein d'un système fédératif des droits collectifs historiquement inscrits dans l'histoire et la culture des régions qu'elles représentent⁶. »

L'examen du déséquilibre fiscal peut s'effectuer sur la base de grilles d'analyses multiples associées au fédéralisme : le fédéralisme classique, le fédéralisme coopératif ou interactionniste et le fédéralisme fiscal ou budgétaire.

1.1. LE FÉDÉRALISME CLASSIQUE

Selon Wheare, le fédéralisme est animé par un principe fondamental consistant à diviser le pouvoir au sein de l'État de manière que le gouvernement central et les gouvernements fédérés soient dans leur sphère de compétence respective des entités autonomes et coordonnées : « By federal principles, I mean the method of dividing powers so that the general and regional governments are each, within a sphere, coordinated and independent; [...] »⁷.

Pour Dicey, le fédéralisme représente un système de gouvernement sous lequel « [...] ordinary powers of sovereignty are elaborately divided between the common or national government and the separated States »⁸. Cette approche de Dicey du fédéralisme classique a retenu l'attention des nationalistes québécois, car elle semblait répondre de façon favorable à leur désir d'autonomie dans un Québec francophone. Il s'agit de l'approche de la souveraineté divisée dans le cadre d'un fédéralisme dualiste où chaque ordre de gouvernement est indépendant et souverain dans ses champs de compétence⁹. Cette définition est retenue par la Commission Tremblay de 1956¹⁰ et plus récemment par la

⁶ Daniel J. ELAZAR, *Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Harlow (Grande-Bretagne) Longman, 1991, pp. XV-XVI et 23.

⁷ Kenneth C. WHEARE, *Federal Government*, 4^e éd., London, Oxford University Press, 1963, p. 10.

⁸ Albert V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., London, McMillan, 1920, p. 139.

⁹ Ronald L. WATTS, *Les sociétés pluriculturelles et le fédéralisme*, Études de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le multiculturalisme, Ottawa, 1971, p. 8.

¹⁰ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, vol. II, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1956, pp. 95-104 (ci-après « Commission Tremblay »).

Commission sur le déséquilibre fiscal en 2001¹¹. Selon cette approche classique, l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de compétence exclusive des provinces constitue l'expression du déséquilibre fiscal.

Toutefois, il est important de noter que cette approche classique de la division de la souveraineté s'appuie sur une vision legaliste du fédéralisme, selon laquelle le partage constitutionnel des compétences entre les deux paliers de gouvernement constitue la principale caractéristique du système fédéral. Cette approche cloisonnée et dualiste du fédéralisme ne fait pas beaucoup de place à l'interdépendance dans l'exercice des compétences constitutionnelles. Avec l'évolution du rôle de l'État et les interactions entre les programmes sociaux et économiques, d'autres approches du fédéralisme ont été développées.

1.2. LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF

Sans rejeter certains apports de la théorie classique du fédéralisme, quelques auteurs ajoutent des notions d'interaction et d'interdépendance. Watts définit ce fédéralisme comme suit :

« The fundamental character of the federal system is that it is a political system characterised by to sub-systems, one of central government and the other of state governments, in which the competent governments are coordinated in the sense that neither is politically subordinate to the other but which interact with each other at many points both cooperatively and competitively¹². »

Birch définit le fédéralisme comme un système de gouvernement « [...] in which there is a division of power between one general and several regional authorities, each of which, in its own sphere, is coordinate with the others and each of which acts directly on the people through its own administrative agencies »¹³. Dans sa définition, Birch maintient l'élément de coordination de la théorie du fédéralisme classique tout en omettant l'indépendance et l'autonomie des parties constituantes.

¹¹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Commission sur le déséquilibre fiscal, *Pour un nouveau partage des moyens financiers au Canada*, Québec, 2002, p. 14.

¹² Ronald L. WATTS, *Multicultural Societies and Federalism*, Étude pour la Commission sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1970, p. 11.

¹³ Anthony H. BIRCH, *Federalism, Finance and Social Legislation in Canada, Australia and the United States*, Oxford, Clarendon University Press, 1955, p. 306.

Pour certains, le gouvernement fédéral adopte implicitement le modèle proposé par Anthony Birch¹⁴ ou un modèle de fédéralisme coopératif¹⁵. Ce modèle insiste sur la nécessaire interdépendance des entités fédérées et met de côté la notion de souveraineté partagée ou divisée. Le gouvernement fédéral se servant du pouvoir de dépenser comme instrument du fédéralisme coopératif rejette traditionnellement le fédéralisme comme système de gouvernement assurant la complète autonomie financière des provinces sans l'assistance et l'implication du gouvernement fédéral dans les domaines de compétence provinciale¹⁶ :

« It can be argued that the Constitution should be contrived so as to avoid any need for a spending power that each government ought to have the revenue sources it needs to finance its spending requirements without federal assistance, and further that where the national interest comes to attach to a certain matter within provincial jurisdiction, the Constitution ought to be amended to transfer that matter to federal jurisdiction. The difficulty with this tidy approach to federalism is that it does not accord with the realities of a twentieth century state¹⁷. »

Cette approche permet de justifier théoriquement l'exercice du pouvoir de dépenser dans le contexte d'une union fédérale. Cette approche décloisonnée du fédéralisme repose sur une vision fonctionnelle et pragmatique des rapports entre les deux ordres de gouvernement sans se limiter à la répartition des pouvoirs législatifs garantie par la Constitution.

1.3. LE FÉDÉRALISME BUDGÉTAIRE

Selon la théorie du fédéralisme budgétaire ou fiscal, « tout État a pour objectif d'améliorer le bien-être de la population. La norme d'évaluation du bon gouvernement réside ainsi dans son efficacité à optimiser le bien-être

¹⁴ Hamish TELFORD, « The Federal Spending Power in Canada: Nation Building or Nation Destroying? », (1999), *Working Papers* (4), Institute for Intergovernmental Relations, Toronto, Queen's University.

¹⁵ Voir Stéphane DION, *Communiqué de presse*, « La coopération dans l'exercice du pouvoir de dépenser en matière de transferts intergouvernementaux », 5 février 1999 (en ligne : http://www.pco-bcp.gc.ca/aia/index.asp?lang=fra&Page=archive&Sub=a-PressRelease&Doc=19990205_f.htm#texte); Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Éditions du Septentrion, 2005, p. 98.

¹⁶ Michel MAHER, « Le pouvoir de dépenser dans le cadre du droit constitutionnel canadien », (en ligne : http://alphalogique.bizland.com/omnilex/edilex/ACTUALITES_EDILEX.htm).

¹⁷ Pierre Elliott TRUDEAU, *Federal Provincial Grants and the Spending Power of Parliament*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1969, p. 30.

économique global »¹⁸. La théorie du fédéralisme fiscal a pour objet d'étude le partage des compétences et des ressources budgétaires entre niveaux de pouvoir dans un État fédéral. Cette théorie s'articule autour des thèmes suivants : répartition optimale des pouvoirs et des moyens financiers, coordination des activités entre les différents gouvernements d'un État fédéral, externalités interrégionales, péréquation et solidarité, transferts, concurrence fiscale¹⁹.

Selon cette approche, « le gouvernement central est censé endosser la plus grande part des responsabilités en ce qui a trait à la stabilisation de l'économie, à la plus équitable répartition des revenus et à la production de certains biens qui ont un grand rôle à jouer dans le bien-être de tous les membres de la société »²⁰.

Cette approche permet de justifier l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de compétence provinciale comme la santé, l'éducation et la sécurité sociale. L'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de juridiction provinciale repose très souvent sur des justifications économiques qui sont rattachées à la théorie du fédéralisme budgétaire²¹. Cette théorie fait cependant face à des critiques pour son incapacité à bien traduire le principe fédéral.

D'une part, cette théorie implique que la division des responsabilités entre les ordres de gouvernement devrait être réorganisée sur des bases fonctionnelles selon les besoins économiques et sociaux en constante évolution et la négation du partage des compétences législatives prévu et garanti par la Constitution. En outre, cette théorie néglige une justification politique fondamentale associée à l'exercice du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral au Canada. En

¹⁸ B. THÉRÊT, *op. cit.*, note 5, p. 49; voir Wallace E. OATES, *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt, Brace, Jovanovich, 1972, pp. 14-15.

¹⁹ Frédérique DENIL, M. MIGNOLET et M.-E. MULQUIN, *La théorie du fédéralisme fiscal et ses enseignements*, FUNDP, Centre de recherches sur l'économie wallonne (en ligne : http://perso.fundp.ac.be/~mmignole/Chap%201_Denil%20Mignolet%20Mulquin.doc).

²⁰ B. THÉRÊT, *op. cit.*, note 5, p. 49.

²¹ Albert BRETON et Anthony SCOTT, *The Economic Constitution of Federal States*, Toronto, University of Toronto Press, 1978; Maurice LAMONTAGNE, *Le fédéralisme canadien. Évolution et problèmes*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1954; Robin BOADWAY, « Recent Developments in the Economics of Federalism », dans Harvey Lazar (dir.), *Canada: The State of the Federation 1999-2000: Toward a New Mission Statement for Canadian Fiscal Federalism*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 2000, pp. 41-78, à la page 74.

intervenant de façon massive et visible en matière de santé et de sécurité sociale par exemple, le gouvernement fédéral cherche à renforcer le sentiment de solidarité nationale et l'identité canadienne dans l'édification de la nation. Cette théorie économique du fédéralisme ne tient pas compte non plus de facteurs politiques, culturels et sociaux²².

Pour conclure sur cette section, il faut considérer que la vision de l'équilibre fiscal au sein de la fédération dépend de la conception que l'on se fait du fédéralisme et du rôle de chacun des ordres de gouvernement. Alors que le Québec s'appuie traditionnellement sur le fédéralisme dualiste classique pour défendre son autonomie, le gouvernement fédéral s'en remet davantage aux autres formes décloisonnées de fédéralisme coopératif ou budgétaire pour justifier l'exercice de son pouvoir de dépenser dans les domaines de compétence des provinces. L'équilibre ne peut jamais être atteint de façon permanente puisque le fédéralisme répond à des tensions politiques contradictoires de centralisation et de décentralisation qui évoluent continuellement.

2. LES DÉBATS PRÉCONFÉDÉRATIFS ET L'ACTE DE L'AMÉRIQUE DU NORD BRITANNIQUE DE 1867

Puisque nous entreprenons de soulever des aspects historiques et constitutionnels du déséquilibre fiscal, il nous faut examiner les débats qui ont précédé l'adoption de la Constitution canadienne de 1867. Cet examen nous permet de mieux cerner l'intention des constituants.

2.1. LES DÉBATS

Les principaux discours qui retiennent notre attention ont essentiellement été prononcés dans le cadre de la Conférence de Québec de 1864. C'est effectivement lors de cette conférence que les grandes lignes de notre Constitution ont été discutées. Parmi les principaux artisans ou opposants à la Confédération, nous retrouvons John A. Macdonald, Georges Brown, Alexander T. Galt, lord Monck, Georges-Étienne Cartier, Étienne-Paschal Taché et Antoine-Aimé Dorion.

²² Thomas J. COURCHESNE, *La gestion économique et le partage des pouvoirs*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1986, p. 15; Richard BIRD, *The Growth of Government Spending in Canada*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1970; Keith G. BANTING, Douglas M. BROWN et Thomas J. COURCHESNE, « A Comparative Perspective on Federal Finance », *The Future of Fiscal Federalism*, Kingston, School of Policy Studies, Queen's University, 1994.

Pour Macdonald, Galt, Mckenzie et la majorité des Pères de la Confédération issus du Haut-Canada, la nature fédérale de l'union de 1867 ne constituait pas un premier choix. Ils auraient préféré une union législative centralisée si cela avait été politiquement faisable.

Pour Macdonald :

« Le seul moyen de résoudre nos difficultés était une confédération des provinces, par une union soit fédérale, soit législative. Or, en ce qui a trait aux avantages comparatifs d'une union législative et d'une union fédérale, je n'ai jamais hésité à dire que si la chose était faisable, une union législative serait préférable. J'ai toujours déclaré que si nous pouvions avoir un gouvernement et un parlement pour toutes les provinces, nous aurions le gouvernement le meilleur, le moins dispendieux, le plus rigoureux et le plus fort²³. »

Galt, rédacteur des dispositions fiscales et financières de la Constitution de 1867, opine dans le même sens :

« Nous pouvons espérer que dans un avenir assez rapproché nous consentirons à entrer dans une union législative au lieu d'une union fédérale comme celle qui est aujourd'hui proposée. Nous aurions tous souhaité une union législative et voir le pouvoir concentré comme en Angleterre, entre les mains d'un gouvernement central qui étendrait l'égide de sa protection sur toutes les institutions du pays mais nous avons vu qu'il était impossible de faire cela tout de suite. Nous avons vu qu'il y avait des difficultés insurmontables²⁴. »

Sur un autre registre, Macdonald décrit la division générale des pouvoirs, en attribuant la souveraineté au gouvernement central :

« Nous avons déferé à la législature générale toutes les grandes questions de législation. Nous lui avons conféré non seulement en les spécifiant et en les détaillant tous les pouvoirs inhérents à la souveraineté, mais nous avons expressément déclaré que tous les sujets d'un intérêt général, non délégués aux gouvernements provinciaux seraient du ressort du gouvernement fédéral et que les affaires locales seraient du ressort des gouvernements provinciaux... Se trouve conférée à la législature générale, la grande législation souveraine, c'est-à-dire le pouvoir de légiférer sur toutes les questions de nature générale qui ne seront pas spécialement et exclusivement réservées à l'autorité des législatures et des gouvernements provinciaux. Par elle, nous concentrons la force dans le parlement central et faisons

²³ *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du nord*, 3^e session, 8^e Parlement, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 29.

²⁴ *Id.*, p. 77.

de la Confédération un seul peuple et un seul gouvernement au lieu de cinq peuples et cinq gouvernements à peine liés entre eux sous l'autorité de la Grande Bretagne. »

« Le principe véritable qui doit servir de base à une Confédération consiste à donner au gouvernement général toutes les attributions et tous les pouvoirs de la Souveraineté et aux états subordonnés ou individuels ceux seulement qui leur sont expressément assignés. Nous aurions alors de cette manière un gouvernement central fort, une législation centrale puissante et un système décentralisé de corps législatifs à des fins provinciales²⁵. »

Pour Macdonald, le gouvernement central est le gouvernement supérieur et les provinces lui sont subordonnées, comme le sont les colonies à l'égard de la mère patrie :

« Le gouvernement général occupera envers les gouvernements provinciaux exactement la même position que l'Impérial occupe maintenant à l'égard des colonies. Nous devons former une province unie avec des gouvernements provinciaux et des corps législatifs subordonnés au gouvernement fédéral et à la législature générale...²⁶ »

Monk n'hésite pas à décrire le statut de subordination et d'infériorité des provinces par rapport à l'autorité centrale :

« The intention of the framer of the Quebec plan was to constitute a strong central authority the power of which should be supreme and pervading through out the union with provincial bodies of a completely subordinate and municipal character for the administration of purely local affairs²⁷. »

Comme le rapporte Donald Creighton dans son étude²⁸, Brown, Macdonald, Galt et plusieurs autres assimilent eux aussi les provinces à des municipalités ne jouissant pas de pouvoirs significatifs ou importants pour l'époque :

« Let me remind you of how insignificant are the matters agreed at Charlottetown to be left to the local government²⁹. »

²⁵ Assemblée législative, 13 mars 1865, cité dans Janet AJZENSTAT et autres (dir.), *Débats sur la fondation du Canada*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 313.

²⁶ *Id.*, Assemblée législative, 6 février 1865, p. 314.

²⁷ W. M. WHITELAW, « Reconstructing the Quebec Conference », vol. 19, *Canadian Historical Review*, juin 1938, p. 136.

²⁸ Donald G. CREIGHTON, *L'Amérique britannique du Nord à l'époque de la Confédération*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1939, réimprimé en 1964, pp. 89-97.

²⁹ G. BROWN, *Canadian Confederation Debates*, 1865, p. 77.

« Local governments would have a very in insignificant amount of work to do³⁰. »

« The local Legislature will have to deal rather with municipal than great general questions³¹. »

« Local Parliament would under the circumstances of the general legislature be more of the nature of municipal than a legislative body³². »

« Everyone knows that the local legislatures will be under this scheme very insignificant bodies³³. »

« It was exceeding to be regretted that the responsible government British Parliamentary government in the sense in which we had enjoy in this country should be apply to the local bodies³⁴. »

Galt, qui est le rédacteur des dispositions constitutionnelles portant sur les arrangements fiscaux et financiers de la Confédération, souligne la prédominance fiscale du gouvernement central sur les provinces, même si le texte des résolutions de Québec leur accorde un pouvoir de taxation directe peu utilisé à l'époque, car politiquement impopulaire : « The power of taxation had been confided to the general legislature »³⁵. Pour Brown : « The general government is the one who holds the purse »³⁶. Campbell des provinces maritimes voit les choses de la même façon : « The general national power of taxation his to be on the general government »³⁷. Dans sa dénonciation de la Confédération, J.B.E. Dorion confirme cette idée de subordination et d'infériorité des provinces : « I oppose the scheme because we are offered local parliaments which will be simply nonentities with powers on questions of minor importance »³⁸.

³⁰ A. T. GALT, *Speech on the proposed union of the British North American provinces*, 1864, p. 18.

³¹ A. T. GALT, *Canadian Confederation Debates*, 1865, p. 70.

³² J. A. MACDONALD, *The Globe*, 14 juillet 1866.

³³ J. G. BOURINOT, *Debates on the Assembly of Nova Scotia*, 1865, p. 266.

³⁴ G. BROWN, *The Globe*, 3 août 1866.

³⁵ A.T. GALT, *op. cit.*, note 30, p. 11.

³⁶ *Canadian Confederation Debates*, 1865, p. 92.

³⁷ *Id.*, p. 340.

³⁸ *Id.*, p. 859.

L.A. Olivier pour sa part s'inquiète de la force dominante du gouvernement général :

« Je suis d'avis que l'on aurait dû donner autant de pouvoir que possible aux gouvernements provinciaux qu'il aurait été indispensable avec les devoirs qu'il aurait à remplir. La raison pour laquelle j'entretiens cette opinion, est que le gouvernement suprême, avec le pouvoir que lui donnera la main mise sur la bourse publique et sur l'armée sera toujours porté à étendre sa prérogative à empiéter sur les compétences des gouvernements provinciaux plutôt que de restreindre son autorité. Si le projet est accepté et mis en pratique tel que qu'il est aujourd'hui, les gouvernements provinciaux risquent d'être écrasés par le gouvernement général³⁹. »

Par ailleurs, Taché est persuadé d'obtenir l'autonomie requise et la protection nécessaire pour le Bas-Canada :

« Si nous obtenons une union fédérale, ce sera l'équivalent d'une séparation des provinces et par là, le Bas Canada conservera son autonomie avec toutes les institutions qui lui sont si chères et sur lesquelles il pourra exercer la surveillance nécessaire pour le préserver de tout danger⁴⁰. »

Georges-Étienne Cartier nourrissait lui-même une vision tranchée de la dualité.

« Telle est d'ailleurs la signification que l'on doit attacher à cette constitution. On y voit à la reconnaissance de la nationalité canadienne française. Comme nationalité distincte et séparée, nous formons un État dans l'État, avec la pleine jouissance de nos droits, la reconnaissance formelle de notre indépendance nationale⁴¹. »

2.2. ANALYSE

Les Pères de la Confédération ont confié au gouvernement central toutes les grandes tâches économiques de l'époque : construction des chemins de fer et des canaux, politiques douanières, et cela, avec les pouvoirs fiscaux les plus importants⁴². Il n'est pas question ici de répartition de la richesse et de justice

³⁹ Conseil législatif, février 1865, cité dans J. AJZENSTAT, *op. cit.*, note 25, p. 322.

⁴⁰ *Débats sur la Confédération*, février 1865, cité dans J. AJZENSTAT, *op. cit.*, note 25, p. 366.

⁴¹ Journal *La Minerve*, Montréal, 1^{er} juillet 1867.

⁴² Gérard V. LA FOREST, « The Allocation of Taxing Power under the Constitution », 2^e éd., dans *Canadian Tax Paper*, n° 65, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1981, p. 2.

sociale. À l'époque, ces grands objectifs ne faisaient pas encore partie du rôle de l'État aux yeux des constituants canadiens.

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 donnait au gouvernement fédéral le droit de percevoir des taxes et des impôts par tout mode de taxation alors que les provinces n'avaient accès qu'au champ de l'imposition direct tel que l'imposition de licences et de permis, les droits sur les terres publiques, la vente de produits et de services et les impôts fonciers⁴³. Il faut souligner la suprématie fiscale du gouvernement central, autorisé par la Constitution, à puiser dans toutes les sources possibles pour établir ses revenus. Il s'agit du paragraphe 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁴. En échange de ce pouvoir fiscal dominant, le gouvernement central s'engage à verser des subventions statutaires aux provinces (art. 112 et suiv.). Comme le souligne Alain Noël, l'élément clé de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique réside dans l'octroi au gouvernement fédéral des droits de douane et des droits d'accise qui représentaient à l'époque près de 80 % des revenus gouvernementaux. Les ressources laissées aux provinces étaient si modestes que dès le départ, des transferts ont dû être mis en place pour permettre à celles-ci de faire face à leurs obligations et de fonctionner⁴⁵.

Le gouvernement fédéral se faisait donc accorder le monopole des impôts indirects, c'est-à-dire la source de revenus la plus importante de l'époque. En retour, il devait déboursier des subventions annuelles aux provinces pour leur permettre d'assumer leurs responsabilités constitutionnelles et une partie de leurs dettes. Ces subventions constituaient très certainement un accroc au principe fédératif classique, lequel demande que chaque ordre de gouvernement soit autonome et responsable dans le domaine financier comme dans les autres domaines législatifs⁴⁶.

L'impôt sur le revenu, qui deviendra plus tard le mode de taxation prédominant et un moyen de redistribution des richesses, est accessible aux deux

⁴³ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Commission sur le déséquilibre fiscal, *op. cit.*, note 11, Annexe I, Contexte historique, p. 10.

⁴⁴ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

⁴⁵ Alain NOËL, « Équilibres et déséquilibres dans le partage des ressources financières », dans Alain G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 312.

⁴⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, vol. 1, p. 29.

ordres de gouvernement selon la Constitution. Mais il était très impopulaire en 1867 et au début du siècle dernier, et les gouvernements hésitaient à l'utiliser⁴⁷

Le dessein des Pères de la Confédération était donc d'établir des provinces ne possédant que des pouvoirs de minime importance et des fonctions de nature locale très limitées. À l'époque, la santé, l'éducation et l'aide sociale étaient des secteurs de responsabilité publique peu développés selon nos standards modernes. Ils étaient dans les faits assumés par les municipalités, les organismes de charité ou les groupes religieux. Ces provinces dont le rôle était mineur et subordonné vivaient de revenus qu'elles tiraient essentiellement de l'exploitation de ressources naturelles ainsi que de subventions que leur verserait le Dominion du Canada, de sorte qu'elles n'auraient vraiment pas besoin de recourir à l'impôt sur le revenu pour se financer, selon les Pères de la Confédération.

Pour Perry⁴⁸, « [T]he Fathers of the Confederation intended to establish a strong federal State on in which there would be no doubt about the subordination of the provinces to the central government ».

Selon Birch :

« The makers of the Canadian constitution, although they had a conception of the purposes of government that, to the modern standards, was extremely limited, place great emphasis on the importance of establishing of strong federal of authority. Most of the Canadian leaders referred to the future provinces as if they were to be little more than municipality. In consequence, there was no strong demand that they must be financially independent; and opposition to the ideas of subsidies came not from delegates of the poor provinces, afraid that financial dependence will lead to political dependence but from those of the wealthy sections worried about what there tax payers might loose on the transaction⁴⁹. »

Le gouvernement fédéral étant le gouvernement **national**, il doit, selon cette approche centraliste, se préoccuper de toute question d'intérêt général et national et s'y intéresser. Selon cette approche, les provinces ne sont que des gouvernements inférieurs et subordonnés qui doivent se soumettre aux normes et

⁴⁷ Discours du député Lucien Cannon à l'Assemblée législative du Québec, 12 novembre 1913.

⁴⁸ David B. PERRY, « Financing the Canadian Federation, 1867-1995: Setting the Stage for Change », dans *Canadian Tax Paper*, n° 102, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, p. 265.

⁴⁹ A. H. BIRCH, *op. cit.*, note 13, p. 53.

objectifs nationaux décrétés unilatéralement par le gouvernement central qui seul peut parler au nom de la nation canadienne et exprimer la volonté nationale. Cependant, les porte-parole du Bas-Canada favorables à la Confédération dont Cartier et Taché insistaient sur le respect de l'autonomie des provinces et sur leur capacité de protéger leur identité propre, leur culture et leurs institutions⁵⁰.

Dès le départ, les constituants n'avaient donc pas une vision commune du fédéralisme et du rôle de chaque ordre de gouvernement⁵¹. Alors que les représentants du Bas-Canada favorables à la Confédération adhéraient généralement au fédéralisme dualiste classique, la majorité au Canada anglais optait pour un quasi-fédéralisme hiérarchique et dominateur accordant au gouvernement fédéral la prépondérance fiscale et financière⁵². Cette situation va amener le Québec à dénoncer le déséquilibre fiscal et financier au Canada au fur et à mesure du développement du rôle de l'État et de l'affirmation nationale des Canadiens français et des Québécois.

Malgré les décisions autonomistes du comité judiciaire du Conseil privé au début du siècle dernier, la vision centraliste du fédéralisme a toujours été présente à Ottawa et au Canada anglais tout au long de notre histoire politique et constitutionnelle et en particulier depuis la Deuxième Guerre mondiale. Cette vision constitue une des sources politiques et historiques du déséquilibre fiscal entre Québec et Ottawa, tel qu'il est perçu au Québec. En effet, le Québec ayant toujours cherché à affirmer son autonomie, toute centralisation fiscale ou atteinte indirecte aux champs de compétence du Québec par le pouvoir fédéral de dépenser est perçue comme un déséquilibre à combattre.

La pensée fédérale et la vision du rôle de l'État et des provinces ont évolué au Canada depuis 1867. Le pouvoir fédéral de dépenser sans égard à la division constitutionnelle des pouvoirs législatifs, rendu possible par le déséquilibre fiscal, favorise néanmoins une dynamique centralisatrice au bénéfice du gouvernement fédéral, dynamique présente dans la Constitution canadienne et voulue par une majorité des pères fondateurs.

⁵⁰ *Supra*, section 2.1.; voir Arthur I. SILVER, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, p. 218.

⁵¹ Richard SIMEON et Ian ROBINSON, *Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada : l'État, la société et l'évolution du fédéralisme canadien*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1990, p. 30.

⁵² K. C. WHEARE, *op. cit.*, note 7, pp. 19-20; Donald V. SMILEY, *Canadian Political Nationality*, Toronto Methuen, 1967, pp. 4-5.

Le rôle de l'État a évolué significativement depuis 1867, ce qui a eu un impact considérable dans les rapports fiscaux et financiers entre les deux paliers de gouvernement.

3. L'ÉVOLUTION DU RÔLE DE L'ÉTAT

En 1867, lorsque les Pères de la Confédération ont jeté les bases du fédéralisme canadien, le rôle des gouvernements était beaucoup plus limité qu'aujourd'hui. Comme le Comité mixte sur le renouvellement du Canada l'a fait observer :

« Leur grande responsabilité était de fournir le cadre juridique permettant à la société de régler ses affaires quotidiennes, d'offrir un nombre limité de services concernant l'application des lois, la défense nationale, les routes et les ponts et d'appuyer de grands travaux comme les canaux et les chemins de fer. Les dépenses publiques étaient minimales et n'avaient, comme instruments politiques, que peu de poids⁵³. »

À cette époque, le rôle de l'État et la protection sociale se résumaient à peu de choses, c'est-à-dire aux secours municipaux, à la bienfaisance privée ou religieuse dans le cadre d'une économie qui n'était encore que faiblement industrialisée⁵⁴. De 1867 à 1930, le modèle de l'État partagé tant par le gouvernement fédéral que par les provinces correspond *grosso modo* à l'État gendarme. Selon cette conception, l'État a pour fonction de garantir les droits civiques et politiques et s'intéresse particulièrement à la défense de la propriété privée. Il faut que les individus soient protégés.

L'État va donc se charger de défendre la propriété privée et d'assurer la sécurité par la police, la gendarmerie et l'armée. Selon cette conception, il faut faire en sorte que le marché puisse fonctionner en garantissant la propriété privée qui constitue le fondement de l'initiative privée, conformément à la pensée libérale de David Ricardo⁵⁵ et d'Adam Smith⁵⁶. Pour favoriser et soutenir la prospérité économique du Canada et compte tenu de l'étendue du

⁵³ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Un Canada renouvelé : Rapport du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur le renouvellement du Canada*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1992, p. 60.

⁵⁴ B. THÉRÊT, *op. cit.*, note 20, p. 120.

⁵⁵ David RICARDO, *Les principes de l'économie politique et de l'impôt*, London, J. Murray, 1817.

⁵⁶ Adam SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), Paris, Gallimard, 1976.

territoire et de la nécessité de permettre l'accès au marché et aux ressources, la mise en oeuvre de canaux, de ponts et de voies ferrées devenait la priorité économique de l'État fédéral en 1867⁵⁷.

La publication en 1936 du livre de John Maynard Keynes intitulé *La théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*⁵⁸ a eu une très grande influence sur la place de l'État dans la société. Partout en Occident, y compris au Canada, on prône l'intervention vigoureuse des gouvernements dans l'économie capitaliste et, par conséquent, la concentration des pouvoirs de direction : stabilisation économique, emprunt, travaux publics, monnaie et taux d'intérêt. C'est l'État keynésien qui apparaît, avec les mesures de stabilisation économique de l'État.

Pour l'État, il s'agit de combler les lacunes de l'économie de marché en stimulant la demande globale en biens et services par la politique fiscale et monétaire ainsi que par les dépenses publiques. À ce moment-là, le gouvernement du Québec et le gouvernement central ne partageaient pas la même vision du rôle de l'État. Au Québec, « on s'en remettait davantage à l'entraide collective et à l'importance pour les personnes de se prendre en charge. L'interventionnisme économique de l'État et le keynésianisme étaient mal perçus par les autorités politiques et ecclésiastiques du Canada français à cette époque »⁵⁹.

L'État gendarme a montré ses limites dans les périodes de crise économique, incapable qu'il était de rétablir une situation économique et sociale stable. Faisant suite aux mesures macroéconomiques de stabilisation de l'État keynésien, l'État providence intervient dans la vie économique et sociale pour établir les grands équilibres économiques et sociaux menacés par la crise. La mission de l'État providence est alors de fournir à tous les citoyens et en particulier aux plus défavorisés, des biens et services collectifs dans le souci d'assurer une plus grande justice sociale et de rétablir l'équilibre social. Pour assurer cette mission, l'État intervient dans la redistribution des richesses, permettant ainsi d'entretenir la consommation de tous et d'assurer une croissance économique durable. C'est dans le domaine social que l'État

⁵⁷ G. V. LA FOREST, *loc. cit.*, note 42, 1-2.

⁵⁸ John Maynard KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie* (1936), Paris, Payot, 1968.

⁵⁹ Alain G. GAGNON et Daniel LATOUCHE avec la collaboration de Guy FALARDEAU, *Allaire, Bélanger, Campeau et les autres. Les Québécois s'interrogent sur leur avenir*, Montréal, Éditions Québec/Amérique, 1991, p. 54.

providence se distingue de plus. Il développe une protection sociale pour l'ensemble de la population avec la sécurité sociale qui prend en charge les risques liés au chômage, à la maladie ou à la vieillesse⁶⁰.

À la fin de la Deuxième Guerre mondiale, les gouvernements du monde occidental avaient donc une conception plus activiste de l'État. Ils se reconnaissaient un rôle clé dans l'économie et le bien-être culturel et social des citoyens. Au Canada, cette conception du rôle de l'État a posé un problème constitutionnel et financier. Les Pères de la Confédération en 1867 n'avaient pas prévu l'évolution du rôle de l'État dans nos sociétés modernes et avaient sous-estimé le rôle des provinces en leur confiant des responsabilités qui étaient à l'époque peu développées et qui relevaient en partie d'organismes de charité, de municipalités ou du secteur privé (hôpitaux, écoles, aide sociale) avec des pouvoirs fiscaux plus limités que ceux accordés au gouvernement fédéral par la Constitution. Ce problème d'inadéquation entre les responsabilités constitutionnelles et les ressources fiscales a été résolu au Canada par l'exercice du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral⁶¹. C'est essentiellement par la fiscalité et le pouvoir de dépenser que le gouvernement d'Ottawa a pu s'adapter à l'évolution de l'État et faire prévaloir la vision centraliste du fédéralisme.

Après avoir abordé le principe fédéral, les débats préconfédératifs et l'évolution du rôle de l'État pour comprendre davantage les sources historiques, constitutionnelles et politiques du déséquilibre fiscal Québec-Ottawa, voyons maintenant comment ce déséquilibre s'est manifesté tout au long de l'histoire canadienne et de quelle manière il se traduit encore aujourd'hui.

4. ÉLÉMENTS HISTORIQUES, POLITIQUES ET CONSTITUTIONNELS DU DÉSÉQUILIBRE FISCAL

Le déséquilibre vertical entre Ottawa et les provinces se manifeste sous diverses formes et comporte des aspects historiques, politiques et constitutionnels. La présente section fournit des éléments pour une certaine vision du déséquilibre fiscal selon une approche historique.

⁶⁰ B. THÉRÊT, *op. cit.*, note 20, pp. 117-139.

⁶¹ Donald G. LENIHAN, Gordon ROBERTSON et Roger TASSÉ, *Canada : La voie médiane*, Montréal, Éditions Québec/Amérique, 1995, p. 170.

4.1. DÉPENDANCE FINANCIÈRE : LES SUBVENTIONS CONDITIONNELLES ET LES SUBSIDES

Comme le rapporte Lacoursière, Honoré Mercier convoque en octobre 1887 la toute première conférence interprovinciale à Québec qui est présidée par le premier ministre de l'Ontario Oliver Mowat. Le gouvernement fédéral décline l'invitation de Mercier. Les provinces réaffirment que l'autonomie des provinces est la base du régime de gouvernement au Canada et la seule garantie de son maintien. Les résolutions qui découlent de cette conférence comportent des aspects financiers visant à renforcer l'autonomie provinciale⁶². Tout au long de ces premières années de la Confédération, les provinces cherchent à obtenir un pourcentage des revenus du gouvernement fédéral au lieu de subsides fixes et statiques⁶³. Elles hésitent cependant pour des raisons politiques à utiliser pleinement leur pouvoir de taxation directe sous la forme de l'impôt sur le revenu.

Pendant les cinquante premières années de la Confédération, les subventions fédérales constituaient environ la moitié des recettes des provinces⁶⁴. Comme le soulignent Charbonneau et Paquette, à partir de 1896, le gouvernement fédéral affirme sa domination sur les provinces en profitant du fait que celles-ci n'osent pas utiliser la taxation directe et cherchent à faire augmenter les subventions qui leur sont versées annuellement depuis 1867. C'est ainsi que le gouvernement fédéral fait naître le principe des subventions conditionnelles⁶⁵. Ces subventions sont offertes à condition toutefois d'avoir un droit de regard et parfois même de contrôle sur leurs utilisations, et ce, même dans des domaines de compétence provinciale comme l'instruction agricole (1913), l'organisation des bureaux de placement (1918), l'enseignement technique (1919), la construction de routes (1919) et la lutte aux maladies

⁶² Jacques LACOURSÈRE, Jean PROVENCHER et Denis VAUGEOIS, *Canada-Québec – Synthèse historique*, Ottawa, Éditions du Renouveau pédagogique, 1970, pp. 450-451; Jacques LACOURSÈRE, *Histoire populaire du Québec*, Québec, Éditions du Septentrion, 1996, p. 423-424; D. B. PERRY, *loc. cit.*, note 48, 7.

⁶³ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Commission sur le déséquilibre fiscal, *op. cit.*, note 11, Annexe I, Contexte historique, pp. 17-18.

⁶⁴ A. Milton MOORE et J. HARVEY PERRY, « Financing Canadian Federation: the Federal-Provincial Tax Agreements », dans *Canadian Tax Paper*, n° 6, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1953, p. 6.

⁶⁵ Jean-Pierre CHARBONNEAU et Gilbert PAQUETTE, *L'option*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1978, p. 134; voir aussi GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, pp. 87-91.

vénériennes (1919). Mais toutes ces initiatives fédérales sont largement dépassées par l'offensive fiscale à l'occasion de la Première Guerre mondiale⁶⁶.

4.2. L'IMPÔT TEMPORAIRE DE 1917

Charbonneau et Paquette, à l'instar de la Commission Tremblay de 1956, rappellent la nature voulue temporaire de l'impôt fédéral sur le revenu.

Le gel des subventions fédérales et les pressions budgétaires ont forcé les provinces à utiliser la taxation du revenu. En 1914, toutes les provinces imposent un impôt sur le revenu ou sur le capital des compagnies et dans la plupart des provinces, ce sont les municipalités qui imposaient le revenu des particuliers. En 1917, pressé par de nouveaux besoins financiers et l'effort de guerre, le gouvernement fédéral s'introduit dans le champ de l'impôt direct, à savoir l'impôt sur le revenu, jusque-là occupé par les provinces et devenu avec les années la plus importante source de revenus.

L'impôt fédéral sur le revenu de 1917, censé être temporaire, a été conservé après la guerre et est devenu permanent. Ottawa occupe alors tellement de place dans ce champ de taxation que les provinces en sont pratiquement évincées pendant la grande dépression⁶⁷.

4.3. LA CRISE DE 1929 ET LE RAPPORT ROWELL SIROIS DE 1940

Devant l'ampleur du chômage et de la misère durant la grande dépression, le gouvernement fédéral a dû intervenir. Le gouvernement fédéral mit sur pied en 1937 la Commission Rowell Sirois chargée d'examiner les bases sur lesquelles reposent le pacte fédératif d'un point de vue financier et économique ainsi que l'attribution des pouvoirs législatifs, à la lumière des développements économiques et sociaux intervenus au Canada depuis 1867.

Déposé en 1940, le rapport de la commission va dans le sens d'une centralisation accrue des pouvoirs : il faut concentrer encore davantage les pouvoirs fiscaux entre les mains du gouvernement fédéral, car c'est lui qui doit être le grand maître d'œuvre en matière économique et sociale selon le désir même des Pères de la Confédération de 1867. En particulier, le rapport Rowell

⁶⁶ J.-P. CHARBONNEAU et G. PAQUETTE, *op. cit.*, note 65.

⁶⁷ *Id.*, p. 135.

Sirois attribue au gouvernement fédéral le monopole de l'imposition et de la perception de l'impôt sur le revenu des particuliers et des sociétés :

« It may be worth to point out that the commission financial proposals are in terms of economic life of 1939 very similar to what the provision of the British North America Act where in terms of the economic life of 1867. In the first place, the Dominion assumed provincial debt in 1867 as it would do today where effect to be giving to the commission recommendations. In the second place, the Dominion was expected to exercise in eighteen-sixty seven the chief taxing power of that time (custom and excise) as the commission proposals are in respect to the chief taxing powers of today (the personal income tax, corporation taxes and succession duties). In the third place, the Dominion was to pay subsidies in 1867 to enable the provinces to perform their functions. Under the commission proposals, the Dominion would pay national grant for the same purpose⁶⁸. »

Il s'agit d'une approche conforme à la vision de John A. Macdonald puisqu'elle a pour résultat d'assurer la domination du gouvernement fédéral dans le domaine de la fiscalité⁶⁹. Charbonneau et Paquette⁷⁰ soulignent que le rapport Rowell Sirois revêt une grande importance dans l'histoire politique et constitutionnelle au Canada puisqu'il formule pour la première fois la thèse centraliste du gouvernement fédéral, reprise sous diverses formes depuis lors. La vision centraliste du fédéralisme véhiculée par la Commission Rowell Sirois a eu une grande influence au Canada anglais « dorénavant porté à évaluer les initiatives fédérales sous l'angle de l'efficacité économique davantage que sous l'angle du respect du principe fédéral et de l'autonomie des provinces »⁷¹. « Il s'inscrit dans un courant d'idées dominant au Canada anglais qui favorise une gestion intégrée de l'interdépendance même si celle-ci doit se faire au détriment de l'autonomie »⁷².

⁶⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Rapport de la Commission royale sur les relations entre le Dominion et les provinces*, Ottawa, Éditeur officiel, 1940, Livre II, Recommandations, pp. 273-274 (ci-après « rapport Rowell Sirois »).

⁶⁹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 10, vol. I, p. 136.

⁷⁰ J.-P. CHARBONNEAU et G. PAQUETTE, *op. cit.*, note 65, p. 140.

⁷¹ François ROCHER, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », dans *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 128.

⁷² A. NOËL, *op. cit.*, note 45, p. 309.

4.4. L'EFFORT DE GUERRE DE 1942 ET L'APRÈS-GUERRE

Le gouvernement fédéral revient à la charge en 1942 avec les principales recommandations du rapport Rowell Sirois, mais en limitant cette fois-ci son projet de transfert fiscal pour la durée de la guerre seulement. En mai 1942, le Parlement du Québec adopta la *Loi concernant une convention entre le gouvernement fédéral et la province pour la suspension de certaines taxes en temps de guerre*⁷³. Maurice Duplessis alors chef de l'opposition sortit de son lit d'hôpital le 22 avril 1942 pour dénoncer ces arrangements soi-disant temporaires en soulignant le précédent de l'impôt temporaire de 1917⁷⁴.

En 1942, moralement tenus de participer à l'effort de guerre et rassurés par la promesse de la durée limitée des arrangements proposés par le gouvernement central, les gouvernements des provinces acceptent l'offre fédérale concernant la location des champs fiscaux⁷⁵. Par cette entente, les provinces acceptent de libérer certains champs d'imposition au profit du gouvernement fédéral, en échange de subventions ou transferts financiers. L'effort de guerre poussa le gouvernement fédéral à mobiliser l'économie canadienne et à intervenir dans de nombreux champs de compétence relevant des États provinciaux :

« En principe, cette intervention devait être temporaire; une fois la paix revenue, on espérait un retour au fédéralisme dualiste de l'avant-guerre. Mais la guerre convainquit le gouvernement d'Ottawa des bienfaits d'une politique nationale keynésienne qui se déploierait dans les domaines de l'économie, de la sécurité sociale, de l'éducation et de la culture sans égard à la répartition des compétences législatives fixées dans la Constitution de 1867⁷⁶. »

Pour le Québec, le renouvellement de ces ententes de location d'impôt bien après la guerre trahit une politique fédérale de centralisation attentatoire à l'autonomie des provinces⁷⁷.

⁷³ J.-P. CHARBONNEAU et G. PAQUETTE, *op. cit.*, note 65, p. 140.

⁷⁴ Conrad BLACK, *Duplessis*, Toronto, McClelland & Stewart, 1977, p. 253.

⁷⁵ J.-P. CHARBONNEAU et G. PAQUETTE, *op. cit.*, note 65, p. 139.

⁷⁶ Textes choisis et présentés par Marc CHEVRIER, *La démocratie québécoise par les textes*, Série Études et documents, Ministère des relations internationales, 1998, p. 53.

⁷⁷ Mémoire du gouvernement du Québec, Conférence fédérale-provinciale sur le rétablissement, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1946, p. 407.

4.5. UNE RÉPONSE CONTRE LE DÉSÉQUILIBRE : LA COMMISSION TREMBLAY ET L'IMPÔT SUR LE REVENU DE 1954

En février 1953, Québec met sur pied la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels (Commission Tremblay) afin de répondre à la démarche essentiellement économique et centralisatrice défendue par le gouvernement fédéral. Il s'agissait de la réponse du Québec au rapport Rowell Sirois. La Commission Tremblay reçut diverses suggestions d'intervenants⁷⁸, dont la Chambre de commerce de Montréal, visant à permettre au gouvernement du Québec de réinstaurer l'impôt sur le revenu des particuliers et de profiter d'un abattement fiscal fédéral correspondant à hauteur de 15 %. Le gouvernement fédéral avait déjà consenti à un tel abattement de 7 % pour l'impôt sur le revenu des compagnies.

Le 14 janvier 1954, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoyait un impôt de 10 % de l'impôt fédéral pour les particuliers du Québec. Le gouvernement fédéral accepta d'accorder un abattement correspondant de 10 % aux contribuables québécois. Depuis lors, le Québec est la seule province canadienne qui perçoit directement des citoyens l'impôt personnel sur le revenu⁷⁹.

4.6. SUBSIDES AUX UNIVERSITÉS

Selon la Constitution, l'éducation constitue une compétence provinciale exclusive. Usant de son pouvoir de dépenser rendu possible par le déséquilibre fiscal, le gouvernement fédéral accorda des subventions aux universités canadiennes.

En 1957, le premier ministre Duplessis refusa aux universités québécoises la possibilité d'accepter des octrois du gouvernement fédéral. Le gouvernement fédéral instaura ce programme prévoyant une aide directe aux universités correspondant initialement à 0,50 \$ par habitant de la province. Ces sommes accumulées ont pu être encaissées par la province en 1959 par la signature d'un accord fédéral provincial qui constitue aussi une première forme de droit de

⁷⁸ Ernest H. SMITH, *Federal Provincial Tax Sharing and Centralized Tax Collection in Canada*, Special Studies in Taxation and Public Finance, n° 1, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, p. 57.

⁷⁹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Commission sur le déséquilibre fiscal, *op. cit.*, note 11, Annexe I, Contexte historique, pp. 32-33.

retrait avec compensation financière⁸⁰. En 1959, le principe du retrait avec compensation financière fut reconnu quand le Québec se vit octroyer un abattement sur l'impôt des compagnies et accepta en retour la complète responsabilité financière de ses universités. Il s'agissait de la première entente intergouvernementale permettant le retrait avec compensation⁸¹.

4.7. LE SUCCÈS RELATIF DE L'OPTING OUT DE 1964

De grands objectifs de l'État providence et la réaffirmation du caractère national du Québec ont amené le gouvernement du Québec à intervenir dans l'économie et dans la vie des citoyens de manière que ne pouvaient prévoir les Pères de la Confédération notamment dans les secteurs de la santé, de l'enseignement et de la sécurité sociale. Ce phénomène accentua le déséquilibre fiscal du point de vue québécois. Le Québec chercha alors à obtenir d'Ottawa une plus grande marge de manœuvre et une plus grande autonomie fiscale et financière.

En 1964, le Québec réussit à obtenir d'Ottawa des arrangements qui lui procurèrent une autonomie additionnelle sans précédent : régime de pension propre au Québec favorisant la création de la Caisse de dépôt et placement, retrait du fédéral du financement de nombreux programmes conjoints en échange de 20 points d'impôt fédéral transférés au Québec, transfert de 3 points d'impôt au Québec seulement pour le programme d'allocations familiales et versements au Québec pour couvrir le programme fédéral de prêts aux étudiants⁸² :

« Le premier ministre Lesage ne manquait pas une occasion d'expliquer le sens politique de cet arrangement qui plaçait le Québec sur la voie du statut particulier. L'arrangement provisoire de 1964 comportait deux étapes : le transfert de points d'impôt dans les arrangements de 1964 était considéré comme le moyen grâce auquel le Québec pourrait un jour, une fois que le passage se serait effectué de la première à

⁸⁰ E. H. SMITH, *op. cit.*, note 78, pp. 106-107.

⁸¹ André TREMBLAY, *La Réforme de la Constitution au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 21. Le plaidoyer le plus vigoureux, le plus implacable et le plus dévastateur jamais écrit contre le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral dans le secteur de l'éducation a été fait par Pierre Elliott Trudeau lui-même dans deux textes de *Cité libre*; P. E. TRUDEAU, *op. cit.*, note 17, p. 4.

⁸² Claude MORIN, *Mes premiers ministres*, Montréal, Boréal, 1991, pp. 140-141.

la deuxième phase, exercer la pleine maîtrise de ses programmes en matière de santé, d'éducation et de services sociaux⁸³. »

Mais la deuxième phase de l'*opting out* n'a jamais pu être atteinte pour diverses raisons expliquées par Vaillancourt⁸⁴. Le Québec, encore aujourd'hui, ne maîtrise toujours pas complètement ses propres programmes dans les domaines de la sécurité sociale et de la santé.

Pour André Tremblay⁸⁵, le retrait des programmes établis en 1965 ne donna pas une très grande marge de manœuvre au Québec parce que la province qui signait cet accord de retrait devait continuer d'administrer le programme conformément à la loi fédérale durant une période transitoire qui n'a jamais pris fin. Peter Hogg écrit sur ce point :

« All that opting out really involves is a transfer of administrative responsibilities to the provinces. It does not give the province the freedom to divert the resources which would otherwise be committed to the other programs. The provinces were given little more than the trappings of autonomy⁸⁶. »

4.8. LES NOMBREUSES PROPOSITIONS DE RÉFORME ENTRE 1964 ET 1999

Plusieurs réformes proposées par le Québec visaient à rétablir l'équilibre fiscal et à assurer une plus grande autonomie pour le Québec. Le Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes a produit une étude sur les positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à 2001⁸⁷. Des extraits de cette étude sont repris dans la présente section.

Dans le cadre de la quatrième réunion du Comité du régime fiscal fédéral-provincial à Ottawa, en septembre 1966, le premier ministre de l'époque, M. Daniel Johnson, demandait un accroissement net des ressources du Québec

⁸³ *Id.*, p. 140.

⁸⁴ Yves VAILLANCOURT, « Le régime d'assistance publique au Canada et l'*opting out* », dans *Le bilan québécois du fédéralisme canadien* (sous la direction de François Rocher), Québec, VLB éditeur, 1992, p. 342.

⁸⁵ A. TREMBLAY, *op. cit.*, note 81, p. 21.

⁸⁶ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992, pp. 148-149.

⁸⁷ QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001* (en ligne : http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/positions_1936-2001.htm).

qui lui permettrait de s'acquitter de ses responsabilités constitutionnelles⁸⁸. Le Québec réclamait l'usage à 100 % des trois grands impôts directs, c'est-à-dire l'impôt sur le revenu personnel, l'impôt sur le revenu des sociétés et les droits de succession. Cette réclamation se fonde sur un transfert de champs fiscaux du fédéral vers les provinces et sur le rapatriement des programmes fédéraux dans les champs de compétence provinciale, contre compensation fiscale⁸⁹.

Le premier ministre Johnson n'envisageait pas s'engager dans de nouveaux programmes conjoints portant sur les domaines exclusivement provinciaux. Il exigea plutôt une compensation financière inconditionnelle⁹⁰. Pour le premier ministre de l'époque, les programmes conjoints constituaient un obstacle à la libre croissance de la collectivité québécoise. Ils lui imposaient des priorités d'action susceptibles de bousculer celles qu'il établirait autrement sans compter le fait qu'il réduise son autonomie budgétaire réelle. Pour une nation comme la nôtre, les programmes conjoints gèlent ses ressources fiscales et lui enlèvent le plein contrôle de domaines d'activités qui lui reviennent de droit. Il y a donc, de façon générale, incompatibilité entre le régime des programmes conjoints et la poursuite par la nation canadienne-française de ses objectifs essentiels selon le premier ministre de l'époque, Daniel Johnson⁹¹.

Pour Jean-Jacques Bertrand, le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial qui doivent s'occuper de certains champs d'action bien déterminés doivent aussi avoir accès à des ressources qu'ils peuvent affecter de la façon dont ils entendent s'acquitter de leur responsabilité. Les subventions, les subsides et les transferts conditionnels étaient donc, aux yeux du premier ministre Jean-Jacques Bertrand, tout à fait inacceptables⁹².

⁸⁸ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Le gouvernement du Québec et la Constitution*, Office d'information et de publicité du Québec, 1968, pp. 5-6, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, pp. 36-37.

⁸⁹ *Id.*, pp. 7-8, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, pp. 36-37.

⁹⁰ *Id.*, p. 5, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, pp. 35-37.

⁹¹ *Id.*

⁹² GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, déclaration de Jean-Jacques Bertrand, Conférence fédérale-provinciale des ministres des Finances, Ottawa, novembre 1968, p. 18, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, p. 40.

Le Québec annonça, par ailleurs, qu'il voulait mettre fin aux arrangements provisoires concernant les programmes d'assurance hospitalisation et d'assurance santé pour les remplacer par une formule de retrait définitif. Cette formule devait donner lieu à des paiements inconditionnels⁹³.

En matière de compensation fiscale pour le retrait de programmes à frais partagés, le Québec préfère nettement percevoir ses propres impôts plutôt que de recevoir des compensations financières⁹⁴.

En 1976, dans le cadre d'une conférence fédérale-provinciale des premiers ministres, à Ottawa, le premier ministre Robert Bourassa a soumis diverses propositions en matière d'arrangements fiscaux au gouvernement fédéral dont, notamment, le retrait du fédéral des trois programmes conjoints à l'époque, à savoir l'assurance maladie, l'assurance hospitalisation et l'enseignement postsecondaire en retour d'un transfert satisfaisant de nature inconditionnelle aux provinces.

Dans le dossier sur les discussions constitutionnelles de 1978 et de 1979⁹⁵, le Québec demande que les provinces aient accès à toutes les formes de taxation, à l'exception des droits douaniers. Il demande, par ailleurs, que le pouvoir fédéral de dépenser soit limité aux seules matières énumérées de compétence fédérale exclusive ou concurrente.

Il faut cependant statuer sur le mode de compensation applicable aux provinces qui s'abstiendront de participer au programme mis de l'avant par le gouvernement fédéral. Le Québec réclame un nouveau partage fiscal qui tient compte de ce que les provinces ont une marge de manœuvre fiscale relativement plus réduite que celle du fédéral et de la situation particulière du Québec qui, se distinguant des autres provinces par l'instauration de programmes qui lui sont

⁹³ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, déclaration de Robert Bourassa, Conférence des premiers ministres, Ottawa, novembre 1971, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, p. 49.

⁹⁴ *Id.*, p. 40, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, p. 49.

⁹⁵ QUÉBEC, Assemblée nationale, « Dossier sur les discussions constitutionnelles 1978-1979 » présenté par Claude Morin et Marc-André Bédard, Commission parlementaire de la présidence du Conseil et de la Constitution, 12 janvier 1979, note sur l'imposition indirecte, p. 11, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, p. 51.

propres, a dû augmenter considérablement le fardeau fiscal des Québécois et l'endettement public⁹⁶.

En 1984, dans le cadre de la conférence annuelle des premiers ministres, à Charlottetown, le premier ministre de l'époque, M. René Lévesque, dénonça l'imposition de normes fédérales nationales qui, par le truchement du pouvoir de dépenser, érode la division des compétences entre les deux ordres de gouvernement. Ainsi, le Québec jugeait inacceptable que le gouvernement fédéral instaure un système de tutelle et d'inspectorat dans un secteur de compétence provinciale telle la santé, qu'il verse directement des subventions aux municipalités et qu'il subordonne le versement de ces contributions au respect de critères et d'objectifs nationaux décrétés unilatéralement, notamment, en éducation.

La défense des compétences provinciales passe par l'exercice efficace des pouvoirs, l'occupation complète par les provinces de leurs champs de juridiction et par la limitation du pouvoir du fédéral de dépenser. Pour le Québec, les transferts de fonds inconditionnels au titre de l'éducation postsecondaire, des frais de scolarité et de l'aide aux étudiants ne sont pas négociables parce qu'ils sont matière d'éducation et relèvent exclusivement de la compétence provinciale⁹⁷.

En 1987, l'Accord du lac Meech parrainé par le gouvernement Bourassa prévoyait, notamment, le droit de toute province de se retirer avec juste compensation financière, de tout nouveau programme cofinancé établi dans un secteur de compétence provinciale exclusive par le fédéral pourvu qu'elle applique un programme ou une mesure compatible avec les objectifs nationaux.

À l'époque, le gouvernement Bourassa plaidait le fait que les ressources allouées aux provinces par le fédéral doivent être suffisantes pour leur permettre de respecter des principes d'universalité, d'accessibilité et de gratuité. Cependant, si le gouvernement fédéral n'est plus à même d'assumer ses responsabilités financières à l'égard de la santé et de l'enseignement

⁹⁶ QUÉBEC, Assemblée nationale, *Journal des débats*, « Discours sur le budget prononcé par Jacques Parizeau, ministre des Finances, ministre du Revenu et président du Conseil du trésor », 12 avril 1977, pp. 593-595, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, p. 56.

⁹⁷ Document d'appui du gouvernement du Québec sur les ressources humaines, Conférence des premiers ministres sur l'économie, Ottawa, février 1982, p. 4, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, p. 61.

postsecondaire, il doit se retirer de ces secteurs, moyennant compensation sous forme de points d'impôt additionnels⁹⁸.

Le Québec de l'époque protestait contre les interventions unilatérales du gouvernement fédéral pour modifier les mécanismes de transfert sans négociation avec les provinces. Le gouvernement du Québec n'est pas opposé en principe à un certain désengagement fédéral, mais il ne peut accepter qu'il se fasse sans négociation avec les provinces et sans compensation fiscale. En outre, aux yeux du gouvernement du Québec, il était paradoxal que le gouvernement fédéral se retire financièrement de divers secteurs tout en y apposant des normes nationales et en appliquant des pénalités financières dans les cas où les provinces ne se soumettent pas à ces normes⁹⁹.

L'Accord du lac Meech contenait une disposition (article 106A de la *Loi constitutionnelle de 1867*) visant l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser. Comme chacun le sait, l'Accord du lac Meech a été rejeté en 1990. Avec cet échec, c'est l'avenir politique et constitutionnel du Québec qui a été remis en cause.

En 1991, la Commission Bélanger-Campeau¹⁰⁰ sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec souligne pour sa part que les groupes et personnes qui ont traité d'une nouvelle tentative de définition du statut du Québec au sein du régime fédéral canadien ont identifié certains changements devant être effectués. Ils réclament notamment: un partage des compétences et responsabilités qui garantissent au Québec une autonomie exclusive au Québec à l'égard des matières et secteurs qui font déjà partie de ses champs de compétence exclusive, ce qui implique, entre autres, l'abolition dans ces secteurs du pouvoir fédéral de dépenser et l'élimination des chevauchements d'interventions.

Même pour les groupes et personnes qui ont privilégié la solution du fédéralisme renouvelé devant la Commission Bélanger-Campeau, de nombreux

⁹⁸ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1986-1987, Discours sur le budget*, 1^{er} mai 1986, Annexe F, pp. 18, 19 et 21, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, p. 73.

⁹⁹ *Id.*, p. 14, rapporté dans QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 87, p. 74.

¹⁰⁰ QUÉBEC, Assemblée nationale, *Rapport de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, mars 1991 (ci-après « Commission Bélanger-Campeau »).

changements leur paraissaient requis pour redéfinir le statut politique et les compétences du Québec, notamment :

- Un partage des compétences et responsabilités qui garantit au Québec une autorité exclusive à l'égard des matières et secteurs qui font déjà partie de ses champs de compétence exclusive, ce qui implique, entre autres, l'abolition de ses secteurs de pouvoirs fédéraux de dépenser et l'élimination des chevauchements;
- L'attribution au Québec, à titre exclusif, de compétences et responsabilités liées à son développement social, économique et culturel ainsi qu'au domaine de la langue;
- Le transfert des ressources fiscales et financières afférentes aux compétences et responsabilités exercées par le Québec; et
- Que dans tous les cas applicables, le Québec dispose d'un droit de se soustraire à un transfert de compétences vers un palier fédéral avec juste compensation, un tel droit de retrait avec compensations se substituerait alors au droit de veto¹⁰¹.

En résumé, le Québec cherche traditionnellement à consolider et à protéger son autonomie fiscale, financière et politique. En conséquence, il dénonce le déséquilibre fiscal vertical et le pouvoir fédéral de dépenser qui en découle. Québec plaide notamment pour un transfert de points d'impôt.

4.9. L'ENTENTE SUR L'UNION SOCIALE DE 1999

En 1999, les provinces et le gouvernement fédéral, sauf le gouvernement du Québec, ont entériné une entente concernant l'union sociale canadienne. Cette entente n'est possible que par l'existence du déséquilibre fiscal puisqu'elle porte sur le pouvoir fédéral de dépenser en matière sociale. Le Québec refusa de signer cette entente pour diverses raisons, entre autres, l'absence de reconnaissance de sa spécificité, la reconnaissance officielle par les provinces du pouvoir du fédéral de dépenser dans les domaines exclusifs des provinces, une plus grande présence du fédéral dans les affaires du Québec et la confirmation de la tendance à l'uniformisation. Cette union sociale à laquelle le Québec a refusé d'adhérer par respect pour ses positions historiques en matière

¹⁰¹ *Id.*, pp. 55-56.

d'autonomie fiscale et politique a été aussi critiquée par de nombreux observateurs¹⁰².

Pour André Tremblay¹⁰³, l'entente sur l'union sociale implique non seulement le rejet d'une position de défense et de protection de nos champs de compétences et de nos politiques, mais aussi le renforcement et la consolidation des pouvoirs et politiques fédéraux, peu conciliables avec notre spécificité.

4.10. LA COMMISSION SÉGUIN DE 2002

Il est frappant de constater la présence financière significative du gouvernement fédéral dans des programmes de compétence provinciale. Dans un contexte où le gouvernement fédéral enregistre des surplus importants, on pourrait raisonnablement penser qu'il y a là une situation de déséquilibre fiscal. La Commission sur le déséquilibre fiscal a analysé en profondeur cette situation en 2002. Certains extraits du sommaire du rapport de la Commission Séguin sont rapportés dans la présente section.

La Commission sur le déséquilibre fiscal a été mise en place par le gouvernement du Québec le 9 mai 2001 afin de déterminer et d'analyser les causes du déséquilibre fiscal existant entre le gouvernement fédéral et le Québec, ses conséquences pratiques et les solutions concrètes qui pourraient être mises en œuvre afin de le corriger. En avril 2002, la Commission remettait son rapport intitulé « Pour un nouveau partage des moyens financiers au Canada »¹⁰⁴.

Depuis le milieu des années 1990, le gouvernement fédéral a procédé à des coupures importantes dans les versements effectués au titre des transferts canadiens en matière de santé et de programmes sociaux alors que les dépenses sociales des provinces connaissaient une forte croissance. Une étude effectuée

¹⁰² QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *Entente-cadre sur l'union sociale* : André BINETTE, *Étude sur le chapitre 1 de l'Entente-cadre*; Alain NOËL, *Étude générale sur l'Entente*; Alain GAGNON, *Étude sur le chapitre 4 de l'Entente-cadre (travailler en partenariat pour les Canadiens)*; André TREMBLAY, *Étude sur le chapitre 5 de l'Entente-cadre (pouvoir fédéral de dépenser)* et Christian DUFOUR, *Rapport sur le projet d'union sociale en regard de la vision québécoise du fédéralisme canadien*, 1999
(en ligne : http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/documents_institutionnels_constitutionnels.htm).

¹⁰³ A. TREMBLAY (en ligne : http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/documents_inst_const/doc6.pdf).

¹⁰⁴ En ligne : http://www.desequilibrefiscal.gouv.qc.ca/fr/document/rapport_final.htm.

par le Conference Board du Canada¹⁰⁵, à la demande de la Commission, établit que le gouvernement du Québec réaliserait des déficits récurrents moyens de 3 G\$ chaque année d'ici 2019-2020. À l'inverse, le gouvernement fédéral dégagerait des excédents sans cesse croissants atteignant pratiquement 90 G\$ en 2019-2020.

La Commission établit trois principales causes directes du déséquilibre¹⁰⁶ :

- 1) Le déséquilibre entre les dépenses et l'accès aux sources de revenus;
- 2) Le caractère inadéquat des transferts intergouvernementaux effectués depuis le gouvernement fédéral vers les provinces;
- 3) Le pouvoir fédéral de dépenser.

Le déséquilibre entre les dépenses et l'accès aux sources de revenus

Pour la Commission Séguin, il existe une différence structurelle entre le gouvernement fédéral et le gouvernement du Québec pour ce qui est du rapport entre les revenus et les dépenses. Dans le cas du gouvernement fédéral, l'écart positif entre les revenus et les dépenses va se prolonger à l'avenir et ne cessera de s'amplifier en raison du remboursement de la dette que cet écart va permettre d'effectuer. Pour ce qui est du Québec, l'équilibre entre revenus et dépenses est beaucoup plus précaire, ce qui explique que le gouvernement ne peut s'engager dans un processus de réduction de sa dette et que le solde budgétaire projeté soit négatif sur l'ensemble de la période. Le service de la dette et de son remboursement, souvent invoqué par le gouvernement fédéral pour justifier ses excédents budgétaires, accentue en fait le déséquilibre fiscal en permettant au gouvernement fédéral d'amplifier année après année sa marge de manœuvre¹⁰⁷.

Transferts intergouvernementaux inadéquats

La deuxième cause du déséquilibre fiscal déterminée par la Commission réside dans les transferts existants entre le gouvernement fédéral et les provinces

¹⁰⁵ CONFERENCE BOARD DU CANADA, *Projections des équilibres financiers des gouvernements du Canada et des provinces et territoires*, Ottawa, février 2002.

¹⁰⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Commission sur le déséquilibre fiscal, *op. cit.*, note 11, Sommaire, pp. 8-12. Il convient de noter que le gouvernement fédéral de l'époque ne partageait pas le même point de vue : *supra*, note 4.

¹⁰⁷ *Id.*, Sommaire, p. VIII.

qui expliquent plusieurs difficultés que vit actuellement la fédération canadienne au plan des relations financières entre les gouvernements. Le transfert canadien en matière de santé et de programmes sociaux (ci-après « TCSPS ») (aujourd'hui, il s'agit de deux transferts distincts) est le plus problématique d'entre eux selon la Commission. Il s'applique à des champs de compétence confiés aux provinces et les conditions qui l'accompagnent de même que les modalités selon lesquelles ils sont définis limitent indéniablement l'autonomie décisionnelle et budgétaire des provinces dans ces champs de compétence. Les coupures effectuées au cours des dernières années par le gouvernement fédéral donnent à ces difficultés une dimension particulière¹⁰⁸.

Par ailleurs, la péréquation qui a pour objet de réduire les écarts de capacité fiscale entre les provinces laisse subsister, selon la Commission Séguin, des différences majeures entre les capacités fiscales de chaque province¹⁰⁹.

Le pouvoir fédéral de dépenser

Aux yeux de la Commission Séguin, les transferts conditionnels tels le TCSPS (aujourd'hui le transfert canadien en matière de santé (ci-après « TCS ») et le transfert canadien en matière de programmes sociaux (ci-après « TCPS »)) constituent une des manifestations du pouvoir fédéral de dépenser que le gouvernement central invoque pour intervenir dans des champs de compétence qui relèvent des provinces. En raison des montants en cause, les interventions du gouvernement fédéral, par l'intermédiaire du pouvoir du fédéral de dépenser, ont un impact majeur sur les politiques définies par les provinces dans leurs champs de compétence. Ces effets sont devenus déstabilisateurs lorsque le gouvernement fédéral s'est retiré de plusieurs programmes ou plus globalement, lorsqu'il a diminué l'ensemble de ces transferts sociaux. Les interventions effectuées par le gouvernement fédéral, en invoquant un pouvoir de dépenser dans des champs de compétence des provinces, ne sont possibles qu'en raison des ressources dont le gouvernement fédéral dispose, ressources par ailleurs supérieures à celles qui lui seraient nécessaires pour assurer ses propres compétences¹¹⁰. Ce sujet particulier et important est traité plus en détail dans la section 4.12. du présent texte.

¹⁰⁸ *Id.*, p. IX.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*, p. X.

Recommandations de la Commission

Pour la Commission Séguin, le déséquilibre fiscal en raison de son ampleur influe de façon significative sur le déroulement des fonctions gouvernementales assurées par les provinces et donc sur les prestations de services offertes aux citoyens. De plus, la remise en cause de l'autonomie décisionnelle et budgétaire des provinces a pour résultat concret que les choix des citoyens ne sont pas pris en compte là où ils devraient être. En conséquence, le déséquilibre fiscal constitue aux yeux de la Commission un dysfonctionnement du système fédéral. Pour y mettre fin, des transformations d'envergure doivent être apportées aux relations financières intergouvernementales au sein du Canada. Dans un premier temps, il s'agirait de rétablir l'équilibre fiscal au sein de la fédération. Les provinces doivent bénéficier de moyens financiers supplémentaires pour répondre aux besoins qu'elles ont à satisfaire dans leurs champs de compétence¹¹¹.

Dans le cas du Québec, ces moyens financiers sont évalués annuellement à 2 G\$ à court terme et à 3 G\$ à moyen terme et à au moins 8 G\$ pour l'ensemble des provinces. Pour la Commission, il faut modifier les modalités selon lesquelles ce partage des ressources est actuellement effectué en abolissant le TCSPS et en libérant un nouvel espace fiscal en faveur des provinces. La Commission marque sa préférence pour l'occupation par les provinces du champ fiscal de la TPS¹¹².

En raison de l'objectif financier retenu, c'est l'ensemble du champ de la TPS qui devrait être évacué par le gouvernement fédéral au bénéfice des provinces. La Commission ne souhaite cependant pas pour autant rejeter le scénario d'un nouveau partage de champ d'impôt sur le revenu des particuliers. Cependant, la Commission est d'avis que le nouveau partage fiscal ne doit pas conduire le gouvernement fédéral à des déficits budgétaires. Cela est possible si le nouveau partage est effectué de façon graduelle et si l'on tient compte des surplus réels du gouvernement fédéral. Par ailleurs, la Commission recommande d'améliorer le programme de péréquation, notamment en utilisant une norme reflétant la capacité fiscale moyenne de l'ensemble des provinces, soit la norme des 10 qui remplacerait la norme actuelle des 5 provinces. La Commission souligne par ailleurs que le nouveau partage des moyens financiers qu'elle recommande aurait nécessairement pour effet direct de limiter les initiatives

¹¹¹ *Id.*, p. XII.

¹¹² *Id.*

futures du gouvernement fédéral au titre du pouvoir fédéral de dépenser en réduisant sa marge de manœuvre financière disponible à cette fin¹¹³.

La Commission suggère d'établir des mécanismes qui permettent d'apporter des réponses rapides à de nouvelles causes de déséquilibre fiscal. Il s'agirait notamment d'effectuer un suivi systématique des enjeux du déséquilibre fiscal dans le cadre de l'Assemblée nationale, sous la forme de la discussion en commission parlementaire d'un rapport annuel déposé par le ministre des Finances et incluant l'avis d'un comité d'experts¹¹⁴.

4.11. LE RAPPORT DU CONSEIL DE LA FÉDÉRATION DE 2006

En décembre 2003, les provinces canadiennes se sont entendues pour mettre sur pied une nouvelle structure de coopération interprovinciale : le Conseil de la fédération. Le Conseil a créé en mai 2005 un comité consultatif sur le déséquilibre fiscal. Le comité a publié son rapport en 2006¹¹⁵.

Selon ce comité du Conseil de la fédération, à cause du déséquilibre fiscal, les provinces et les territoires ont de plus en plus de difficulté à maintenir et à améliorer des services cruciaux, tels les soins de santé, l'éducation et les autres programmes sociaux, tout en continuant de financer d'autres priorités, notamment la protection de l'environnement, l'amélioration de la formation professionnelle, les transports, l'agriculture et les infrastructures, afin de renforcer la compétitivité du Canada.

Le comité a exploré deux aspects du déséquilibre fiscal. Le **déséquilibre fiscal vertical** désigne l'écart existant, entre les ordres de gouvernement, sur le plan de l'adéquation entre les sources de revenus et les responsabilités de dépenses. Cela signifie qu'un des ordres de gouvernement perçoit plus d'impôts et de taxes que ce dont il a besoin pour s'acquitter de ses responsabilités, limitant d'autant la capacité de l'autre ordre de gouvernement à prélever les revenus dont il a besoin pour être en mesure de s'acquitter des siennes.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ CONSEIL DE LA FÉDÉRATION, Comité consultatif sur le déséquilibre fiscal, *Réconcilier l'irréconciliable S'attaquer au déséquilibre fiscal au Canada*, Ottawa, 2006 (en ligne : http://www.conseildelafederation.ca/pdfsfrancais/Rapport_Fiscal_31mars06.pdf).

Le **déséquilibre fiscal horizontal** désigne les différences dans la capacité des provinces ou des territoires de prélever des revenus pour répondre aux besoins de leurs citoyens. Cela veut dire qu'il existe certaines disparités dans la capacité des provinces et des territoires d'offrir des services comparables de haute qualité¹¹⁶. Le comité du Conseil de la fédération reconnaît dans son rapport l'existence du déséquilibre fiscal et ses conséquences négatives pour la fédération, « mais il présente toutefois ce déséquilibre beaucoup plus comme un problème de gouvernance et de transferts que comme une question d'autonomie liée au partage des ressources »¹¹⁷. En effet, les auteurs du rapport considèrent que :

« [...] les concepts d'enchevêtrement, de chevauchement et d'interdépendance sont plus pertinents pour décrire la réalité canadienne que l'idée d'une division claire et distincte des responsabilités législatives. Même le recours fédéral au pouvoir de dépenser se voit reconnaître les mérites d'avoir contribué dans le passé à beaucoup d'éléments auxquels notre société attache de la valeur¹¹⁸. »

Les solutions proposées sont différentes de celles proposées par la Commission Séguin. Les spécialistes consultés par le comité consultatif penchaient en faveur d'une réallocation des revenus, mais en général, les provinces ont privilégié l'augmentation des transferts fédéraux. C'est donc cette approche qui a été retenue¹¹⁹. Selon Alain Noël, le rapport du Conseil de la fédération « comporte un angle mort qui l'empêche de voir le déséquilibre fiscal comme une question d'autonomie, de pouvoirs et de revenus. Ce qui frappe, c'est l'absence presque complète de discussions sur un nouveau partage des revenus »¹²⁰.

4.12. LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER D'HIER À AUJOURD'HUI

L'exercice du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral joue un rôle central dans le développement et l'évolution du fédéralisme au Canada. Ce pouvoir de dépenser constitue une des composantes essentielles du fédéralisme canadien. Il est l'expression du déséquilibre fiscal.

¹¹⁶ *Id.*, p. 10.

¹¹⁷ Alain NOËL, « Quand le déséquilibre fiscal devient un problème fédéral », (2006), vol. 27, n° 7 *Options politiques* 70-77, p. 74.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.*

Au Canada, l'expression « pouvoir de dépenser » a pris une signification distincte : elle signifie le pouvoir du gouvernement fédéral de verser des paiements ou d'effectuer des transferts aux personnes, aux institutions et aux gouvernements, à des fins pour lesquelles le Parlement ne possède pas nécessairement le pouvoir de légiférer¹²¹. Une partie significative des transferts fédéraux ou dépenses fédérales est effectuée dans des domaines qui relèvent de la juridiction exclusive des provinces comme la santé, l'éducation et l'aide sociale.

Par son pouvoir de dépenser, le gouvernement fédéral vise notamment à assurer l'égalité des chances et un niveau minimum acceptable de services publics partout au Canada. Par ailleurs, les normes « nationales » et le financement conditionnel permettent de contrebalancer, selon le gouvernement fédéral, les effets attribuables à la mobilité entre les régions et favorisent l'intégration économique et sociale au Canada¹²².

En outre, en intervenant de façon massive et visible en matière de santé et de services sociaux par exemple, le gouvernement fédéral vise à renforcer le sentiment de solidarité nationale et l'identité canadienne dans un processus de *nation building*¹²³.

Immédiatement après la Deuxième Guerre mondiale, le pouvoir de dépenser est devenu le principal instrument d'influence du gouvernement fédéral dans les domaines qui, sur le plan législatif, relèvent des provinces. Le

¹²¹ P. E. TRUDEAU, *op. cit.*, note 17, p. 4; E. A. DRIEDGER, « The Spending Power », (1981-82), 7 *Queen's Law Journal*, p. 124.

¹²² Joseph E. MAGNET, *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, pp. 381-382; Andrew PETTER, « Federalism and the Myth of the Federal Spending Power », (1989), vol. 68, n^o 3 *Canadian Bar Review* 448-479; *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, par. 36(1); Karine RICHER, « Le pouvoir fédéral de dépenser », Bibliothèque du Parlement-Service d'information et de recherche parlementaires, 13 novembre 2007 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0736-f.htm#note29>); S. DION, *op. cit.*, note 15.

¹²³ Jane JENSON, *Les contours de la cohésion sociale : l'état de la recherche au Canada*, Ottawa, Réseaux canadiens de recherche en politiques publiques, 1998; Harvey LAZAR, *Canada, The State of the Federation 1989-2000: Toward a New Mission Statement for Canadian Fiscal Federalism*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1999, p. 22; Will KYMLICKA et Wayne NORMAN (éd.), *Citizenship and Diverse Societies*, Oxford University Press, 2000.

gouvernement fédéral a jugé essentiel de centraliser le pouvoir de taxation pour promouvoir les politiques économiques canadiennes et les grands objectifs de l'État providence.

En contrepartie, les transferts intergouvernementaux rendent plus flous la détermination des responsabilités et l'imputabilité des décideurs politiques. En outre, les transferts conditionnels fédéraux font obstacle aux pouvoirs décisionnels des gouvernements provinciaux et permettent au gouvernement fédéral de formuler des politiques dans des domaines où il n'a pas la compétence constitutionnelle.

À travers l'histoire politique et constitutionnelle du Canada, le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral a été remis en question par certaines provinces, dont principalement le Québec. Tous les gouvernements du Québec ont dénoncé l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de juridiction provinciale. À défaut d'obtenir l'abolition de ce pouvoir, les gouvernements québécois ont tour à tour cherché à défendre l'intégrité de la juridiction constitutionnelle du Québec en limitant ou en encadrant l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser¹²⁴.

Les grands objectifs de l'État providence et la réaffirmation du caractère national du Québec ont amené le gouvernement du Québec à intervenir lui aussi dans l'économie et dans la vie des citoyens de manière que ne pouvaient prévoir les Pères de la Confédération, notamment dans les secteurs de la santé, de l'enseignement et de la sécurité sociale. Le Québec s'opposera donc au pouvoir fédéral de dépenser dans ces domaines de juridiction provinciale et réclamera des transferts fiscaux ou financiers suffisants pour assurer la pleine autonomie dans l'exercice de ses responsabilités constitutionnelles. Du point de vue du Québec, l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de compétence des provinces est traditionnellement vu comme une manifestation du déséquilibre fiscal.

C'est dans ce contexte historique et constitutionnel que le pouvoir fédéral de dépenser a été appelé à jouer un rôle particulier dans le cadre de la fédération canadienne.

¹²⁴ QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *Position historique du Québec sur le pouvoir fédéral de dépenser 1944 à 1998, 1998* (en ligne : http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/documents_inst_const/position.pdf).

Avec la crise financière des gouvernements, dans les années 1980 et 1990, l'État providence fut remis en question. Le gouvernement fédéral procéda unilatéralement à des coupures dans ses transferts aux provinces, en maintenant certaines conditions de transfert, notamment en matière de santé et de sécurité sociale¹²⁵.

Il existe aujourd'hui au Canada un ensemble élaboré et complexe de programmes de transferts fédéraux vers les provinces et de programmes fédéraux dans les champs de compétence des provinces. Les transferts fiscaux et financiers qui nous intéressent plus spécifiquement ont trait à l'exercice du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral dans les domaines de compétence provinciale.

Le TCS et le TCPS comportent une composante fiscale et une composante financière. Pour la période 2008-2009, le Québec a droit à des transferts fédéraux en espèces de 5,491 G\$ pour le financement du programme de santé et de 2,454 G\$ pour l'éducation postsecondaire et les programmes sociaux sur un budget d'environ 65 G\$¹²⁶.

Le versement de ces transferts est assujéti au respect de conditions et critères nationaux prévus notamment à la *Loi canadienne sur la santé* concernant la gestion publique, l'intégralité, l'universalité, la transférabilité et l'accessibilité ainsi qu'aux dispositions concernant la surfacturation et les frais modérateurs. Par ailleurs, une province ne peut exiger comme condition d'admissibilité à l'aide sociale un délai minimal de résidence dans la province ou au Canada. Il est important par ailleurs de saisir que c'est grâce aux paiements conditionnels en espèces que le gouvernement fédéral peut imposer ses normes aux provinces¹²⁷. On comprendra qu'une fois les points d'impôt transférés, les provinces deviennent par le fait même plus autonomes sur le plan financier. Le gouvernement fédéral ne peut plus alors unilatéralement reprendre l'espace fiscal sans surimposer des contribuables avec l'opprobre que cela entraîne si la province occupe l'espace fiscal cédé par le fédéral.

Il existe par ailleurs plusieurs autres programmes de transferts fédéraux et de dépenses directes dans le gouvernement fédéral, dans les domaines de

¹²⁵ Il s'agit des conditions prévues à la *Loi canadienne sur la santé* (L.R.C. (1985), c. C-6) et de l'interdiction de délai de résidence comme condition à l'aide sociale.

¹²⁶ CANADA, ministère des Finances (en ligne : <http://www.fin.gc.ca/FEDPROV/mtpf.html#Québec>).

¹²⁷ Y. VAILLANCOURT, *op. cit.*, note 84, p. 342.

juridiction provinciale. Parmi ces programmes, on retrouve notamment la Fondation canadienne des bourses d'études du millénaire, établie en 1998, qui représente à elle seule une injection de 2,5 G\$ dans le domaine de l'éducation. Par ailleurs, en février 2002, un autre ensemble de dépenses directes du gouvernement fédéral, effectuées dans le cadre de la stratégie canadienne d'innovation, concerne les enfants, les jeunes, la main-d'œuvre adulte et l'immigration. Entre 1997 et 2001, le gouvernement fédéral a dépensé 15,8 G\$ en nouvelles initiatives dans les champs de compétence des provinces¹²⁸.

Le budget fédéral du 19 février 2007 ne règle pas le fond du problème du déséquilibre fiscal. Bien qu'il apporte une bonification à la péréquation et aux transferts fédéraux aux provinces, il ne s'attaque pas au pouvoir fédéral de dépenser. En particulier, le gouvernement fédéral est encore plus présent dans les domaines de compétence provinciale comme la santé, l'éducation, les garderies, les infrastructures municipales. Le gouvernement fédéral privilégie les transferts financiers par rapport aux transferts fiscaux pour garder le contrôle sur le niveau et les modalités des transferts. Le budget de février 2008 ne s'attaque pas non plus au problème de fond et le gouvernement fédéral continue d'exercer son pouvoir de dépenser dans les domaines qui relèvent de la compétence des provinces. On apporte cependant plus de souplesse notamment en abolissant la Fondation canadienne des bourses d'études du millénaire. Contrairement au mode de fonctionnement de la Fondation, une nouvelle approche visant l'aide financière offerte aux étudiants respecte davantage les champs de compétence provinciale.

5. VERS UN NOUVEAU MODÈLE DE FÉDÉRALISME FISCAL

Comme l'a affirmé dès 1883 le comité judiciaire du Conseil privé de Londres : « Dans les limites des sujets précités, la législature locale exerce un pouvoir souverain et possède la même autorité que le parlement impérial ou le parlement du Dominion aurait dans les circonstances »¹²⁹.

Comme le soulignent Burelle et d'autres¹³⁰, le gouvernement fédéral s'est servi de son pouvoir de dépenser pour imposer des solutions communes aux

¹²⁸ QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, Initiatives fédérales dans les champs de compétence des provinces depuis le budget 1997, 2001.

¹²⁹ *Hodge v. The Queen*, (1883) 9 A.C. 117.

¹³⁰ A. BURELLE, *op. cit.*, note 1; QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *op. cit.*, note 124; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Commission sur le déséquilibre fiscal, *op. cit.*, note 11, pp. 121-130.

provinces. On doit reconnaître et affirmer davantage l'autonomie des provinces tout en aménageant un mécanisme efficace de codécision des contraintes minimales exigées par l'union canadienne. Le fédéralisme dominateur qui s'exprime principalement par l'exercice unilatéral du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral dans des sphères de juridiction exclusivement provinciale viole les principes de non-subordination et de responsabilité fiscale.

Comme l'a démontré le rapport Séguin, les provinces dépendent du gouvernement fédéral pour une large part du financement des programmes en matière d'éducation, de santé et de sécurité sociale. Les transferts conditionnels du gouvernement fédéral sont contraires au principe de non-subordination. De plus, le fait que ces conditions soient décrétées par le gouvernement fédéral et imposées aux provinces constitue aussi un autre élément de subordination. Il en est de même des nombreux programmes fédéraux dans les domaines de compétence des provinces qui influent sur leurs priorités et leurs politiques.

5.1. AUTONOMIE ET NON-SUBORDINATION

Selon l'approche préconisée notamment par Burelle¹³¹, une autonomie complète des provinces doit exister dans les domaines d'activités gouvernementales dont les effets externes sont généralement faibles, reliés de près à l'aménagement du territoire, à la gestion des ressources physiques et au façonnement du cadre de vie immédiat des citoyens :

« Ces domaines relèvent déjà de la juridiction exclusive des provinces selon la Constitution. Les provinces devraient être souveraines dans ces champs d'activités à l'abri de toute ingérence du gouvernement fédéral. Pour éviter cette ingérence du fédéral dans les domaines de nature locale, le fédéral doit clairement renoncer à y faire usage de son pouvoir de dépenser. Le fédéral devra aussi transférer aux provinces les points d'impôt nécessaires pour couvrir les dépenses dans ces secteurs qui relèvent de leur responsabilité : affaires urbaines, tourisme, loisir, sport, commerce local, sécurité publique, droit civil et droit de la famille¹³². »

Par ailleurs, d'autres domaines de juridiction provinciale ont des effets externes importants sur la mobilité des personnes et des biens, l'égalité des chances, la redistribution des revenus et l'union économique et sociale. Il s'agit essentiellement de la santé, de l'éducation et de la sécurité du revenu. À certaines conditions, le gouvernement fédéral pourrait utiliser son pouvoir de dépenser dans ces domaines :

¹³¹ A. BURELLE, *op. cit.*, note 1, pp. 147-151.

¹³² *Id.*, p. 148.

« Dans ces domaines qui touchent les ressources humaines et les solidarités sociales et dont les effets externes sont plus importants, le gouvernement fédéral doit pouvoir intervenir pour exercer ses responsabilités de re-distributeur des richesses et d'égalisateur des chances entre citoyens et citoyennes d'un même pays. Mais le principe de non subordination exige que le Parlement central s'abstienne d'imposer unilatéralement ses objectifs et normes nationales aux provinces et qu'il n'y exerce son pouvoir de dépenser que pour assurer la prestation de services provinciaux conformes à des objectifs communs avec au besoin des normes communes co-décidées avec les provinces, au sein d'un organisme regroupant des élus des deux ordres de gouvernements. Au nom du principe de la responsabilité fiscale et de l'autonomie des provinces, le gouvernement fédéral doit se retirer des domaines où la subsidiarité ne justifie pas sa présence et transférer en conséquence les points d'impôt nécessaires. La péréquation pourrait aider les provinces dont le rendement fiscal est insuffisant pour couvrir les besoins¹³³. »

En contrepartie, comme le souligne Burelle, les exigences de l'union économique et sociale canadienne impliquent l'élaboration d'objectifs communs et de normes communes codécidées par le gouvernement fédéral et les provinces en matière de sécurité sociale et d'éducation et de santé, en utilisant les mécanismes de gestion partenariale de l'interdépendance.

5.2. LA GESTION DE L'INTERDÉPENDANCE

Avec le développement des programmes sociaux et économiques, il est nécessaire de considérer les effets des politiques d'un gouvernement sur les citoyens résidant ailleurs au pays. L'efficacité de ces politiques dans leur ensemble exige aussi la reconnaissance et la gestion de l'interdépendance. La tendance historique est que le gouvernement fédéral définit lui-même les normes et les divers programmes dans les domaines jugés d'intérêt national et les impose par son pouvoir de dépenser à ses partenaires provinciaux considérés comme des subordonnés¹³⁴.

La gestion de l'interdépendance au Canada doit tenir compte du contexte politique particulier qui conditionne notamment les rapports entre Québec et Ottawa :

¹³³ *Id.*, pp. 148-149.

¹³⁴ Réjean PELLETIER, « Les arrangements institutionnels d'un nouveau partenariat canadien », dans Guy LAFOREST et Roger GIBBINS (dir.), *Sortir de l'impasse : les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche sur les politiques publiques, 1998, p. 353.

« Pour le Québec, il ne saurait être question de reconnaître au parlement fédéral de nouveaux pouvoirs destinés à consolider les acquis de l'union économique, sociale et politique canadienne si on ne trouve pas une façon d'associer des États partenaires de la fédération à l'élaboration et à la fixation des règles communes qui viendront limiter la souveraineté locale des provinces au nom du bien commun canadien¹³⁵. »

[...]

« En réciproque, pour le Canada, il ne saurait être question de reconnaître au Québec les pouvoirs modernes nécessaires au maintien et à la promotion du caractère distinct de la société québécoise si on ne trouve pas une façon d'amener le Québec à s'obliger au respect d'objectifs communs et de normes communes minimums dans certains champs de compétence provinciale exclusive, de façon à garantir la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux et des services, de même que l'égalité des chances entre les citoyens et les citoyennes d'un même pays¹³⁶. »

Burelle¹³⁷ et d'autres intervenants¹³⁸ proposent un conseil des premiers ministres regroupant le premier ministre fédéral et l'ensemble des premiers ministres provinciaux :

« L'existence de ce conseil permettrait au gouvernement fédéral de placer sur la table des premiers ministres des problèmes de gestion commune de l'union économique et sociale et de demander, le cas échéant, un vote pour lier les provinces à une décision commune et à un échéancier commun; et permettrait, corrélativement, aux provinces de forcer la discussion et le vote sur l'exercice des pouvoirs fédéraux qui interfèrent directement avec des compétences des gouvernements provinciaux reliés à l'union économique et sociale canadienne. Aussi, il y aurait possibilité d'exiger un vote au conseil permettant aux provinces de baliser, voire de bloquer l'exercice unilatéral du pouvoir fédéral de dépenser dans leur domaine de compétence exclusive. Mais, en même temps, ce mécanisme donnerait au gouvernement fédéral la possibilité d'intervenir légitimement dans des champs de compétence provinciale directement reliés à l'union économique et sociale canadienne pour y exercer ses responsabilités constitutionnelles d'égalisateurs des chances et de re-distributeur de richesses. Il exercerait ainsi son pouvoir de dépenser avec l'appui de services provinciaux

¹³⁵ A. BURELLE, *op. cit.*, note 1, p. 161.

¹³⁶ *Id.*, p. 162.

¹³⁷ *Id.*, pp. 164-169.

¹³⁸ *Id.* Voir aussi Jean-Luc PÉPIN et John P. ROBARTS (co-présidents), *Rapport de la Commission de l'unité canadienne*, Ottawa, 1979; CANADA, Sénat, Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Rapport sur certains aspects de la Constitution canadienne*, novembre 1990; Robert BOURASSA, *Mémoire présenté par le Parti libéral du Québec devant la Commission sur l'union économique canadienne*, 24 février 1982.

conformément à des objectifs communs et à des normes canadiennes co-décidées au sein du conseil¹³⁹. »

CONCLUSION

Nous avons décrit et souligné des aspects constitutionnels, historiques et politiques du déséquilibre fiscal au Canada. Du point de vue du Québec, le déséquilibre fiscal au Canada s'explique en partie par une vision hiérarchique et centraliste du fédéralisme toujours vivante à Ottawa. Cette vision a été présente au Canada tout au long de son histoire et s'est manifestée principalement par le pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de compétence des provinces. La grande présence financière du gouvernement fédéral par son pouvoir de dépenser dans les domaines de compétence provinciale reflète le déséquilibre fiscal vertical et pose le problème de la responsabilité fiscale.

L'autonomie politique des provinces est aussi visée par l'imposition unilatérale ou non consensuelle de normes dans des secteurs comme la santé ou en matière de sécurité sociale notamment ou par la mise sur pied unilatérale de programmes fédéraux dans les champs de compétence des provinces.

La vision de l'équilibre fiscal au sein de la fédération dépend de la conception que l'on se fait du fédéralisme et du rôle de chacun des ordres de gouvernement. Traditionnellement, le gouvernement québécois adopte une définition classique dualiste basée sur la division constitutionnelle des pouvoirs et sur la notion de souveraineté partagée ou divisée. Pour sa part, le gouvernement fédéral adopte implicitement la vision du fédéralisme coopératif qui insiste sur l'interdépendance des partenaires de la fédération et le décroisement du fédéralisme. Le gouvernement fédéral avance aussi des arguments économiques rattachés à la théorie du fédéralisme budgétaire pour justifier sa prépondérance fiscale et son pouvoir de dépenser.

Certains ont exposé un modèle de fédéralisme fiscal basé sur la réalité politique québécoise et canadienne et sur les principes du fédéralisme : autonomie, responsabilité fiscale, subsidiarité, non-subordination des provinces et gestion partenariale de l'interdépendance. Ce modèle implique principalement le transfert de points d'impôt par le gouvernement fédéral aux provinces et l'établissement d'un mécanisme de cogestion efficace pour assurer la cohésion de l'union canadienne.

¹³⁹ A. BURELLE, *op. cit.*, note 1, p. 167.

Il est peu probable que le gouvernement fédéral accepte de céder une part significative de son pouvoir fiscal en transférant des points d'impôt au Québec, comme le recommandait notamment la Commission Séguin en matière de taxe de vente. D'autre part, le gouvernement du Québec doit être davantage cohérent dans ses revendications autonomistes, lui qui refuse d'occuper l'espace fiscal laissé par le gouvernement fédéral à l'occasion des deux baisses récentes de la taxe de vente fédérale sur les produits et services.

Cette décentralisation fiscale devra vraisemblablement avoir l'appui de la population pour se réaliser. Il faut ouvrir la porte à une démarche populaire vers une plus grande autonomie sans nuire à l'atteinte éventuelle d'un statut constitutionnel plus satisfaisant pour le Québec.

LE NOUVEAU RÉGIME S'APPLIQUANT À LA PARTICIPATION EXCÉDENTAIRE DES FONDATIONS PRIVÉES

AMÉLIE GUIMONT, M. FISC.
KPMG S.R.L./S.E.N.C.R.L.

PRÉCIS

Le budget fédéral 2007 a apporté plusieurs modifications et ajouts majeurs à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont l'introduction d'un nouveau régime régissant la détention par les fondations de bienfaisance privées de titres cotés en Bourse ou non. Ce nouveau régime a pour principale conséquence de créer de nouvelles exigences en matière d'observation fiscale pour les fondations privées en les obligeant à surveiller et ultimement à se dessaisir de leurs participations dites « excédentaires ». De plus, il faut préciser que ce nouveau régime s'applique en plus des règles actuelles visant les fondations privées, telles que celles régissant la détention de certains titres de capital ou de créance ainsi que la donation de certains titres non admissibles. L'article qui suit offre, dans un premier temps, un résumé des règles applicables aux fondations privées en vigueur avant le budget fédéral 2007. Il présente ensuite une analyse des modifications et des ajouts apportés à ces règles par ce budget et en particulier, du nouveau régime s'appliquant à la participation excédentaire des fondations privées. Finalement, les modifications apportées à ce nouveau régime par le budget fédéral de 2008 sont abordées.

ABSTRACT

The 2007 federal budget proposed several major modifications and additions to the *Income Tax Act*, one of them is the introduction of a new excess corporate holdings regime applicable to charitable private foundations in respect of both publicly-listed and unlisted shares. The main consequence of the introduction of this new regime for private foundations is new compliance requirements. The new regime not only places limits on foundation shareholdings but also requires private foundations to monitor and ultimately to divest itself of those shareholdings. Furthermore, this new regime applies in addition to the current rules applicable to private foundations, such as those governing the holdings of certain equity or debt securities or the donation of certain non-qualifying securities. This paper provides a summary of the rules

applicable to private foundations before the 2007 federal budget. It then explains the modifications and additions to those rules brought by this budget, and in particular, it analyzes the new excess corporate holdings regime for private foundations. Finally, the modifications brought to this new regime by the 2008 federal budget are discussed.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	207
1. RÈGLES APPLICABLES AUX FONDATIONS PRIVÉES	208
1.1. RÈGLES EN VIGUEUR AVANT LE BUDGET FÉDÉRAL DU 19 MARS 2007	208
1.1.1. Détention de titres de capital ou de créance par les fondations privées.....	208
1.1.2. Dons de titres non admissibles à un organisme de bienfaisance	211
1.2. MODIFICATIONS ET AJOUTS APPORTÉS PAR LE BUDGET FÉDÉRAL DU 19 MARS 2007	214
1.2.1. Modifications aux règles en vigueur	214
1.2.2. Ajout aux règles en vigueur : nouveau régime s'appliquant à la participation excédentaire des fondations privées	216
1.3. MODIFICATIONS ET AJOUTS APPORTÉS PAR LE BUDGET FÉDÉRAL DU 26 FÉVRIER 2008	240
1.3.1. Allègement concernant les actions non cotées à la Bourse détenues au 18 mars 2007.....	240
1.3.2. Actions de remplacement.....	242
1.3.3. Actions visées par une stipulation et obligation de dessaisissement	242
1.3.4. Actions détenues par l'intermédiaire de fiducies au 18 mars 2007	243
1.3.5. Opération d'évitement impliquant des fiducies.....	244
CONCLUSION	245

INTRODUCTION

À la suite du budget du 19 mars 2007¹, le gouvernement fédéral a décidé d'étendre l'exonération du gain en capital prévue à l'alinéa 38a.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² aux contribuables qui font un don de titres cotés en Bourse à une fondation privée. Le gouvernement a également proposé de modifier l'alinéa 110(1)d.01) L.I.R. afin d'exonérer d'impôt les avantages liés à l'emploi obtenus en raison de l'exercice d'une option lorsque les titres acquis ont été donnés à une fondation privée. Jusqu'à la date du budget, seuls les dons de titres cotés en Bourse aux organismes de bienfaisance publics, c'est-à-dire les œuvres et les fondations publiques, étaient admissibles à ces exonérations.

Toutefois, voyant dans l'élargissement de ces exonérations une porte ouverte à l'abus d'influence que pourraient exercer certaines personnes ayant un lien de dépendance avec une fondation privée, le Parlement a décidé de créer un nouveau régime très contraignant régissant la détention par les fondations privées de titres cotés en Bourse ou non. Pour ce faire, l'article 149.2, les paragraphes 188.1(3.1) et 188.1(3.2) ainsi que de nouvelles définitions au paragraphe 149.1(1) L.I.R. ont été ajoutés à la *Loi de l'impôt sur le revenu*³. Ce nouveau régime crée non seulement de nouvelles exigences en matière d'observation de la loi, mais oblige également les fondations privées à instaurer un système de surveillance de leurs participations ainsi que de celles des personnes ayant un lien de dépendance avec elles. De plus, il faut préciser que ce nouveau régime s'ajoutera aux règles existant avant le budget fédéral du 19 mars 2007 régissant, entre autres, la détention par les fondations privées de titres de capital ou de créance de personnes qui ont un lien de dépendance avec la fondation⁴ ainsi que la donation de certains titres non admissibles à des organismes de bienfaisance, en particulier des fondations privées⁵.

¹ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007.

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

³ Les mesures proposées par le ministre des Finances lors du budget fédéral du 19 mars 2007 ont ensuite été proposées dans le Projet de loi C-28, L.C. 2007, c. 35, sanctionné le 14 décembre 2007.

⁴ Voir les paragraphes 189(1) à 189(5) et 149.1(1) « placement non admissible » L.I.R.

⁵ Voir les paragraphes 118.1(13) et 118.1(14), 118.1(16) à 118.1(20) et 110.1(6) et 110.1(7) L.I.R.

Le présent texte résume, dans un premier temps, les règles applicables aux fondations privées en vigueur avant le budget fédéral du 19 mars 2007. Il présente ensuite une analyse détaillée des modifications et des ajouts apportés à ces règles par ce budget et plus particulièrement du nouveau régime s'appliquant à la participation excédentaire des fondations privées. Le présent texte se termine par une présentation des changements proposés à ce nouveau régime par le budget fédéral du 26 février 2008⁶.

1. RÈGLES APPLICABLES AUX FONDATIONS PRIVÉES

1.1. RÈGLES EN VIGUEUR AVANT LE BUDGET FÉDÉRAL DU 19 MARS 2007

Il semble que le ministère des Finances ait toujours été méfiant envers les fondations privées. Celles-ci n'étant pas assujetties aux règles de contrôle applicables aux organismes de bienfaisance publics, elles sont donc financées et contrôlées par des intérêts privés. Par conséquent, le gouvernement semble considérer que le risque de conflit d'intérêts est plus grand que dans le cas des autres organismes de bienfaisance. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les fondations privées sont déjà soumises à des règles plus strictes que celles applicables aux autres organismes de bienfaisance. Ainsi, leurs dépenses de bienfaisance sont contrôlées plus sévèrement et elles ne peuvent exercer aucune activité commerciale, même complémentaire⁷. La détention de titres de capital ou de créance par les fondations privées ainsi que les dons de certains titres aux fondations privées sont également encadrés plus rigide-ment. Le nouveau régime proposé lors du budget fédéral du 19 mars 2007 et adopté par le Parlement vise la participation excédentaire des fondations privées, dont il sera discuté dans la section suivante, et ajoute davantage de restrictions à ces organismes.

1.1.1. Détention de titres de capital ou de créance par les fondations privées

Les règles régissant la détention de titres de capital ou de créance par les fondations privées visent essentiellement à s'assurer que les fondations privées ne fassent pas de placements en actions ou sous forme de dette auprès de personnes avec lesquelles elles ont un lien de dépendance sans obtenir en

⁶ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2008*, 26 février 2008.

⁷ Al. a) de l'élément B du paragraphe 149.1(1) « contingent de versement » et al. 149.1(4)a) L.I.R. Voir également à ce sujet A. Abigail PAYNE et Huizi ZHAO, « Uncharitable Treatment? Why Donations to Private and Public Foundations Deserve Equal Tax Status », dans *e-brief*, Toronto, Institut C.D. Howe, 9 janvier 2007 (en ligne : www.cdhowe.org).

contrepartie un rendement raisonnable. L'idée que les intérêts individuels de personnes ayant un lien de dépendance avec la fondation puissent entrer en conflit avec les intérêts altruistes de la fondation a manifestement inspiré la mise en place de ces règles⁸. Avant leur introduction, profitant du fait que les fondations privées ne sont pas soumises aux règles d'indépendance du conseil d'administration, il y avait un risque que les administrateurs ou dirigeants d'une fondation privée exercent une influence en vue d'obtenir un financement avantageux à même les fonds récoltés par la fondation à des fins de bienfaisance.

Plus précisément, ces règles prévoient l'assujettissement à un impôt payable en vertu de la Partie V L.I.R. Cet impôt est payable non pas par la fondation privée, mais plutôt par le contribuable qui a contracté envers la fondation une dette qui se qualifie de placement non admissible ou par la société dont les actions se qualifient de la même façon dans la mesure où le taux des intérêts ou des dividendes payés sur ces placements est inférieur à un certain taux⁹. L'impôt équivalait à l'intérêt qui serait payable sur le principal de la dette égal au moindre :

- i) des différents taux d'intérêt prescrits pour la période où la dette est due;
- ii) du taux annuel d'intérêt sur une telle dette qui aurait été convenu au moment où la dette a été contractée si le contribuable et la fondation n'avaient eu aucun lien de dépendance entre eux et si l'activité habituelle de la fondation consistait à prêter de l'argent.

L'impôt est réduit par l'intérêt réellement payé sur la dette au cours de l'année et jusqu'à 30 jours après la fin de l'année. Lorsqu'un placement non admissible est une action ou un droit d'acquérir une action, celle-ci ou celui-ci est réputé être une dette contractée envers la fondation et tout dividende versé sur ces actions est réputé être un paiement d'intérêt. De plus, dans ce cas,

⁸ CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives du paragraphe 189(1) L.I.R.*, mai 1984.

⁹ Par. 189(1) L.I.R. Le contribuable qui est assujetti à l'impôt sur les placements non admissibles de la Partie V L.I.R. doit remplir le Formulaire T2140, « Déclaration de l'impôt de la partie V – Impôt sur les placements non admissibles d'un organisme de bienfaisance enregistré ». L'impôt payable doit être payé et la déclaration doit être produite dans les mêmes délais que si un impôt était payable en vertu de la Partie I L.I.R. (par. 189(6) L.I.R.).

l'impôt est calculé en remplaçant la référence aux « différents taux d'intérêts prescrits » par « les $\frac{2}{3}$ des différents taux prescrits » au cours de la période¹⁰.

Un placement non admissible, tel qu'il est défini au paragraphe 149.1(1) L.I.R., est :

- i) une dette¹¹, autre qu'une promesse de don ou un engagement à faire un don, contractée envers une fondation privée par :
 - a) une personne, ou une personne qui a un lien de dépendance avec une telle personne, qui est membre, actionnaire, fiduciaire, auteur d'une fiducie, dirigeant, responsable ou administrateur de la fondation ou qui a contribué seule ou avec des personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance à plus de 50 % du capital de la fondation,
 - b) une société contrôlée par la fondation, par une personne ou un groupe de personnes mentionnées ci-dessus, par la fondation et toute autre fondation privée avec laquelle elle a un lien de dépendance, ou par toute combinaison de ce qui précède;
- ii) une action, ou un droit d'acquérir une telle action, d'une société décrite ci-dessus détenue par la fondation, autre qu'une action cotée à une Bourse de valeurs visée par règlement ou qui serait une action admissible au sens du paragraphe 192(6) L.I.R. s'il n'était pas tenu compte des restrictions relatives à la date d'émission. Le paragraphe 192(6) L.I.R. définit une action admissible comme une action du capital-actions d'une société canadienne imposable qui remplit les conditions énoncées à l'article 6203 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*¹². La plupart des actions ordinaires sont généralement considérées comme des actions admissibles.

De plus, sont exclus de la définition de placement non admissible les dettes, actions ou droits d'acquérir des actions émis par une société qui est une société immobilière à dividendes limités à laquelle l'alinéa 149(1)n) L.I.R. s'applique, une société dont l'ensemble des actions émises sont détenues par la fondation ou

¹⁰ Par. 189(2) et 189(3) L.I.R. D'autres taux s'appliquent si la dette a été contractée (ou l'action ou le droit acquis) avant le 22 avril 1982.

¹¹ L'impôt payable en vertu du paragraphe 189(1) L.I.R. ne s'applique pas aux prêts aux employés visés par le paragraphe 80.4(1) L.I.R. ou qui seraient visés par ce paragraphe s'il n'était pas tenu compte du paragraphe 80.4(3) L.I.R.

¹² C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

encore une société dont l'ensemble des biens sont utilisés par un organisme de bienfaisance enregistré pour son administration ou dans l'exercice de ses activités de bienfaisance¹³.

1.1.2. Dons de titres non admissibles à un organisme de bienfaisance

Les règles s'appliquant aux dons de titres non admissibles visent à empêcher les abus potentiels lors de transactions réalisées entre des organismes de bienfaisance et des personnes avec lesquelles ces organismes ont un lien de dépendance¹⁴. Ces règles aident à établir la valeur des titres ayant fait l'objet de ce type de transaction aux fins du crédit d'impôt ou de la déduction pour don.

Généralement, lorsqu'un contribuable fait don d'un titre non admissible à un organisme de bienfaisance (fondation privée, fondation publique ou œuvre), le crédit d'impôt pour don dans le cas d'un particulier et la déduction pour don dans le cas d'une société sont refusés, sauf s'il s'agit d'un don exclu¹⁵. Ce dernier est, en général, un don d'actions fait à un organisme de bienfaisance public (œuvre ou fondation publique) avec lequel le donateur n'a pas de lien de dépendance (incluant ses administrateurs, fiduciaires et dirigeants). Donc, par définition, un don exclu ne peut être fait à une fondation privée¹⁶.

Le crédit ou la déduction sera toutefois accordé si dans les 60 mois suivant le don, l'organisme dispose du titre ou si le titre cesse d'être un titre non admissible, selon la date qui survient le plus tôt. La valeur du don sera alors réputée égale au moindre de :

¹³ Par. 149.1(1) « placement non admissible » L.I.R. De plus, le concept des « actions de remplacement » s'applique aux fins des règles sur les placements non admissibles. C'est-à-dire qu'une action ou un droit acquis en échange d'une autre action ou d'un droit en vertu de l'article 51, 85, 85.1, 86 ou 87 L.I.R. est réputé être la même action ou le même droit que celle ou celui qui lui a été substitué(e) (par. 189(5) L.I.R.).

¹⁴ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives pour mettre en œuvre des mesures résiduelles du budget de 2007 concernant l'impôt sur le revenu*, 2 octobre 2007, p. 241. Les notes explicatives accompagnant le Projet de loi C-28, *op. cit.*, note 3, 21 novembre 2007, font référence aux notes explicatives publiées le 2 octobre 2007 et elles ne reprennent que les passages où la version originale des notes ne correspond plus aux mesures figurant dans le projet de loi.

¹⁵ Par. 118.1(13) et 110.1(6) L.I.R.

¹⁶ Par. 118.1(19) L.I.R.

- i) la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») au moment où le titre a réellement été donné¹⁷;
- ii) dans le cas où le donataire a disposé du titre, la JVM de la contrepartie reçue (sauf si la contrepartie est constituée en tout ou en partie d'un autre titre non admissible) ou dans le cas où le titre cesse d'être un titre non admissible à un moment donné, la JVM à ce moment¹⁸.

Un titre non admissible d'un contribuable à un moment donné est :

- i) une créance (sauf une créance cotée à une Bourse de valeurs visée par règlement et une obligation d'une institution financière de rembourser un montant déposé auprès d'elle) dont le débiteur est le contribuable, sa succession ou une personne ou société de personnes avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance immédiatement après le moment donné;
- ii) une action (sauf une action cotée à une Bourse de valeurs visée par règlement) du capital-actions d'une société avec laquelle le contribuable ou sa succession a un lien de dépendance après le moment donné;
- iii) tout autre titre (sauf un titre coté à une Bourse de valeurs visée par règlement) émis par le contribuable, sa succession ou une personne ou société de personnes avec laquelle le contribuable ou sa succession a un lien de dépendance après le moment donné¹⁹.

Pour compenser le refus du crédit ou de la déduction pour don, le contribuable qui a réalisé un gain en capital lors du don peut prendre une provision au titre de ce gain. Cette provision permettra au contribuable de différer l'imposition du gain jusqu'à l'année où le don est reconnu. Toutefois, si le donataire n'a pas disposé du titre ou si le titre n'a pas cessé d'être un titre non

¹⁷ Tel qu'il a été ajusté pour tenir compte du choix du paragraphe 118.1(6) L.I.R., qui permet à un contribuable de réduire la valeur du don à un montant se situant entre la JVM et le prix de base rajusté du bien ayant fait l'objet du don. Le bien doit être une immobilisation du contribuable. Le paragraphe 118.1(6) L.I.R. s'applique lorsque les conditions prévues au paragraphe 118.1(5.4) L.I.R. sont remplies.

¹⁸ Par. 118.1(13) L.I.R.

¹⁹ Par. 118.1(18) L.I.R.

admissible dans les 60 mois suivant le don, le contribuable ne sera pas obligé d'inclure dans son revenu le gain en capital réalisé²⁰.

1.1.2.1. Auto-prêts

Une règle antiévitement spécifique s'applique pour réduire la JVM du don à des organismes de bienfaisance dans des cas d'auto-prêts. Cette règle vise à empêcher qu'un contribuable fasse don d'un bien et ait accès au crédit ou à la déduction pour don, tout en continuant de bénéficier de l'usage du bien. Par exemple, un contribuable qui donnerait un montant d'argent à une fondation privée et recevrait immédiatement après un prêt de cette fondation du même montant pourrait être assujéti à cette règle antiévitement.

Plus spécifiquement, cette règle trouve application lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- i) un contribuable a fait don d'un bien qui **n'est pas** un titre non admissible ou s'il en est un, il a fait l'objet d'un don exclu²¹;

et

- ii) au cours des cinq années suivant le don, le donataire détient un titre non admissible du contribuable, qui a été acquis au cours de la période commençant cinq ans avant le don et se terminant cinq ans après le don;

ou

- iii) si le contribuable et le donataire ont un lien de dépendance, le contribuable ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance utilise un bien du donataire dans les cinq années suivant le don aux termes d'une convention conclue ou modifiée au cours de la période commençant cinq ans avant le don et se terminant cinq ans après le don et que, durant cette période, le bien ainsi utilisé n'a pas servi dans le cadre des activités de bienfaisance du donataire²².

²⁰ Par. 40(1.01) L.I.R.

²¹ Un don exclu, par définition, ne peut être fait à une fondation privée.

²² Par. 118.1(16) L.I.R.

L'effet de cette règle antiévitement est, selon le cas, de réduire la valeur du don du montant de la contrepartie payée par le donataire pour acquérir le titre non admissible visé à l'élément ii) ou de la JVM du bien visé à l'élément iii) et utilisé par le contribuable hors du cadre des activités de bienfaisance du donataire²³.

1.2. MODIFICATIONS ET AJOUTS APPORTÉS PAR LE BUDGET FÉDÉRAL DU 19 MARS 2007

Le budget fédéral de 2007 a apporté des changements et des ajouts aux règles s'appliquant aux fondations privées.

Bien que les règles touchant la détention de titres de capital ou de créance par les fondations privées n'aient pas été modifiées et restent en vigueur telles qu'elles sont, celles visant les dons de titres non admissibles aux organismes de bienfaisance ont vu leur portée s'étendre.

De plus, un nouveau régime s'appliquant aux participations excédentaires des fondations privées a été instauré pour faire contrepoids à l'élimination de l'imposition des gains en capital et des avantages liés à l'emploi qui découlent de l'exercice d'une option à l'égard des dons de titres cotés en Bourse²⁴. Dans le budget du 19 mars 2007, le gouvernement mentionne qu'il souhaite par cette élimination encourager les dons aux fondations privées tout en limitant les participations de ces fondations dans des sociétés publiques et privées afin d'empêcher que des « personnes liées à la fondation puissent être en mesure d'exercer une influence en vue de servir leurs propres intérêts du fait de la combinaison de leur participation et de celle de la fondation »²⁵.

1.2.1. Modifications aux règles en vigueur

Plus précisément, les règles s'appliquant aux dons de titres non admissibles ont été modifiées de trois façons. Premièrement, la définition de « titre non admissible » a été élargie pour tenir compte des droits de bénéficiaires dans une

²³ *Id.*

²⁴ L'employé qui exerce une option accordée par son employeur avec lequel il n'a pas de lien de dépendance pour faire l'acquisition de titres cotés en Bourse pourra voir son avantage en vertu de l'emploi exonéré d'impôt si le don des titres est fait dans les 30 jours suivant l'acquisition. D'autres conditions doivent également être satisfaites. Al. 110(1)d.01) L.I.R.

²⁵ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1, « Annexe 5 : Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens », p. 418.

fiducie lorsque celle-ci est affiliée au contribuable (ou à sa succession) ou lorsque la fiducie détient un titre non admissible du contribuable (ou de sa succession) ou détenait une action qui était un titre non admissible et qui a été cédée au donataire (c'est-à-dire l'organisme de bienfaisance). Ainsi, le contribuable qui fait un don à une fondation privée (ou à tout autre organisme de bienfaisance) d'un droit de bénéficiaire dans une fiducie se verra refuser le crédit ou la déduction pour don si, après le don, la fiducie est affiliée au contribuable ou détient un titre non admissible du contribuable (par exemple, des actions d'une société privée contrôlée par le contribuable).

La définition de « titre non admissible » a également été modifiée afin qu'elle s'applique dans les deux nouveaux cas suivants :

- i) une action d'une société privée avec laquelle une fiducie ou une personne qui lui est affiliée a un lien de dépendance;
- ii) tout autre titre non déjà visé par la définition de « titre non admissible » émis par une fiducie avec laquelle un contribuable ou sa succession est affilié²⁶.

Deuxièmement, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est modifiée pour tenir compte des situations où un organisme de bienfaisance dispose d'un droit de bénéficiaire dans une fiducie qui est un titre non admissible d'un particulier et reçoit en contrepartie uniquement d'autres titres non admissibles du particulier. Le don initial du droit de bénéficiaire qui est un titre non admissible et pour lequel le crédit d'impôt a été refusé est réputé être le don de ces autres titres non admissibles reçus subséquemment par l'organisme de bienfaisance lors de la disposition du droit de bénéficiaire²⁷. Par exemple, un particulier fait un don à une fondation privée d'un droit de bénéficiaire au capital d'une fiducie. Ce droit de bénéficiaire est un titre non admissible de ce particulier parce que la fiducie détient d'autres titres non admissibles du particulier (c'est-à-dire des actions d'une société privée contrôlée par le particulier). Par conséquent, le crédit d'impôt pour don est refusé au particulier en vertu du paragraphe 118.1(13) L.I.R. Peu de temps après, la fiducie fait une attribution de ses actions de la société privée contrôlée par le particulier à la fondation privée donnant ainsi lieu à la disposition du droit de bénéficiaire de la fondation au capital de la fiducie. Le particulier n'aura toujours pas droit au crédit d'impôt pour don, même si la fondation privée a disposé de son droit de bénéficiaire, tant que les nouveaux titres non admissibles (c'est-à-dire les actions de la société contrôlée par le

²⁶ Al. 118.1(18)b), 118.1(18)b.1) et 118.1(18)c) L.I.R.

²⁷ Par. 118.1(14.1) L.I.R.

particulier) reçus par la fondation en contrepartie de cette disposition n'auront pas à leur tour fait l'objet d'une disposition²⁸.

Troisièmement, les règles sur les auto-prêts ont été modifiées pour englober les cas où un contribuable et un donataire **n'ont pas** de lien de dépendance et que ce contribuable, ou une personne avec laquelle il a un lien de dépendance, utilise un bien du donataire dans les cinq années suivant le don aux termes d'une convention conclue ou modifiée cinq ans ou moins avant le don et que, durant cette période, le bien n'a pas été utilisé dans le cadre des activités de bienfaisance du donataire²⁹.

1.2.2. Ajout aux règles en vigueur : nouveau régime s'appliquant à la participation excédentaire des fondations privées

1.2.2.1. En général

La portée du nouveau régime est très large, puisqu'il instaure de nouvelles exigences pour les fondations privées en fonction du palier de participation de la fondation dans des sociétés privées ou publiques. Chaque palier est assorti de règles distinctes en matière de dessaisissement, de communications de renseignements et de surveillance des participations excédentaires. De plus, la participation des fondations privées est analysée par catégorie d'actions.

Palier de participation admissible – Zone sûre

Une fondation privée qui a une participation dans une catégorie d'actions d'une société n'excédant jamais 2 % de l'ensemble des actions en circulation de cette catégorie au cours de son année d'imposition n'aura pas à se dessaisir d'actions ni à exercer une surveillance ou à recenser ses participations et celles des personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance³⁰.

²⁸ Cet exemple est inspiré de celui des notes explicatives du paragraphe 118.1(14.1) L.I.R.; CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 14, p. 240.

²⁹ S.-al. 118.1(16)c)(ii) L.I.R.

³⁰ Par. 149.1(15), al. 149.1(1)b) « pourcentage de participation excédentaire » et al. 149.2(1)b) L.I.R.

Palier de surveillance

Si une fondation privée a une participation dans une catégorie d'actions d'une société supérieure à 2 % à quelque moment que ce soit au cours de son année d'imposition, la fondation sera obligée de divulguer à l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») les participations qu'elle et les personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance détiennent dans **chaque** catégorie d'actions de la société à la fin de son année d'imposition. La fondation privée devra également déclarer ses propres opérations importantes ainsi que celles de toute personne avec lesquelles elle a un lien de dépendance³¹. Brièvement, des opérations où sont négociées des actions d'une catégorie donnée ayant une valeur de plus de 100 000 \$ ou qui représentent plus de 0,5 % des actions en circulation de cette catégorie sont considérées comme des opérations importantes³².

Palier de dessaisissement

Si une fondation privée détient seule ou avec des personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance plus de 20 % des actions en circulation d'une catégorie donnée à la fin d'une année d'imposition, un dessaisissement devra avoir lieu. Le dessaisissement pourra se faire soit par la fondation, soit par les personnes qui ont un lien de dépendance avec elle, mais dans tous les cas, elles devront se départir de leur participation excédentaire à l'intérieur d'un délai précis sous peine que des pénalités soient imposées. Aucune pénalité ne sera imposée si, à l'intérieur du délai déterminé, la participation de la fondation et des personnes ayant un lien de dépendance avec elle est ramenée à 20 % ou moins ou si la propre participation de la fondation est ramenée à 2 % ou moins.

De plus, tout comme pour le palier précédent, les fondations privées devront recenser dans leur déclaration annuelle toutes leurs participations ainsi que leurs opérations importantes incluant celles des personnes avec lesquelles elles ont un lien de dépendance.

³¹ Certaines personnes ayant un lien de dépendance avec la fondation privée ne sont pas visées par cette obligation de divulgation. Voir la définition de personne intéressée au paragraphe 149.1(1) L.I.R.

³² Par. 149.1(1) « opération importante » L.I.R. La notion d'opération importante sera discutée en détail plus loin dans le texte.

1.2.2.2. Application

Le nouveau régime s'applique de façon générale à partir du 19 mars 2007, mais plus précisément aux années d'imposition des fondations privées qui commencent après le 18 mars 2007. Des règles transitoires ont également été élaborées et seront évoquées plus loin.

Les prochaines sections analysent en détail le nouveau régime s'appliquant à la participation excédentaire des fondations privées.

1.2.2.3. Concept de participation excédentaire

Le concept de participation excédentaire est au cœur du nouveau régime. Dès qu'une fondation privée a un pourcentage de participation excédentaire, toute une série de nouvelles obligations s'enclenche pour celle-ci comme le dessaisissement et la divulgation de renseignements concernant les participations. Aussitôt qu'une fondation privée ou des personnes intéressées quant à la fondation (en général, des personnes qui ont un lien de dépendance avec la fondation) acquièrent des actions ou qu'une société émet, rachète ou annule des actions, la fondation peut se retrouver avec un pourcentage de participation excédentaire.

Pourcentage de participation excédentaire, pourcentage de participation totale et participation notable

Le pourcentage de participation excédentaire d'une fondation est toujours établi à l'égard d'une catégorie d'actions d'une société. Il désigne l'excédent, exprimé en points de pourcentage, du pourcentage de participation totale de la fondation privée sur 20 %³³. Sont prises en compte dans le calcul du pourcentage de participation totale d'une fondation privée la participation de la fondation ainsi que les participations notables de toutes les personnes intéressées quant à la fondation³⁴. Un placement en actions d'une catégorie d'actions dont la JVM est supérieure à 100 000 \$ ou dont le pourcentage représente plus de 0,5 % de l'ensemble des actions en circulation de la catégorie est une participation notable relativement à cette catégorie d'actions³⁵.

³³ Par. 149.1(1) « pourcentage de participation excédentaire » L.I.R. Il y a toutefois des exceptions qui seront abordées dans les sections suivantes.

³⁴ Par. 149.1(1) « pourcentage de participation totale » L.I.R.

³⁵ Al. 149.2(1)a) L.I.R.

Exemple

Une fondation privée détient 10 % tandis que trois personnes intéressées quant à la fondation détiennent 60 % des actions de catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc. Plus précisément, une des personnes intéressées détient 55 % des actions de catégorie A dont la JVM est égale à 550 000 \$. La deuxième personne intéressée détient 4,7 % des actions de la même catégorie dont la JVM est égale à 47 000 \$. Finalement, la troisième personne intéressée détient 0,3 % des actions de cette même catégorie dont la JVM est égale à 3 000 \$.

Le pourcentage de participation totale de la fondation privée est égal à 69,7 %, soit 10 % plus 55 % plus 4,7 %. Le pourcentage de participation de la troisième personne intéressée n'est pas pris en compte, car il ne représente pas une participation notable. Par conséquent, le pourcentage de participation excédentaire de la fondation privée est égal à 49,7 % (soit 69,7 % moins 20 %).

Personne intéressée

Généralement, une personne intéressée quant à une fondation privée est une personne qui a un lien de dépendance avec la fondation à supposer que la définition de personnes liées au paragraphe 251(2) L.I.R. s'applique comme si la fondation était une société. Toutefois, une telle personne pourra être exclue de la définition de personne intéressée si son lien avec la fondation repose uniquement sur un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. De plus, une fondation privée peut faire une demande auprès du ministre du Revenu national pour que soit exclu de la définition tout adulte qui vit séparé d'un particulier qui contrôle la fondation privée ou qui est membre d'un groupe lié qui la contrôle (toujours en supposant que la fondation est une société). Le ministre acceptera la demande s'il est convaincu que, par ailleurs, aucun lien de dépendance de fait n'existe entre les deux particuliers³⁶.

Le fait que la nouvelle législation fasse référence au concept de contrôle tel qu'il est employé au paragraphe 251(2) L.I.R. soulève des questions. En effet, cette disposition s'appuie sur le concept de contrôle dérivé du droit des sociétés. Étant donné qu'une fondation peut être soit une société, soit une fiducie et que dans le cas où elle est une société, elle n'a souvent pas de capital-actions, le transfert de ce concept au droit en matière de bienfaisance est discutable. Comment interpréter le paragraphe 251(2) L.I.R. lorsque personne ne détient de

³⁶ Par. 149.1(1) « personne intéressée » L.I.R.

droit de vote et qu'il n'y a pas de convention d'actionnaires? Dans la décision *HSC Research Development Corp. c. Canada*³⁷, la Cour canadienne de l'impôt a indiqué qu'une société sans capital-actions devrait être considérée comme contrôlée par la personne ou le groupe de personnes qui nomme la majorité du conseil d'administration. Dans une telle société, les personnes qui ont le contrôle *de jure* sont habituellement les membres. Cependant, la Cour a également mentionné que rien n'empêche que le contrôle *de facto* soit exercé par d'autres personnes. Bref, le contrôle des fondations privées et des organismes de bienfaisance en général est exercé d'une manière plus subtile que dans le cas des sociétés et il faudra en tenir compte en appliquant le paragraphe 251(2) L.I.R. aux fondations privées³⁸.

Finalement, il est pertinent de mentionner que l'ARC considère généralement qu'un organisme de bienfaisance a un lien de dépendance avec ses membres, actionnaires, fiduciaires, auteurs de la fiducie, administrateurs, dirigeants et autres responsables³⁹.

Participation négligeable

Si une fondation privée a une participation négligeable relativement à une catégorie d'actions, son pourcentage de participation excédentaire est réputé être de zéro⁴⁰. Une participation négligeable représente une participation de 2 % ou moins de l'ensemble des actions émises et en circulation de cette catégorie. Aux fins du calcul de la participation négligeable, les participations des personnes intéressées ne sont pas prises en considération⁴¹. Tel qu'il a été

³⁷ 95 D.T.C. 225 (C.C.I.).

³⁸ Arthur B.C. DRACHE, *Charities, Taxation, Policy and Practice*, Toronto, Thomson, 2007, feuilles mobiles, pp. 5-14. Voir également le texte de K. COOPER, « Control: Who, How, What, When and Why? », dans 4th *National Symposium on Charity Law*, Association du Barreau canadien/Association du Barreau de l'Ontario, 11 mai 2006.

³⁹ Voir entre autres AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide* RC4108, « Les organismes de bienfaisance enregistrés et la Loi de l'impôt sur le revenu », p. 15; Discours d'employé(e) CES-011, par. 39; lettre d'information CIL-1998-017, « Prêt à une fondation privée » ainsi que *Guide* T4033, « Comment remplir la déclaration de renseignements des organismes de bienfaisance enregistrés », pp. 14-15. Il est logique également de penser que l'ARC appliquera, lorsque cela sera possible, les concepts décrits dans les *Bulletins d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Sociétés : Association et contrôle », 14 août 2001, modifié le 13 octobre 2004 et IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004.

⁴⁰ Al. 149.1(1)b) « pourcentage de participation excédentaire » L.I.R.

⁴¹ Al. 149.2(1)b) L.I.R.

mentionné précédemment, si une fondation privée a une participation plus que négligeable dans une catégorie d'actions d'une société (c'est-à-dire supérieure à 2 %) à quelque moment que ce soit au cours de son année d'imposition, la fondation sera obligée de divulguer à l'ARC les participations qu'elle et les personnes intéressées détiennent dans **chaque** catégorie d'actions de la société à la fin de son année d'imposition. La fondation privée devra également déclarer ses opérations importantes ainsi que celles des personnes intéressées.

Fondations privées exclues du nouveau régime

Toute fondation privée qui n'est pas enregistrée comme organisme de bienfaisance n'a pas à se conformer aux règles relatives aux participations excédentaires. Par contre, à partir du moment où elle obtient son enregistrement, les règles s'appliquent de façon à déterminer si elle a un pourcentage de participation excédentaire. Dans l'affirmative, elle doit se débarrasser de ses participations excédentaires au cours de l'année d'imposition suivante⁴². De même, toute fondation privée dont l'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance est révoqué n'est plus assujettie aux règles relatives aux participations excédentaires⁴³.

Actions visées par une stipulation de conservation

Le pourcentage de participation excédentaire se calcule différemment dans le cas où les actions détenues par la fondation sont visées par une stipulation de conservation. Ces actions visées par une stipulation de conservation sont également incluses dans le calcul de la participation totale de la fondation dans une société. À titre de rappel, si une fondation privée a un pourcentage de participation totale supérieur à 2 % dans une catégorie donnée d'une société, elle se retrouve dans le palier de surveillance et doit donc divulguer à l'ARC certains renseignements concernant sa participation et les participations des personnes intéressées dans la société⁴⁴.

Les actions visées par une stipulation de conservation sont des actions d'une catégorie du capital-actions d'une société qui ont été acquises par une fondation privée au moyen d'un don visé par une stipulation portant que la

⁴² Par. 149.2(3) et al. 149.2(5)d) L.I.R.

⁴³ Al. 149.1(1)a) « pourcentage de participation excédentaire » L.I.R.

⁴⁴ Al. 149.1(15)c) L.I.R.

fondation ne peut en disposer avant une date précise⁴⁵. De manière générale, le don doit avoir été fait avant le 19 mars 2007. Toutefois, s'il est fait après le 18 mars 2007 selon les modalités d'une fiducie établie avant le 19 mars 2007 et qui n'a pas été modifiée après le 18 mars 2007, le don se qualifiera. De la même manière, un don fait entre le 18 mars 2007 et le 19 mars 2012 en exécution d'un testament signé avant le 19 mars 2007 qui n'a pas été modifié après le 18 mars 2007 se qualifiera dans la mesure où aucun autre testament n'a été signé ou modifié après cette date⁴⁶.

Lorsqu'une fondation détient des actions visées par une stipulation de conservation, son pourcentage de participation excédentaire est calculé en référence au plus élevé de 20 % et du pourcentage d'actions visées par une telle stipulation⁴⁷. Ainsi, la détention de ces actions ne deviendra une participation excédentaire, s'il y a lieu, que dans l'année au cours de laquelle la stipulation a pris fin. Il a été mentionné précédemment que lorsqu'une fondation a un pourcentage de participation excédentaire à la fin de l'année d'imposition à l'égard d'une catégorie du capital-actions d'une société, elle ou les personnes intéressées doivent généralement se dessaisir d'une partie de leur participation à l'intérieur d'un délai donné afin de ramener la participation totale de la fondation au seuil de détention admissible de 20 %. Dans le cas des actions visées par une stipulation de conservation, ce seuil étant égal au plus élevé de 20 % et du pourcentage de détention de telles actions, il n'y aura donc aucune obligation de dessaisissement pour ces actions tant que la stipulation sera en vigueur.

Exemple

Le 1^{er} janvier 2010, une fondation privée détient 45 % des actions de catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc. Aucune personne intéressée quant à la fondation ne détient d'actions de cette société. Ces actions ont été acquises par un don fait le 1^{er} janvier 2010 en exécution d'un testament signé le 1^{er} janvier 2005 qui n'a jamais été modifié. Il s'agissait là du seul testament fait

⁴⁵ L'expression « visé par une stipulation portant conservation des actions » est rendue dans la version anglaise de la définition de « pourcentage d'actions visées par une stipulation » au paragraphe 149.1(1) L.I.R. par l'expression *subject to a trust or direction that the shares are to be held*. Or, dans les notes explicatives qui portent sur ce paragraphe, il est fait mention de don assujéti à une fiducie ou visé par une stipulation portant que la fondation ne peut en disposer avant une certaine date.

⁴⁶ Par. 149.1(1) « pourcentage d'actions visées par une stipulation » L.I.R.

⁴⁷ Al. 149.1(1)c) « pourcentage de participation excédentaire » L.I.R.

par le donateur. Le don est visé par une stipulation de conservation jusqu'au 15 décembre 2011. Le 1^{er} janvier 2012, la fondation privée a disposé de la totalité des actions de catégorie A qu'elle possédait. La fin d'année d'imposition de la fondation est le 31 décembre.

Le pourcentage de participation excédentaire quant à la catégorie A au 31 décembre 2010 est nul, car le pourcentage de participation totale est égal au pourcentage d'actions visées par une stipulation⁴⁸. La fondation a quand même l'obligation de divulguer à l'ARC sa participation dans la société Bonnes Œuvres inc., puisque son pourcentage de participation totale est supérieur à 2 %⁴⁹, c'est-à-dire que la fondation a plus qu'une participation négligeable dans la catégorie A.

Au 31 décembre 2011, la fondation privée a un pourcentage de participation excédentaire quant à la catégorie A de 25 %. Puisque le pourcentage d'actions visées par une stipulation de conservation est maintenant nul, le pourcentage de participation excédentaire est égal à la différence entre le pourcentage de participation totale (45 %) et le seuil général de 20 %. Selon les règles de dessaisissement (expliquées ci-dessous), la fondation privée a jusqu'à la fin de l'année d'imposition subséquente (soit jusqu'au 31 décembre 2012) pour se départir des actions excédentaires⁵⁰.

Au 31 décembre 2012, la fondation privée n'a plus de pourcentage de participation excédentaire quant à la catégorie A, car elle s'est départie de toutes ses actions de cette catégorie.

La prochaine section du présent texte analyse les règles relatives au dessaisissement.

1.2.2.4. Concept de dessaisissement

Le nouveau régime s'appliquant à la participation excédentaire des fondations privées repose sur un concept simple : pour une année d'imposition donnée, tout pourcentage de participation excédentaire à l'égard d'une catégorie d'actions donne lieu à un pourcentage de dessaisissement relativement à cette même catégorie. La complexité survient lors de l'application des différents

⁴⁸ Par. 149.1(1) « pourcentage de participation excédentaire » L.I.R.

⁴⁹ Al. 149.1(15)c) L.I.R.

⁵⁰ Al. 149.2(5)d) L.I.R.

concepts qui supportent ce nouveau régime, en particulier celui de dessaisissement.

Toute fondation privée qui a un pourcentage de dessaisissement à la fin d'une année d'imposition peut se voir imposer par le ministre du Revenu national une pénalité en vertu de la Partie V L.I.R. De plus, tout solde de pourcentage de dessaisissement étant reporté à la prochaine année d'imposition, une pénalité pourrait s'appliquer au solde deux fois dans la mesure où rien ne serait fait pour corriger la situation. Il sera question plus loin des pénalités et sanctions possibles dans le cadre du nouveau régime.

Le calcul du pourcentage de dessaisissement est basé sur l'augmentation nette et la diminution nette du pourcentage de participation excédentaire⁵¹. L'augmentation nette du pourcentage de participation excédentaire pour une année d'imposition donnée est attribuée au pourcentage de dessaisissement de cette année ou de l'une des cinq années d'imposition suivantes, selon un ordre préétabli⁵². La diminution nette, quant à elle, réduit d'abord le pourcentage de dessaisissement de l'année courante et toute partie non utilisée est reportée, s'il y a lieu, à l'encontre des pourcentages de dessaisissement des années ultérieures⁵³.

En résumé, une fondation privée doit se départir de toute augmentation nette du pourcentage de participation excédentaire dans des délais précis et toute diminution nette du pourcentage de participation excédentaire peut être utilisée par la fondation pour respecter ses obligations en matière de dessaisissement.

Augmentation nette

En général, l'augmentation nette relativement à une catégorie d'actions est égale à l'excédent du pourcentage de participation excédentaire à la fin d'une année d'imposition donnée sur le pourcentage de participation excédentaire à la fin de l'année d'imposition précédente quant à cette catégorie. Des exceptions s'appliquent lorsqu'au début de l'année d'imposition, la fondation privée n'était pas enregistrée à titre d'organisme de bienfaisance ou, si elle était enregistrée au 18 mars 2007, l'année en cause est sa première année d'imposition qui commence après cette date. Dans ces deux situations, l'augmentation nette sera

⁵¹ Par. 149.1(1) « pourcentage de dessaisissement » L.I.R.

⁵² Par. 149.2(5) L.I.R.

⁵³ Par. 149.2(7) L.I.R.

évidemment égale au pourcentage de participation excédentaire à la fin de l'année d'imposition, puisque avant cette période, le régime ne s'appliquait pas encore à la fondation privée⁵⁴.

Exemple⁵⁵

Une fondation privée ne détient aucune action au 31 décembre 2008, soit le dernier jour de l'année d'imposition. Le 31 décembre 2009, la fondation ainsi que deux personnes intéressées quant à cette fondation détenaient 60 % des actions en circulation de la catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc.

Puisque le seuil admissible d'une participation dans une société pour une fondation privée est de 20 %, la fondation a un pourcentage de participation excédentaire à la fin de l'année d'imposition, soit au 31 décembre 2009, de 40 % (soit 60 % moins 20 %)⁵⁶. La fondation a également une augmentation nette de son pourcentage de participation excédentaire de 40 %, puisque son pourcentage de participation excédentaire à la fin de l'année d'imposition précédente était nul⁵⁷.

Le 31 décembre 2010, la fondation et les deux personnes intéressées détenaient 70 % des actions en circulation de catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc. Par conséquent, le pourcentage de participation excédentaire de la fondation a augmenté à 50 % (soit 70 % moins 20 %). L'augmentation nette du pourcentage de participation excédentaire de la fondation est quant à lui de 10 % (soit 50 % au 31 décembre 2010 moins 40 % au 31 décembre 2009).

– Ordre d'attribution des augmentations nettes

L'ordre suivant lequel l'augmentation nette du pourcentage de participation excédentaire d'une fondation privée est attribuée aux pourcentages de dessaisissement de ses années d'imposition dépend de la façon dont les actions ont été acquises ou de la raison pour laquelle il y a eu une augmentation de la participation. L'ordre est le suivant :

⁵⁴ Par. 149.2(3) L.I.R.

⁵⁵ Cet exemple est basé sur celui dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide T2082*, « Régime de participation excédentaire des fondations privées », 29 avril 2008, p. 6.

⁵⁶ Par. 149.1(1) « pourcentage de participation excédentaire » L.I.R.

⁵⁷ Par. 149.2(3) L.I.R.

1) Actions acquises pour une contrepartie

Si une fondation privée a acquis des actions moyennant une contrepartie et qu'une augmentation nette du pourcentage de participation excédentaire pour l'année en découle, cette augmentation sera attribuée au pourcentage de dessaisissement de l'année courante. En d'autres mots, la fondation aura jusqu'à la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle elle a acheté les actions pour disposer du nombre d'actions excédentaires sous peine de se voir imposer une pénalité en vertu de la Partie V L.I.R.⁵⁸

2) Actions acquises par legs

S'il reste une augmentation nette du pourcentage de participation excédentaire, l'augmentation nette pour une année attribuable à des actions reçues par une fondation privée par voie de legs est attribuée au pourcentage de dessaisissement de la cinquième année d'imposition subséquente. Ainsi, une fondation qui acquiert par legs des actions d'une catégorie donnée au cours d'une année d'imposition ne sera pas tenue de se dessaisir de l'excédent, s'il n'en est, avant la cinquième année suivante⁵⁹.

3) Actions acquises par don d'une personne autre qu'une personne intéressée et augmentation de la participation en raison du rachat, de l'acquisition ou de l'annulation d'actions

S'il reste une augmentation nette du pourcentage de participation excédentaire, l'augmentation nette provenant d'un don d'actions à une fondation privée, autre qu'un don fait par une personne intéressée ou par voie de legs est attribuée au pourcentage de dessaisissement de la deuxième année d'imposition subséquente. En d'autres mots, la fondation aura jusqu'à la fin de la deuxième année d'imposition subséquente pour se dessaisir des actions excédentaires, s'il y a lieu.

La même règle s'applique pour toute partie de l'augmentation nette de la participation de la fondation quant à une catégorie d'actions qui est attribuable au rachat, à l'acquisition ou à l'annulation par la société de tout

⁵⁸ Al. 149.2(5)a) et par. 188.1(3.1) L.I.R.

⁵⁹ Al. 149.2(5)b) L.I.R.

ou partie des actions émises et en circulation de cette catégorie au cours de l'année courante⁶⁰.

- 4) Toute autre augmentation de la participation excédentaire qui n'est pas visée par les précédentes situations

Finalement, toute augmentation nette quant à une catégorie d'actions non attribuée précédemment sera attribuée au pourcentage de dessaisissement de l'année d'imposition subséquente⁶¹.

Ainsi, s'il reste une augmentation nette à attribuer à un pourcentage de dessaisissement d'une fondation privée, l'augmentation nette applicable aux situations suivantes sera attribuée au pourcentage de dessaisissement de l'année d'imposition subséquente :

- i) un don d'actions à la fondation privée par une personne intéressée;
- ii) une fondation privée qui est devenue un organisme de bienfaisance enregistré au cours d'une année donnée;

⁶⁰ Al. 149.2(5)c) L.I.R. La version française et la version anglaise de la division 149.2(5)c)(ii)(A) L.I.R. diffèrent. En anglais, cette division prévoit ce qu'il advient lorsqu'une fondation privée a acquis des actions par don (sauf par un don fait par une personne intéressée ou par voie de legs). Cela est logique, car les situations où une fondation privée a acquis des actions par don d'une personne intéressée ou par voie de legs sont déjà traitées à l'alinéa 149.2(5)d) et au sous-alinéa 149.2(5)b)(ii) L.I.R. En français, cette division prévoit plutôt ce qu'il advient lorsqu'une fondation privée a acquis des actions par don ou par legs (sauf par un don fait par une personne intéressée). Cela n'est pas logique pour le legs, car tel qu'il est mentionné, les cas où des actions sont acquises par voie de legs sont déjà traités au sous-alinéa 149.2(5)b)(ii) L.I.R. En conséquence, la fin de la parenthèse à la division 149.2(5)c)(ii)(A) L.I.R. en français devrait être placée après le mot « legs » plutôt qu'après le mot « intéressée » à l'instar de la virgule dans la version anglaise. Ainsi, la division 149.2(5)c)(ii)(A) L.I.R. se lirait comme suit :

« (A) le pourcentage des actions émises et en circulation de cette catégorie que la fondation a acquis, pendant l'année courante, par don (sauf s'il s'agit d'un don fait par une personne intéressée ou par legs). »

L'auteur du présent texte a communiqué avec le ministère des Finances à ce sujet. Cependant, le Ministère n'a émis aucun commentaire jusqu'à présent.

⁶¹ Al. 149.2(5)d) L.I.R.

iii) une augmentation de la participation d'une personne intéressée quant à la fondation qui n'est pas attribuable au rachat, à l'acquisition ou à l'annulation d'actions par une société;

iv) l'arrivée à échéance d'une stipulation de conservation.

Également, les fondations privées qui avaient au 18 mars 2007 un pourcentage de participation totale quant à une catégorie donnée du capital-actions d'une société (c'est-à-dire un pourcentage de participation initiale) qui excédait 20 % sont assujetties à une règle transitoire. Cette règle transitoire aura parfois pour effet de déclencher une augmentation nette de la participation sans qu'aucune action ne soit acquise, rachetée ou annulée. Dans ces cas précis, l'augmentation nette est attribuée au pourcentage de dessaisissement de l'année d'imposition subséquente. La règle transitoire est discutée plus loin dans le présent texte.

Exemple⁶²

Le dernier jour de l'année d'imposition, soit le 31 décembre 2009, une fondation privée ne détient aucune action. Au cours de l'année 2010, la fondation a acquis par voie de don d'une personne non intéressée 20 % des actions en circulation de catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc. Elle a également acquis par voie de legs 25 % des actions en circulation de cette catégorie. Une personne intéressée quant à la fondation a par ailleurs acquis pour une contrepartie 30 % des actions en circulation de cette catégorie A. Par conséquent, le 31 décembre 2010, la fondation ainsi que la personne intéressée détenaient 75 % des actions en circulation de catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc., ce qui représente le pourcentage de participation totale de la fondation. La fondation ni aucune personne intéressée n'ont ensuite acquis d'actions de quelque catégorie que ce soit de la société Bonnes Œuvres inc.

Puisque le seuil admissible d'une participation dans une société pour une fondation privée est de 20 %, la fondation a un pourcentage de participation excédentaire à la fin de l'année d'imposition, soit au 31 décembre 2010, de 55 % (soit 75 % moins 20 %)⁶³. La fondation a également une augmentation nette de son pourcentage de participation excédentaire de 55 %, puisque son

⁶² Cet exemple est inspiré de celui des notes explicatives du paragraphe 149.1(1) « pourcentage de dessaisissement » L.I.R.; CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 14, pp. 263-265.

⁶³ Par. 149.1(1) « pourcentage de participation excédentaire » L.I.R.

pourcentage de participation excédentaire à la fin de l'année d'imposition précédente était nul⁶⁴.

La fondation doit attribuer l'augmentation nette de son pourcentage de participation excédentaire en fonction de la façon dont les actions ont été acquises ou de la raison pour laquelle il y a eu une augmentation de la participation. En vertu de l'alinéa 149.2(5)b) L.I.R., la partie de l'augmentation nette qui est égale au pourcentage des actions reçues par legs, soit 25 %, est attribuée au pourcentage de dessaisissement de la fondation pour la cinquième année d'imposition subséquente. En d'autres mots, la fondation (ou la personne intéressée) a jusqu'au 31 décembre 2015 pour se départir de 25 % des actions de catégorie A. Le solde de l'augmentation nette à attribuer est égal à 30 %. En vertu de l'alinéa 149.2(5)c) L.I.R., la partie de l'augmentation nette qui est égale au pourcentage des actions reçues par don d'une personne non intéressée, soit 20 %, est attribuée au pourcentage de dessaisissement de la fondation pour sa deuxième année d'imposition subséquente. C'est-à-dire que la fondation (ou la personne intéressée) aura jusqu'au 31 décembre 2012 pour se dessaisir de 20 % des actions de catégorie A. Le solde de l'augmentation nette à attribuer est égal à 10 %. Finalement, en vertu de l'alinéa 149.2(5)d) L.I.R., la partie de l'augmentation nette non encore attribuée est appliquée au pourcentage de dessaisissement de la fondation pour l'année d'imposition subséquente. La fondation (ou la personne intéressée) a donc jusqu'au 31 décembre 2011 pour se départir de 10 % des actions de catégorie A.

En tout temps, la fondation peut également décider de se dessaisir d'un nombre suffisant d'actions pour ramener sa propre participation à 2 % ou moins.

– Pouvoir discrétionnaire du ministre

À la demande de la fondation privée et s'il estime qu'il serait juste et équitable d'agir ainsi, le ministre du Revenu national peut réattribuer toute partie de l'augmentation nette du pourcentage de participation excédentaire pour une année donnée au pourcentage de dessaisissement pour une ou plusieurs des 10 années d'imposition suivantes⁶⁵. Par exemple, une fondation privée qui aurait reçu par voie de donation des actions d'une société privée pour lesquelles il est difficile de trouver un acheteur pourrait demander au ministre de reporter l'année à laquelle l'augmentation nette sera attribuée au pourcentage de dessaisissement. Dans la mesure où la fondation démontre qu'elle a entrepris

⁶⁴ Par. 149.2(3) L.I.R.

⁶⁵ Par. 149.2(6) L.I.R.

des démarches pour disposer des actions, mais qu'une vente précipitée entraînerait un affaissement important du prix des actions, le ministre pourrait décider d'allonger le délai de dessaisissement. Le ministre pourrait également reporter l'année à laquelle une augmentation nette du pourcentage de participation excédentaire est attribuée dans la situation où la réglementation des valeurs mobilières retarde la vente d'actions qui font partie d'une structure de détention complexe⁶⁶.

Diminution nette

Le calcul de la diminution nette du pourcentage de participation excédentaire est l'opposé de celui de l'augmentation nette. La diminution nette quant à une année d'imposition donnée est donc égale à l'excédent du pourcentage de participation excédentaire à la fin de l'année d'imposition précédente sur le pourcentage de participation excédentaire à la fin de l'année d'imposition donnée relativement à une catégorie d'actions. Les exceptions applicables au calcul de l'augmentation nette qui visent les fondations privées qui au début de l'année d'imposition n'étaient pas enregistrées à titre d'organisme de bienfaisance ou, si elles étaient enregistrées au 18 mars 2007, l'année en cause est leur première année d'imposition qui commence après cette date, s'appliquent ici également⁶⁷.

— Ordre d'attribution des diminutions nettes

La diminution nette du pourcentage de participation excédentaire d'une fondation privée quant à une catégorie d'actions sera attribuée aux pourcentages de dessaisissement de ses années d'imposition selon un ordre chronologique. Ainsi, toute diminution nette s'applique en premier lieu à la réduction du pourcentage de dessaisissement de l'année d'imposition courante⁶⁸. S'il reste un solde, il est appliqué à l'encontre du pourcentage de dessaisissement de l'année d'imposition suivante. Si un solde subsiste encore, il réduira le pourcentage de dessaisissement de la deuxième année d'imposition suivante, et ainsi de suite jusqu'à ce que la fondation n'ait plus de pourcentage de dessaisissement. Tout solde résiduel s'éteindra⁶⁹.

⁶⁶ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives*, op. cit., note 14, p. 270.

⁶⁷ Par. 149.2(4) L.I.R.

⁶⁸ Al. 149.2(7)a) L.I.R.

⁶⁹ Al. 149.2(7)b) L.I.R.

Exemple – Suite de l'exemple précédent⁷⁰

Dans l'exemple précédent, la fondation avait acquis par voie de don d'une personne non intéressée 20 % des actions en circulation de catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc. Elle avait également acquis par voie de legs 25 % des actions en circulation de cette catégorie. Une personne intéressée quant à la fondation avait par ailleurs acquis pour une contrepartie 30 % des actions en circulation de cette catégorie. Le pourcentage de participation totale de la fondation était de 75 %.

Il a été déterminé dans cet exemple que la fondation avait un pourcentage de participation excédentaire de 55 % au 31 décembre 2010 et que ses pourcentages de dessaisissement étaient de 25 % pour l'année 2015, 20 % pour l'année 2012 et 10 % pour 2011. Autrement dit, la fondation (ou la personne intéressée) devait se départir de 25 % des actions de catégorie A avant le 31 décembre 2015, de 20 % des actions de catégorie A avant le 31 décembre 2012 et de 10 % des actions de catégorie A avant le 31 décembre 2011.

Au cours de l'année 2011, la fondation a décidé de vendre à une personne n'ayant pas de lien de dépendance avec elle (c'est-à-dire une personne non intéressée) 30 % des actions de catégorie A. Au 31 décembre 2011, le pourcentage de participation totale de la fondation, qui inclut les participations notables des personnes intéressées, était alors égal à 45 % (soit 15 % plus 30 %) et le pourcentage de participation excédentaire équivalait à 25 % (soit 45 % moins 20 %). La diminution nette du pourcentage de dessaisissement de la fondation pour l'année d'imposition 2011 est de 30 % (soit 55 % au 31 décembre 2010 moins 25 % au 31 décembre 2011)⁷¹.

Cette diminution nette de 30 % est attribuée au pourcentage de dessaisissement de la fondation pour l'année d'imposition 2011 qui était égal à 10 %. Puisqu'il reste un solde de 20 %, celui-ci est appliqué à l'encontre du pourcentage de dessaisissement de la fondation pour l'année d'imposition subséquente, soit 2012. Le pourcentage de dessaisissement pour l'année 2012 est donc passé de 20 % à 0 %. Le pourcentage de dessaisissement pour l'année 2015 reste intact.

⁷⁰ Cet exemple est inspiré de celui des notes explicatives du paragraphe 149.1(1) « pourcentage de dessaisissement » L.I.R.; CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 14, pp. 263-265.

⁷¹ Par. 149.2(4) L.I.R.

1.2.2.5. Règle transitoire

Toute fondation privée qui avait au 18 mars 2007 un pourcentage de participation totale quant à une catégorie donnée du capital-actions d'une société (c'est-à-dire un pourcentage de participation initiale⁷²) qui excédait 20 % est assujettie à une règle transitoire. En général, cette règle lui permet de reporter jusqu'à 20 ans l'année à laquelle l'augmentation nette sera attribuée au pourcentage de dessaisissement. En d'autres mots, la fondation profitera d'un délai beaucoup plus long pour se dessaisir de sa participation excédentaire sans qu'aucune pénalité en vertu de la Partie V L.I.R. ne s'applique. La pénalité est discutée plus loin dans le présent texte.

En vertu de la règle transitoire, à compter de la première année d'imposition qui commence après le 18 mars 2007, toute fondation privée doit indiquer dans sa déclaration de renseignements tout pourcentage de participation initiale quant à une catégorie d'actions donnée⁷³. Toujours à compter de cette première année, la fondation privée doit réduire son pourcentage de participation initiale par tranche de 20 % dans les délais prévus jusqu'à ce qu'il soit égal ou inférieur au plus élevé des pourcentages suivants :

- i) 20 % du nombre total d'actions émises et en circulation de la catégorie; et
- ii) le pourcentage d'actions visées par une stipulation et qui sont détenues par la fondation à la fin de l'année d'imposition⁷⁴.

Plus précisément, pour les cinq premières années d'imposition commençant après le 18 mars 2007, le pourcentage de participation excédentaire se calculera non pas en référence au seuil de 20 % qui s'applique en vertu des règles générales, mais plutôt en référence au pourcentage de participation initiale (c'est-à-dire le pourcentage de participation totale de la fondation privée relativement à une catégorie donnée au 18 mars 2007). Ainsi, au cours de cette première période de cinq ans, il n'y aura aucune obligation de dessaisissement quant aux actions détenues au 18 mars 2007. À la fin de chacune des trois périodes subséquentes de cinq ans, ce seuil basé sur le pourcentage de

⁷² Par. 149.1(1) « pourcentage de participation initiale » L.I.R.

⁷³ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 55, p. 8. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T2081, « Feuille de travail sur la participation excédentaire des fondations privées », partie I, section B.

⁷⁴ Par. 149.1(1) « pourcentage de participation excédentaire » et par. 149.2(8) L.I.R.

participation initiale est réduit de 20 % jusqu'à ce qu'il atteigne 20 %. Cela peut parfois entraîner une augmentation nette, pour l'année d'imposition suivante de la fondation, du pourcentage de participation excédentaire sans qu'aucune action ait été acquise, rachetée ou annulée. Cette augmentation nette est attribuée au pourcentage de dessaisissement de l'année subséquente⁷⁵.

Pour chacune des années d'imposition visées par la règle transitoire, le seuil ne peut pas être supérieur au pourcentage de participation totale à la fin de l'année d'imposition précédente.

Exemple⁷⁶

Au 18 mars 2007, une fondation privée détenait 60 % des actions de catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc. Aucune personne intéressée ne détient d'actions de cette société. La fin d'année de la fondation est le 31 décembre.

Le seuil à partir duquel est calculé le pourcentage de participation excédentaire de la fondation pour les années d'imposition 2008 à 2012 est de 60 % (soit le pourcentage de participation initiale de la fondation) en vertu des alinéas 149.2(8)a) et b) L.I.R. Au cours de ces années, la fondation ne s'est départie d'aucune action. En 2013, le seuil est passé de 60 % à 40 % en vertu de l'alinéa 149.2(8)c) L.I.R. Au 31 décembre 2013, la fondation ne s'est toujours pas départie d'actions de catégorie A. Son pourcentage de participation excédentaire a donc subi une augmentation nette de 20 % (soit 20 % au 31 décembre 2013 moins 0 % au 31 décembre 2012)⁷⁷. Cette augmentation nette est attribuée au pourcentage de dessaisissement de la fondation pour l'année 2014 en vertu de l'alinéa 149.2(5)d) L.I.R. Si la fondation ne se dessaisit pas des actions excédentaires avant le 31 décembre 2014, elle sera passible de la pénalité prévue à la Partie V L.I.R.

Dans le cas où une fondation privée a réduit au cours d'une année sa participation totale, qui inclut les participations notables des personnes intéressées à 20 % ou moins, la règle transitoire cesse d'avoir effet. Quant aux dons et acquisitions d'actions qui ont lieu pendant la période de transition, ceux-

⁷⁵ Al. 149.2(5)d) L.I.R.

⁷⁶ Cet exemple est inspiré de celui des notes explicatives du paragraphe 149.2(8) L.I.R.; CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 14, p. 272.

⁷⁷ Par. 149.2(3) L.I.R.

ci seront assujettis immédiatement au régime général. De plus, la règle transitoire n'accorde pas d'allégement quant aux obligations relatives à la communication de renseignements, tel qu'il sera discuté dans la prochaine section⁷⁸.

Exemple⁷⁹

Au 18 mars 2007, une fondation privée détenait 40 % des actions de catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc. Une personne intéressée détenait quant à elle 45 % des actions de catégorie A. La fondation a une fin d'année au 31 décembre.

Le pourcentage de participation initiale de la fondation est de 85 % (soit 40 % plus 45 %)⁸⁰. En vertu du régime général, la fondation aurait eu un pourcentage excédentaire de 65 % (soit 85 % moins 20 %). Or, dans ce cas-ci, c'est plutôt la règle transitoire qui s'applique, puisque les actions étaient détenues par la fondation et une personne intéressée au 18 mars 2007.

La règle transitoire prévue au paragraphe 149.2(8) L.I.R. ainsi que le concept de « pourcentage de dessaisissement » au paragraphe 149.1(1) L.I.R. exigent que la fondation ramène son pourcentage de participation totale aux seuils et dans les délais suivants si elle veut éviter d'être assujettie à une pénalité :

- i) 65 % avant le 31 décembre 2014;
- ii) 45 % avant le 31 décembre 2019;
- iii) 25 % avant le 31 décembre 2024;
- iv) 20 % avant le 31 décembre 2029.

Pour ce faire, la fondation (ou la personne intéressée) doit se départir des actions excédentaires détenues au 18 mars 2007 dans les délais mentionnés ci-

⁷⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 55, p. 7 et CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives, op. cit.*, note 14, p. 271.

⁷⁹ Cet exemple est inspiré de celui des notes explicatives du paragraphe 149.2(8) L.I.R.; CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 14, p. 272.

⁸⁰ Par. 149.1(1) « pourcentage de participation initiale » L.I.R.

dessus ou plus rapidement. La fondation peut également ramener sa participation à 2 % ou moins en tout temps afin de s'exclure du régime sur la participation excédentaire des fondations privées.

Au cours de l'année 2012, la fondation a reçu par voie de don les 15 % d'actions de catégorie A détenues par des personnes non intéressées. La fondation a donc vu son pourcentage de participation totale quant à la catégorie A augmenter à 100 %. En vertu de l'alinéa 149.2(5)c) L.I.R., cette augmentation nette de 15 % du pourcentage de participation excédentaire de la fondation est attribuée à son pourcentage de dessaisissement pour l'année 2014, soit la deuxième année d'imposition suivante, puisque l'augmentation est attribuable à des dons faits par des personnes non intéressées. La fondation a donc jusqu'au 31 décembre 2014 pour se départir de 15 % des actions de catégorie A. Cette obligation de dessaisissement s'ajoute à celle prévue par la règle transitoire qui exige qu'elle doit se départir de 20 % de ses actions de catégorie A avant le 31 décembre 2014.

1.2.2.6. Communication de renseignements et concept d'opération importante

Si une fondation privée se situe dans le deuxième ou troisième palier, c'est-à-dire le palier de surveillance ou le palier de dessaisissement, elle doit communiquer certains renseignements relatifs à ses participations excédentaires par l'entremise de sa déclaration de renseignements annuelle en y joignant le nouveau Formulaire T2081 « Feuille de travail sur la participation excédentaire des fondations privées ». Ce formulaire doit être rempli pour les années d'imposition des fondations privées qui commencent après le 18 mars 2007. Certains de ces renseignements seront par la suite rendus publics par l'ARC par l'entremise de son site Internet à l'instar d'autres renseignements déjà divulgués dans la déclaration tels que les états financiers, le montant des dons reçus et les activités de bienfaisance entreprises par la fondation⁸¹.

Plus précisément, la fondation privée doit divulguer sur le formulaire le pourcentage des actions en circulation de chaque catégorie du capital-actions d'une société qu'elle ou que des personnes intéressées détenaient à la fin de l'année d'imposition, mais seulement si la fondation a détenu à quelque moment que ce soit au cours de l'année d'imposition plus de 2 % des actions en circulation d'une catégorie donnée de cette société, c'est-à-dire si la fondation a eu plus qu'une participation négligeable quant à une catégorie au cours de

⁸¹ Al. 149.1(15)c) L.I.R.

l'année⁸². La raison sociale de la société dont les actions sont détenues, le nombre total d'actions émises et en circulation de la catégorie ainsi que la JVM par action à la fin de l'année d'imposition doivent également être dévoilés⁸³. Quant aux participations des personnes intéressées, seul le total de leurs participations notables doit être communiqué, les noms des actionnaires et leurs participations individuelles n'ayant pas à faire l'objet d'une divulgation⁸⁴.

Opération importante

Les opérations importantes survenues au cours d'une année d'imposition d'une fondation privée relativement à une catégorie d'actions dans laquelle la fondation détenait plus qu'une participation négligeable à quelque moment que ce soit au cours de l'année doivent également être divulguées⁸⁵. Une opération importante est définie comme une opération ou une série d'opérations ou d'événements menée par une fondation privée ou une personne intéressée qui a entraîné l'acquisition ou la disposition d'actions d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société pour une JVM totale supérieure au moins élevé des montants suivants : i) 100 000 \$ et ii) 0,5 % de la JVM totale de toutes les actions émises et en circulation de la catégorie⁸⁶.

Une règle antiévitement spécifique est prévue afin de recaractériser en opération importante toute opération ou série d'opérations entreprise par une fondation privée ou une personne intéressée et dont il est raisonnable de considérer que l'un des objets consiste à éviter l'application de la définition d'« opération importante »⁸⁷.

⁸² *Id.*

⁸³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T2081, *op. cit.*, note 73, partie I, section A. Pour certaines participations dans des sociétés privées, il est fort probable que la JVM par action ne soit pas déterminée annuellement. Obtenir la JVM de ces actions pour les fondations privées demandera très certainement des efforts considérables en temps et en argent. D'autant plus que l'information ne sera pas toujours facilement accessible.

⁸⁴ Al. 149.1(15)c) L.I.R. et CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives*, *op. cit.*, note 14, pp. 267-268.

⁸⁵ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives*, *op. cit.*, note 14, pp. 267-268. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, Formulaire T2081, *op. cit.*, note 73, partie II.

⁸⁶ Par. 149.1(1) « opération importante » L.I.R.

⁸⁷ Par. 149.2(2) L.I.R.

1.2.2.7. Pénalités et révocation de l'enregistrement

La fondation qui commet certains actes visés à la Partie V L.I.R. est passible d'une pénalité dont le montant varie en fonction de l'acte. La plupart des pénalités prévues à la Partie V L.I.R. ont été proposées lors du budget du 23 mars 2004 et adoptées par le Parlement en réponse aux critiques du milieu bénévole canadien qui insistait sur une solution de rechange à la révocation de l'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance en cas de non-respect des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visant les organismes de bienfaisance⁸⁸.

La nouvelle pénalité ajoutée dans le cadre de l'introduction du nouveau régime adopté par le Parlement à la suite du budget du 19 mars 2007 s'applique lorsqu'une fondation privée a, à la fin d'une année d'imposition, un pourcentage de dessaisissement pour cette année à l'égard d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société. La pénalité est égale à 5 % du produit de son pourcentage de dessaisissement pour l'année, relativement à la catégorie, par la JVM totale des actions émises et en circulation de cette catégorie⁸⁹.

Exemple

Pour l'année d'imposition se terminant le 31 décembre 2010, une fondation privée a un pourcentage de dessaisissement de 40 % quant à la catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc. La JVM de toutes les actions émises et en circulation de catégorie A est de 300 000 \$. Puisque la fondation n'a pas de diminution nette de son pourcentage de participation excédentaire à attribuer au pourcentage de dessaisissement pour cette année d'imposition, elle sera assujettie à une pénalité de 6 000 \$ (soit $5 \% \times 40 \% \times 300\,000 \$$).

Bien que la fondation assujettie à cette nouvelle pénalité doive payer celle-ci une fois qu'elle aura été établie par l'ARC, l'intérêt sur la dette fiscale ne commence pas à courir avant la fin de la période d'un an commençant immédiatement après l'établissement de la première cotisation concernant cette dette⁹⁰. De plus, lorsque la pénalité est supérieure à 1 000 \$, la fondation peut

⁸⁸ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2004*, 30 mars 2004, « Annexe 9 – Mesures fiscales : renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens », pp. 378-385. Ces mesures ont été proposées dans le Projet de loi C-33, L.C. 2005, c. 19, sanctionné le 25 février 2005, art. 42-45.

⁸⁹ Par. 188.1(3.1) L.I.R.

⁹⁰ Par. 189(5) et 189(9) L.I.R.

transférer à des donataires admissibles un montant égal à cette pénalité afin de s'acquitter de celle-ci⁹¹.

S'il y a récidive dans un délai de cinq ans, la pénalité doublera⁹².

Une pénalité de 10 % sera également imposée dans le cas où la fondation omet d'indiquer dans sa déclaration pour l'année l'un des éléments suivants :

- i) une opération importante effectuée au cours de l'année relativement à une catégorie d'actions;
- ii) le pourcentage de sa participation totale relativement à une catégorie d'actions à la fin de l'année, sauf si elle n'a détenu tout au long de l'année qu'une participation négligeable (2 % ou moins) relativement à la participation;
- iii) une participation notable que détient à la fin de l'année une personne intéressée⁹³.

Règle spécifique antiévitement

Une disposition antiévitement spécifique empêche qu'une fondation privée ou une personne intéressée prenne part à une opération ou à une série d'opérations :

- i) qui a eu pour résultat la détention directe ou indirecte par la fondation, ou par une personne intéressée, d'un intérêt ou un droit dans une société qui n'est pas sous forme d'actions; et
- ii) qu'il est raisonnable de considérer que l'un des objets de cette opération ou de cette série d'opérations consiste à éviter que la fondation ait un pourcentage de dessaisissement sur lequel est basée la pénalité, en remplaçant les actions de la catégorie par cet intérêt ou ce droit.

L'effet de cette disposition antiévitement est d'ignorer la véritable nature de ces intérêts ou droits et de considérer que chacun de ceux-ci a été converti en un

⁹¹ Par. 189(6.3) L.I.R.

⁹² S.-al. 188.1(3.1)b)(ii) L.I.R.

⁹³ S.-al. 188.1(3.1)b)(i) L.I.R.

nombre d'actions dont la valeur égale celle de l'intérêt ou du droit visé aux fins du calcul des différents pourcentages et pénalités prévus par le nouveau régime⁹⁴.

Révocation de l'enregistrement

De plus, une fondation privée qui n'a pas réduit son pourcentage de dessaisissement à 0 % pour une année d'imposition donnée pourra voir son enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance révoqué par le ministre⁹⁵. Il semble toutefois que cette mesure ne vise que les récidives⁹⁶. Cette nouvelle règle remplace l'alinéa 149.1(4)c) L.I.R. qui prévoyait que le ministre pouvait révoquer l'enregistrement d'une fondation privée dans le cas où elle acquérait le contrôle d'une société. Cette disposition n'est plus nécessaire, puisque le nouveau régime l'a remplacée par des règles plus complexes visant les participations excédentaires des fondations privées. Toutefois, il faut mentionner que cet alinéa continuera de s'appliquer dans son ancienne version pour les fondations privées qui seront assujetties à la règle transitoire mentionnée ci-dessus tant que leur transition ne sera pas complétée⁹⁷.

La pénalité et la règle spécifique antiévitement mentionnée ci-dessus sont applicables à compter de la date de sanction du Projet de loi C-28, soit le 14 décembre 2007.

⁹⁴ Par. 188.1(3.2) L.I.R.

⁹⁵ Al. 149.1(4)c) L.I.R.

⁹⁶ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 1, p. 424.

⁹⁷ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives, op. cit.*, note 14, p. 267.

1.3. MODIFICATIONS ET AJOUTS APPORTÉS PAR LE BUDGET FÉDÉRAL DU 26 FÉVRIER 2008⁹⁸

1.3.1. Allégement concernant les actions non cotées à la Bourse détenues au 18 mars 2007

Il est proposé dans le budget fédéral du 26 février 2008 d'accorder un allégement relatif aux actions non cotées en Bourse détenues par une fondation privée le 18 mars 2007 similaire à celui offert aux actions visées par une stipulation de conservation. Cette mesure tient compte d'une réalité reliée aux actions de sociétés privées : ces actions n'ont souvent aucun marché. Il est alors difficile d'exiger qu'une fondation s'en dessaisisse dans un laps de temps restreint si les acheteurs sont difficiles, voire impossibles à trouver⁹⁹.

Plus précisément, aux fins du calcul de l'obligation de dessaisissement d'une fondation privée, les actions non cotées en Bourse que la fondation possédait au 18 mars 2007 seront exclues. Ces actions sont appelées « actions exonérées ». Toutefois, une action ne sera pas une action exonérée si toutes les conditions suivantes sont remplies :

- i) la fondation détenait, indirectement par l'entremise de cette action d'une société qu'elle possédait, une participation dans les actions cotées en Bourse d'une catégorie donnée d'une autre société;
- ii) cette participation indirecte est détenue par l'entremise d'une société contrôlée par la fondation et/ou une personne intéressée et/ou un groupe de personnes intéressées (ci-après « société contrôlée »);
- iii) si ces actions cotées en Bourse appartenaient à la fondation, cette dernière et des personnes intéressées détiendraient plus de 20 % de ces actions; et

⁹⁸ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 6, « Annexe 4 : Mesures fiscales : renseignements supplémentaires et avis de motion de voies et moyens », pp. 306-311. L'Avis de motion de voies et moyens joint au plan budgétaire ne propose pas de changement précis de la législation fiscale actuelle. Il est seulement précisé à l'article 4 de l'Avis de motion de voies et moyens que « les dispositions de la loi concernant les actions de sociétés dont les fondations privées sont propriétaires seront modifiées conformément aux propositions énoncées dans les documents budgétaires déposés à la Chambre des communes par le ministre des Finances le 26 février 2008 ». Aucun projet de loi comprenant ces mesures n'a été déposé en date de la rédaction du présent texte.

⁹⁹ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 6, p. 307.

iv) la fondation, de concert avec toutes les sociétés contrôlées, détient plus de 2 % de ces actions cotées en Bourse¹⁰⁰.

Le fait qu'une action devienne exonérée ou cesse de l'être au cours d'une année n'aura pas pour conséquence de modifier les obligations de dessaisissement de la fondation pour toute année d'imposition antérieure. Une action qui cesse d'être exonérée sera plutôt assujettie à la règle transitoire pour les années d'imposition de la fondation qui se terminent après la date à laquelle l'action a cessé d'être exonérée. L'action pourra redevenir une action exonérée si elle remplit à nouveau les conditions décrites ci-dessus¹⁰¹.

Ainsi, si une fondation détient des actions non exonérées, il pourra en découler une obligation de dessaisissement. Bien qu'une société contrôlée ne soit jamais tenue de se départir d'actions pour que la fondation remplisse ses obligations de dessaisissement, elle pourrait quand même choisir de se dessaisir d'actions non exonérées afin que la fondation s'acquitte de ses obligations¹⁰².

Finalement, tout comme les actions visées par une stipulation, les actions exonérées que détient une fondation privée seront prises en compte dans le calcul de la participation totale et excédentaire dans une société. Toutefois, aucune obligation de dessaisissement n'existera quant à ces actions tant qu'elles seront exonérées. Si une fondation se dessaisit d'actions exonérées, elle ne pourra « transférer » l'exonération dont elle profitait sur ces actions sur de nouvelles actions (sous réserve des règles sur les actions de remplacement décrites ci-dessous). De plus, si une fondation possède à la fois des actions exonérées et des actions non exonérées de la même catégorie et qu'elle dispose d'actions de cette catégorie, elle sera réputée avoir d'abord disposé des actions non exonérées¹⁰³.

Cette modification, si elle est adoptée, s'appliquera aux années d'imposition des fondations privées qui commencent après le 18 mars 2007.

¹⁰⁰ *Id.*, pp. 307-308.

¹⁰¹ *Id.*, p. 308.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

1.3.2. Actions de remplacement

Le budget du 27 février 2008 prévoit également que le concept des « actions de remplacement » soit importé au nouveau régime s'appliquant à la participation excédentaire des fondations privées. Une action de remplacement est généralement une action acquise en échange d'une autre action dans le cadre de transactions visées par l'article 51, le sous-alinéa 85.1(1)a)(i), l'article 86 ou l'article 87 L.I.R.

Les actions de remplacement seront considérées comme les mêmes actions que celles pour lesquelles elles ont été échangées aux fins :

- i) de déterminer si les actions sont des actions exonérées ou des actions visées par une stipulation; et
- ii) de déterminer les obligations de dessaisissement de la fondation, y compris celles qui se rapportent à la règle transitoire¹⁰⁴.

Cette modification, si elle est adoptée, s'appliquera aux années d'imposition des fondations privées qui commencent après le 18 mars 2007.

1.3.3. Actions visées par une stipulation et obligation de dessaisissement

Le budget fédéral du 26 février 2008 propose qu'il soit précisé clairement dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qu'il n'y a aucune obligation de dessaisissement pour une fondation privée quant à des actions visées par une stipulation, au sens du paragraphe 149.1(1) L.I.R. Le gouvernement veut ainsi s'assurer que l'obligation de dessaisissement est imposée à la fondation et non aux personnes intéressées. En effet, les règles actuelles pourraient faire en sorte de créer une obligation de dessaisissement pour une fondation à laquelle elle ne peut pas satisfaire étant donné que les actions qu'elle détient sont des actions visées par une stipulation de conservation. Pour satisfaire l'obligation de dessaisissement de la fondation, une personne intéressée devrait par conséquent se départir d'actions¹⁰⁵.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 310.

¹⁰⁵ *Id.*

Exemple

Une fondation détient 15 % d'actions de catégorie A de la société Bonnes Œuvres inc. Ces actions sont visées par une stipulation de conservation. Une personne intéressée quant à la fondation détient une participation notable dans cette catégorie de 10 %. Le pourcentage de participation totale de la fondation est de 25 % et son pourcentage de participation excédentaire est de 5 % (soit 25 % moins le plus élevé : i) de 20 % et ii) du pourcentage d'actions de la catégorie visées par une stipulation de conservation, soit 15 %)¹⁰⁶. En vertu des règles actuelles, la fondation a un pourcentage de dessaisissement de 5 %. Or, elle ne peut respecter son obligation de dessaisissement, puisque les actions qu'elle détient font l'objet d'une stipulation de conservation. Ce serait donc la personne intéressée qui devrait se départir de 5 % de ses actions. Le budget propose donc de clarifier les règles actuelles pour qu'il n'y ait pas d'obligation de dessaisissement en pareille situation.

Cette modification, si elle est adoptée, s'appliquera aux années d'imposition des fondations privées qui commencent après le 18 mars 2007.

1.3.4. Actions détenues par l'intermédiaire de fiducies au 18 mars 2007

De nouvelles règles sont proposées dans le budget du 27 février 2008, qui auront pour effet d'attribuer à une fondation privée, les actions détenues par une fiducie le 18 mars 2007 lorsque certaines conditions sont remplies.

Ces nouvelles règles s'appliqueront seulement aux fins de l'application de la règle transitoire et de l'exonération des actions non cotées en Bourse. Elles prévoient qu'une fondation sera réputée détenir les actions détenues par une fiducie au 18 mars 2007 en proportion de la valeur de la participation de la fondation dans la fiducie si la fondation est dans l'une des situations suivantes :

- i) la fondation est l'unique fiduciaire;
- ii) la fondation est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire¹⁰⁷ et la fondation et des personnes intéressées forment la majorité des fiduciaires¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Par. 149.1(1) « pourcentage de participation excédentaire » L.I.R.

¹⁰⁷ Tel qu'il est défini au paragraphe 251.1(3) L.I.R.

¹⁰⁸ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 6, p. 309.

Aux fins de ces règles, l'établissement des obligations de dessaisissement d'une fondation privée tiendra compte des termes et conditions en vertu desquels la fiducie détient ces actions. Par exemple, si les actions détenues par la fiducie sont visées par une stipulation de conservation qui en interdit le dessaisissement, ces actions n'auront pas pour conséquence d'imposer une obligation de dessaisissement pour la fondation¹⁰⁹.

Si la fondation se retrouve avec une participation excédentaire à cause de cette règle, elle devra disposer de son droit de bénéficiaire dans la fiducie. La fiducie pourra aussi se dessaisir des actions excédentaires.

Cette modification, si elle est adoptée, s'appliquera aux obligations de dessaisissement des fondations privées pour les années d'imposition commençant après le 25 février 2008¹¹⁰.

1.3.5. Opération d'évitement impliquant des fiducies

Finalement, il est prévu dans le budget fédéral du 26 février 2008 d'étendre les dispositions antiévitement déjà prévues par le nouveau régime s'appliquant à la participation excédentaire des fondations privées à certaines opérations impliquant des fiducies.

Ainsi, une règle spécifique antiévitement s'applique s'il est raisonnable de considérer que l'une des raisons de l'établissement d'une fiducie est de détenir ou d'acquérir des actions ou d'autres droits dans une société qui, s'ils appartenaient à un bénéficiaire de la fiducie qui est soit une fondation privée, soit une personne intéressée quant à cette fondation, engendreraient une obligation de dessaisissement pour la fondation. Dans cette situation, l'effet de cette règle sera de réputer que la fondation ou la personne intéressée détient des actions de la société pour une valeur correspondant à sa participation indirecte. En conséquence, si la fondation se retrouve avec une participation excédentaire à cause de cette disposition antiévitement, elle (ou une personne intéressée) devra disposer de son droit de bénéficiaire dans la fiducie. La fiducie pourra aussi se dessaisir des actions excédentaires.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*

Cette règle spécifique antiévitement, si elle est adoptée, s'appliquera aux obligations de dessaisissement des fondations privées pour les années d'imposition commençant après le 25 février 2008¹¹¹.

CONCLUSION

Le nouveau régime s'appliquant aux participations excédentaires des fondations privées a haussé les exigences pour les fondations privées en matière d'observation fiscale en les obligeant à exercer une surveillance et à faire rapport de leurs participations excédentaires ainsi que de celles des personnes avec lesquelles elles ont un lien de dépendance.

Alors que ce nouveau régime repose sur un concept simple, c'est-à-dire que tout pourcentage de participation excédentaire d'une fondation privée à l'égard d'une catégorie d'actions donne lieu à un pourcentage de dessaisissement relativement à cette même catégorie, le fonctionnement du régime est loin d'être simple. Les règles visant à déterminer si le pourcentage de participation excédentaire d'une fondation a subi une augmentation nette ou une diminution nette ainsi que celles prévoyant l'attribution de cette augmentation ou de cette diminution aux pourcentages de dessaisissement sont complexes et demandent un suivi minutieux.

De plus, le régime a une portée beaucoup plus large que celle de l'exonération des gains en capital et des avantages liés à l'emploi qui découlent de l'exercice d'une option à l'égard des dons de titres cotés en Bourse, puisqu'il vise les placements excédentaires des fondations privées dans des titres de sociétés publiques **et** privées. Il vise également les titres reçus par voie de donation avant l'entrée en vigueur de l'exonération pour gain en capital et ceux acquis sans qu'un reçu officiel soit émis. Cette portée élargie démontre une méfiance certaine de la part du ministère des Finances envers les fondations privées¹¹². Le ministre a mentionné à quelques reprises que la raison pour laquelle cette exonération n'était pas disponible pour les dons faits à des fondations privées était la crainte que des conflits d'intérêts surgissent lorsque des actionnaires importants d'une société ont une influence sur la façon dont la participation de la fondation dans cette même société est gérée. Ce raisonnement est discutable. Pourquoi le fait de donner un titre coté à la Bourse à une fondation privée donnerait-il lieu à un conflit d'intérêts? Tel que le mentionnait un auteur, le gouvernement « craint peut-être que la fondation hésite à diversifier

¹¹¹ *Id.*, pp. 310-311.

¹¹² Voir à ce sujet A. B. C. DRACHE, *op. cit.*, note 38, pp. 7-11 et 7-12.

ses placements si les titres donnés ont été émis par une société liée à la famille qui contrôle la fondation » ou que des délits d'initiés soient plus fréquents¹¹³. Or, ces craintes, si elles sont fondées, ne devraient pas être dirigées uniquement sur les fondations privées, puisque les personnes qui contrôlent les organismes de bienfaisance publics peuvent également commettre des abus¹¹⁴.

Une autre raison paraît également avoir influé sur la mise en place du nouveau régime : la volonté du gouvernement de renforcer la confiance du public envers le secteur des organismes de bienfaisance, plus particulièrement envers la façon dont les dons faits aux fondations privées sont utilisés. En empêchant les fondations privées de détenir des participations excessives dans des sociétés publiques et privées et en les obligeant à divulguer des renseignements plus complets quant à ces participations, le gouvernement a probablement pour objectif d'accroître la confiance du public à l'endroit des organismes de bienfaisance, tout comme c'était l'objectif en 2004 lors de l'introduction de nouvelles pénalités pour les organismes de bienfaisance contrevenant à la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹¹⁵.

Il reste à voir comment les fondations privées et l'ARC s'ajusteront à l'introduction de ce nouveau régime, puisqu'il est à prévoir que l'administration de celui-ci sera complexe pour tous.

¹¹³ Charles C. GAGNON, « Les fondations privées : leurs particularités », dans *Colloque – Dons planifiés et fiscalité des organismes de bienfaisance*, 162, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 5:1-15, aux pages 5:10-11.

¹¹⁴ *Id.*, 5:12.

¹¹⁵ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 88, pp. 377 et suiv. Voir aussi l'article 188.1 L.I.R.

LA PROTECTION DES RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-RETRAITE/DES RENTES CONTRE LES CRÉANCIERS : OÙ EN SOMMES-NOUS?

ÉLYSE LEMAY, AVOCATE PRINCIPALE, MBA*
FINANCIÈRE SUN LIFE

PRÉCIS

Les sommes investies dans les régimes de retraite sont à l'abri des créanciers des employés participant à ces régimes. Cependant, la situation est différente en ce qui concerne les REÉR. Nous avons assisté dans les dernières années à plusieurs débats devant les tribunaux québécois entourant l'insaisissabilité des REÉR. Deux lois sont même venues à la rescousse des titulaires de REÉR et des institutions financières qui ont émis certains types de REÉR.

Dans le présent article, nous visons à expliquer les nuances qui s'imposent dans ce domaine complexe. Il est toutefois prévu que les modifications annoncées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* amènent un peu plus d'uniformité. Un tableau comparatif expliquant les distinctions relatives à la protection à l'égard des créanciers de chaque province paraît en annexe.

ABSTRACT

The money invested in pension plans is protected from the creditors of employees participating in these plans. However, the situation is different with respect to RRSPs. In the last few years, we have witnessed several debates before the Quebec courts surrounding the protection of RRSPs against creditors.

*

Les opinions exprimées dans le présent article sont celles de l'auteure et elles ne représentent pas nécessairement les opinions ou la position du groupe Financière Sun Life. Toute erreur ou inexactitude contenue dans l'article est imputable à l'auteure. Les lecteurs devraient consulter des conseillers professionnels avant de mettre en place ou d'adopter toute stratégie énoncée dans l'article ou autre mesure découlant des commentaires qui y sont formulés.

Two pieces of legislation even came to the rescue of RRSP holders and financial institutions which have issued certain types of RRSP.

This article aims to explain the nuances required in this complex field. However, it is anticipated that the changes announced by the *Bankruptcy and Insolvency Act* will bring a little more consistency. A comparative table explaining the distinctions relating to the protection against creditors in each province appears in the appendix.

TABLE DES MATIÈRES

1.	GÉNÉRALITÉS.....	251
2.	QU'EN EST-IL DES RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-RETRAITE INDIVIDUELS OU DE CEUX DITS « COLLECTIFS »?	253
2.1.	LE CONTRAT DOIT EN ÊTRE UN DE RENTE	253
2.2.	ET UN BÉNÉFICIAIRE « PRIVILÉGIÉ » DOIT AVOIR ÉTÉ DÉSIGNÉ.....	254
2.3.	OU L'EXISTENCE D'UNE FIDUCIE?	256
3.	MAIS QU'EST-CE QU'UNE RENTE?	257
4.	EXCEPTIONS ET PRÉCISIONS À L'ÉGARD DE L'INSAISSABILITÉ	262
5.	MODIFICATIONS À LA <i>LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ</i>	263
	CONCLUSION	264
	ANNEXE	266

1. GÉNÉRALITÉS¹

Pour certaines personnes prenant des risques financiers plus importants, notamment les entrepreneurs, protéger leurs actifs à l'encontre des créanciers est un objectif primordial dans l'élaboration d'une stratégie financière. Les petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») jouent un rôle important dans l'économie du Québec : plus de 96 % des entreprises du Québec comptent moins de 50 employés et près de 75 % d'entre elles en comptent moins de 5². Autre fait important à noter, le nombre de faillites est historiquement plus important au Québec que dans le reste du Canada³. Les entrepreneurs ont à cœur de protéger leur épargne, notamment l'épargne en vue de leur retraite.

Les sommes versées à un régime de retraite privé (appelé également régime de pension agréé ou régime complémentaire de retraite), ainsi que généralement les prestations qui en découlent bénéficient d'une protection à l'égard des créanciers⁴ de par les lois applicables en matière de régimes de retraite. Il faut dire aussi que les sommes versées aux régimes de retraite ou dans les produits pouvant recevoir ces sommes à la cessation de l'emploi⁵ sont, selon les lois

¹ Le présent article constitue une version mise à jour du texte d'une conférence donnée dans le cadre de : *Colloque – Fiducies, protection d'actifs et placements insaisissables*, 168, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 3:1-12.

² INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *La structure démographique du Québec 2005*.

³ FÉDÉRATION DES CHAMBRES DE COMMERCE DU QUÉBEC, « Les 8 axes prioritaires du développement », *L'indicateur 2006, Pour un Québec gagnant*, 2006.

⁴ *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1 (ci-après « L.R.C.R. »), art. 264. Notons par ailleurs que cet article ne s'applique pas aux régimes de retraite individuels qui ne sont pas enregistrés auprès de la Régie des rentes du Québec. Le paragraphe 553 7) du *Code de procédure civile* (L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »)) prévoit également l'insaisissabilité des cotisations et prestations au titre d'un régime complémentaire de retraite. Pour plus de détails sur l'insaisissabilité des régimes de retraite individuels et sur les régimes supplémentaires de retraite, voir Élyse LEMAY, « Panel sur le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Thibault* – Impacts sur la protection d'actifs et les régimes de retraite – Partie 2 », dans *Colloque – Les fiducies*, 147, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 2:1-9. Voir également la récente décision de la Cour d'appel : *Abitibi-Consolidated Inc. c. Doughan*, C.A. Montréal, n° 500-09-014822-043 (500-17-015973-038), 17 janvier 2008, jj. Beauregard, Morissette et Dufresne.

⁵ Par exemple, compte de retraite immobilisé (ci-après « CRI »)/fonds de revenu viager (ci-après « FRV »).

applicables en la matière⁶, généralement immobilisées, c'est-à-dire qu'aucun retrait n'est généralement permis jusqu'au moment de la retraite où une rente viagère ou une autre forme de revenu viager (tel un fonds de revenu viager) sera versée.

Or, les entrepreneurs n'ont généralement pas accès à un régime de retraite privé auquel cotise obligatoirement un employeur en raison de son administration plus complexe que, par exemple, le régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») et des coûts afférents. Aussi, les entrepreneurs vont privilégier généralement les produits qui leur permettront d'avoir accès à leur épargne dans les moments plus difficiles. Ils doivent donc se tourner vers les autres produits permettant les retraits et pouvant donner une certaine protection à l'égard des créanciers.

Il faut cependant savoir qu'en 2004, les règles du régime de retraite simplifié (ci-après « RRS ») introduit en 1994⁷ ont été modifiées afin que ce type de régime de retraite soit plus attrayant pour les PME. En effet, les cotisations salariales des employés peuvent être versées dans un compte « non immobilisé », c'est-à-dire que les retraits sont permis soit 1) en tout temps en cours d'emploi, soit 2) à la fin de l'emploi, au choix de l'employeur. Les cotisations de l'employeur (c'est-à-dire patronales) demeurent cependant immobilisées en tout temps, et ce, même après la cessation de l'emploi. Le RRS est administré par un établissement financier comme une compagnie d'assurance vie ou une société de fiducie et non par un comité de retraite. Ce type de régime de retraite devient donc plus simple à administrer pour l'employeur et plus flexible qu'un régime traditionnel de retraite. Les sommes versées dans ce régime sont insaisissables jusqu'à ce qu'elles sortent du régime, et cela même si les cotisations salariales peuvent, au choix de l'employeur, être encaissées en tout temps⁸.

⁶ Par exemple, au Québec l'article 58 L.R.C.R. ou, pour les régimes de juridiction fédérale, la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985), 2^e supp., c. 32.

⁷ *Règlement sur les régimes soustraits à l'application de certaines dispositions de la Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, R.R.Q., c. R-15.1, r.2, art. 8 à 19.

⁸ Élyse LEMAY, « Les régimes de retraite simplifiés », dans *Colloque – Mécanismes de retraite au 21^e siècle*, 155, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 2:1-25.

2. QU'EN EST-IL DES RÉGIMES ENREGISTRÉS D'ÉPARGNE-RETRAITE INDIVIDUELS OU DE CEUX DITS « COLLECTIFS »?

Au Québec, les REÉR ne sont pas assujettis aux lois en matière de régimes de retraite⁹ et ils ne sont donc pas, de ce seul fait, insaisissables comme le sont les régimes de retraite. Ces dernières années, certaines provinces (le Manitoba¹⁰, la Saskatchewan¹¹, Terre-Neuve¹² et l'Île-du-Prince-Édouard¹³) ont introduit des lois qui rendent insaisissables les sommes versées aux REÉR, aux fonds enregistrés de revenu de retraite (ci-après « FERR ») ainsi qu'aux régimes de participation différée aux bénéfices (ci-après « RPDB »), que le régime soit auprès d'un assureur, d'une banque ou d'une société de fiducie. Le Québec n'a pas adopté de telles lois sur l'insaisissabilité des REÉR et des FERR, et il faut plutôt regarder du côté du bien qui provisionne le régime (et du contrat) afin de voir si celui-ci peut bénéficier d'une quelconque protection à l'égard des créanciers.

Au Québec, pour que les sommes versées à ces régimes enregistrés deviennent insaisissables, le régime doit être provisionné par un contrat de rente et un bénéficiaire privilégié doit avoir été désigné. En fait, les contrats de rente sont régis en matière d'insaisissabilité par les règles applicables en assurance vie¹⁴.

2.1. LE CONTRAT DOIT EN ÊTRE UN DE RENTE

Les cotisations ou primes doivent avoir été versées à un contrat de rente, viagère ou à terme fixe, auprès d'une compagnie d'assurance vie ou à un contrat

⁹ Sauf en ce qui concerne les REÉR qui sont liés à un régime de retraite, par. 2 1) L.R.C.R.

¹⁰ *Loi sur la protection des régimes enregistrés d'épargne en vue de la retraite*, L.M. 2006, c. 29.

¹¹ *Loi portant insaisissabilité des régimes enregistrés (revenu de retraite)*, L.S. 2002, c. R13-01.

¹² *Act to Amend the Judgment Enforcement Act*, S.N.L., c. 44.

¹³ *Designation of Beneficiaries under Benefit Plans Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. D-9. En vertu de cette loi, pour que les sommes soient protégées, il faut qu'un bénéficiaire privilégié ait été désigné.

¹⁴ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2393.

de rente non viagère auprès d'une société de fiducie¹⁵. L'article 2367 C.c.Q. définit le contrat de rente comme suit :

« Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédirentier.

Le capital peut être constitué d'un bien immeuble ou meuble; s'il s'agit d'une somme d'argent, il peut être payé au comptant ou par versements. »

Nous verrons la rente plus en détail dans la prochaine section.

2.2. ET UN BÉNÉFICIAIRE « PRIVILÉGIÉ » DOIT AVOIR ÉTÉ DÉSIGNÉ¹⁶

Le titulaire du contrat ou, en matière de rente collective, le participant doit désigner un bénéficiaire à son décès, appartenant à l'une de ces catégories :

- son conjoint marié ou uni civilement. Contrairement aux lois sur les assurances des autres provinces, le *Code civil du Québec* ne permet pas à un conjoint de fait de se qualifier pour que le titulaire du contrat puisse bénéficier de l'insaisissabilité, ce qui est paradoxal compte tenu de la popularité de l'union de fait dans notre province. Notons par ailleurs que, dans l'affaire *Bagnoud (Syndic de)*¹⁷, la Cour supérieure a donné ouverture à la protection à l'égard des créanciers pour le conjoint de fait parce que, selon la Cour, le fait d'interpréter restrictivement à l'article 2457 C.c.Q. le mot « conjoint » comme n'incluant que le conjoint marié et non le conjoint de fait donnerait lieu à une discrimination fondée sur l'état civil selon la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁸. Dans la même affaire, la Cour d'appel¹⁹ n'a pas eu à analyser ce point. L'article 2475 C.c.Q. a été

¹⁵ Art. 2393, 2457 et 2458 C.c.Q.; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01 (ci-après « L.S.F.S.É. »), art. 178.

¹⁶ Art. 2457 et 2458 C.c.Q.

¹⁷ J.E. 2002-1432 (C.S.).

¹⁸ L.R.Q., c. C-12 et mod.

¹⁹ *Pierre Roy et Ass. inc. c. Bagnoud*, J.E. 2005-978 (C.A.) (ci-après « *Bagnoud* »). La décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, est intéressante, même si elle ne portait pas sur la charte québécoise. Il ressort de cette décision que le fait que la loi donne des droits différents aux gens mariés ne créerait pas de discrimination.

modifié par la suite pour clarifier le fait que le conjoint ouvrant droit à la protection à l'encontre des créanciers était l'époux ou le conjoint uni civilement (et non le conjoint de fait);

- un ascendant ou un descendant;
- un bénéficiaire irrévocable. Comme dans les autres provinces, le bénéficiaire irrévocable se qualifie comme bénéficiaire privilégié. Notons cependant une particularité du droit québécois : la désignation du conjoint marié ou uni civilement est irrévocable²⁰ à moins de stipulation contraire.

Une première précision s'impose quant à la désignation d'un bénéficiaire au Québec²¹. Un bénéficiaire qui recevra un bien au décès ne peut être désigné relativement à tout type de bien tel un compte de banque ou une voiture. Les donations applicables lors de notre mort ne peuvent se faire que dans le cadre du testament ou du contrat de mariage²². Lorsqu'il s'agit d'un contrat d'assurance ou de rente, il s'agit en fait de demandes à l'assureur (le débiteur) de verser le produit de l'assurance ou de la rente à un tiers, le bénéficiaire (c'est-à-dire une forme de stipulation pour autrui). La désignation de bénéficiaire au décès est spécifiquement permise en matière d'assurance et de rente en vertu du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur les assurances*²³ et, pour les régimes de retraite, en vertu de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*²⁴.

Précisons également que cette deuxième condition (désignation d'un bénéficiaire privilégié) pourrait ne pas s'avérer nécessaire dans tous les cas. Au Québec, le capital affecté au service de la rente est protégé en ce qui a trait à la somme nécessaire pour pourvoir aux besoins d'aliments²⁵, et ce,

²⁰ Art. 2449 C.c.Q.

²¹ Les autres provinces ont des lois permettant la désignation de bénéficiaire dans les REÉR et les FERR.

²² Art. 1819 C.c.Q. Pour une analyse intéressante, voir Michel BIBEAU, « Quelques points sur les désignations de bénéficiaires », (2006), vol. 11, n° 1 *Stratège* 29-34.

²³ L.R.Q., c. A-32 et mod.

²⁴ Art. 2445 C.c.Q.; voir aussi *Loi sur les assurances*, art. 33.5; art. 64 L.R.C.R. Notons que dans la décision *Deschênes c. Gagné*, J.E. 2007-412 (C.A.) (ci-après « *Deschênes* »), la Cour d'appel donne une interprétation plus large de la stipulation pour autrui au décès dans le cadre d'un FERR qui n'était pas un contrat de rente.

²⁵ Art. 2378 C.c.Q.; voir Paul-Émile BILODEAU, « L'insaisissabilité et la compensation tant en matière civile qu'en matière de faillite », dans *Formation permanente Barreau du Québec, Développements récents en droit de la faillite*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, (à suivre...)

indépendamment du bénéficiaire désigné. Cet article a été invoqué dans la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *SMRQ c. Fercal*²⁶. Notons qu'il s'agissait dans ce cas d'une rente en cours de paiement.

2.3. OU L'EXISTENCE D'UNE FIDUCIE?

Il existerait au Québec une autre avenue permettant l'insaisissabilité qui ne nécessiterait ni rente ni désignation d'un bénéficiaire : la constitution d'une fiducie entre vifs, ce qui est devenu possible depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil en 1994. La Cour suprême a analysé cette piste dans la décision *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*²⁷, décision charnière en matière de rentes au Québec, que nous verrons plus en détail dans la prochaine section. Dans cette affaire, la juge Deschamps a examiné le contrat en question, à savoir s'il pouvait être qualifié de fiducie en vertu du *Code civil du Québec*, donc de patrimoine distinct du constituant²⁸. Concluant dans ce cas particulier qu'il n'y avait pas de fiducie, la juge n'est pas allée plus loin sur cette question et n'a pas eu à analyser si, étant un patrimoine distinct, ce patrimoine devenait de ce fait insaisissable²⁹. Cette avenue a été davantage étudiée dans l'arrêt *Bagnoud* où la Cour d'appel a conclu que le REÉR établi auprès de la société de fiducie Les Services Investors ltée se qualifiait comme fiducie selon le *Code civil du Québec*, donc un patrimoine distinct à l'abri des créanciers, et ce, indépendamment du bénéficiaire désigné. Dans ce cas, notons par ailleurs que les sommes étaient immobilisées. Si le contrat avait comporté des droits de

(...suite)

2001, p. 24. Cependant, cette thèse n'a pas été testée autrement et beaucoup plus abondamment, autant par les auteurs que par les tribunaux pour ce qui est des rentes qui ne sont pas au stade de leur service.

²⁶ C.A. Québec, n° 200-09-004669-039 (200-05-016925-021), 20 janvier 2006, jj. Thibault, Rochette et Rayle.

²⁷ [2004] 1 R.C.S. 758 (ci-après « *Thibault* »).

²⁸ Art. 1260 C.c.Q.

²⁹ Voir à ce sujet Julie LORANGER et Diane BRUNEAU, « Panel sur le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Thibault* – La fiducie de droit civil à la lumière du jugement – Partie 1 », dans *Colloque – Les fiducies*, 147, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 1:1-23; voir également John B. CLAXTON, « Bill 136 of 2005 and Trust Company R.R.S.P.s; *Bank of Nova Scotia v. Thibault* Reexamined », (2005), 65 *Revue du Barreau* 179-204; « The Quebec R.R.S.P. and *Bank of Nova Scotia v. Thibault* », (2003), t. 63, n° 2 *Revue du Barreau* 255-286; « Droit commercial. Les fiducies et le REÉR; *Roy (Syndic) c. Bagnoud* », (2004), t. 64, n° 2 *Revue du Barreau* 457-466.

retraits, on peut présumer que ces droits auraient pu être saisis par un créancier ou un syndic. Par contre, si un contrat interdit les retraits, les créanciers ou le syndic à la faillite, qui ne peuvent avoir plus de droits que le titulaire du contrat, ne pourraient demander la valeur de rachat en lieu et place de leur débiteur par le biais d'une saisie. L'interdiction d'effectuer des retraits donnerait, en pratique, le même effet que l'insaisissabilité.

Avant d'aborder plus en détail la question de la rente, mentionnons que la fiducie devra remplir les exigences du droit civil en matière de fiducie³⁰ aux fins de la Loi de l'impôt sur le revenu pour ce qui est notamment des REÉR en fiducie régis par la loi du Québec (par opposition aux REÉR – rentes des assureurs par exemple), et ce, à partir de 2010.

3. MAIS QU'EST-CE QU'UNE RENTE?³¹

La rente en cours de paiement, appelée aussi rente en service, est la forme de rente la mieux connue. Plusieurs produits d'accumulation de capital sont par ailleurs offerts sous forme de rente dont les paiements sont différés : 1) les fonds distincts offerts en vertu d'un contrat de rente individuelle – avec la garantie d'au moins 75 % des primes après généralement 10 ans; 2) les fonds distincts offerts en vertu d'un contrat de rente collective; et 3) les fonds garantis des assureurs. À la date d'échéance du contrat (par exemple, 71 ans pour les contrats enregistrés), l'assureur s'engage à verser des paiements périodiques viagers (rente viagère). À ce moment, la rente commence à être servie, à moins que le titulaire ou participant n'ait repris le capital accumulé avant la date d'échéance. Tous ces produits peuvent être enregistrés comme REÉR ou FERR. Également, en matière collective, les contrats de rente collective souscrits par un

³⁰ *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, Projet de loi C-10 (adopté le 29 octobre 2007), 2^e session, 39^e législature (Canada), par. 248(3); voir sur le sujet Diane BRUNEAU, « Réflexions sur le nouvel alinéa 248(3)d L.I.R. et les véhicules de placement », dans *Colloque – Fiducies, protection d'actifs et placements insaisissables*, 168, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 3:1-19; voir également CRA Views, dans *Taxnet.pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 2005-0133321E5, 5 janvier 2007.

³¹ L'auteur du présent texte a traité de la rente dans les articles suivants : É. LEMAY, *loc. cit.*, note 4; « Testament et désignation de bénéficiaire – Produits d'assurance vie, rente, REÉR et régime de retraite : où en sommes-nous? », dans *Colloque – La planification successorale – Aspects juridiques et fiscaux*, 141, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 2:1-22; « Aspects légaux des contrats de REÉR chez les assureurs vie », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 45:1-30.

employeur ou un comité de retraite peuvent provisionner des régimes de retraite ou des RPDB. Selon les types de régimes, des droits de retraits (appelés également droits de rachat) peuvent être prévus au contrat.

Au Québec, pour qu'ils puissent se qualifier comme rente, ces produits doivent non seulement répondre aux critères mentionnés au *Code civil du Québec*, mais aussi à la *Loi sur les assurances*³², qui a été modifiée en 2005 par la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*³³. Une particularité de la loi au Québec réside dans le fait que ce ne sont pas que les contrats de rente des assureurs qui bénéficient de la protection à l'encontre des créanciers. Depuis 1987, ceux des sociétés de fiducie peuvent bénéficier de l'insaisissabilité et ces sociétés ont mis sur le marché des régimes enregistrés dits protégés ou insaisissables par le biais de rentes souvent capitalisées par des dépôts à terme ou, comme dans l'arrêt Thibault, par des valeurs mobilières. Dans les autres provinces, les contrats des sociétés de fiducie ne comportent pas de protection particulière (à moins d'être des REÉR ou des FERR au Manitoba, en Saskatchewan, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve-et-Labrador). L'insaisissabilité des rentes non viagères des sociétés de fiducie au Québec est prévue à l'article 178 L.S.F.S.E.³⁴ tel qu'il a été modifié par la Loi 136. L'article 178 L.S.F.S.E. importe les règles de désignation de bénéficiaire du *Code civil du Québec* en matière d'assurance vie.

La Loi 136 a été adoptée en décembre 2005 après plusieurs attaques de syndicats à la faillite et de créanciers auprès des tribunaux, surtout à partir du début des années 2000. La principale raison de contestation était la suivante : la possibilité d'effectuer des retraits prévue au contrat allait à l'encontre de la définition de la rente de l'article 2367 C.c.Q., qui exige que le capital de la rente doive avoir été aliéné au profit du débiteur de la rente (par exemple l'assureur). Une première intervention du législateur a eu lieu en 2002³⁵, mais cela n'a pas suffi à faire cesser les attaques envers les REÉR devant les tribunaux. Le point culminant du débat entourant l'insaisissabilité d'un contrat de rente a été certes la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Thibault*.

³² Art. 2367 C.c.Q.; *Loi sur les assurances*, art. 33.4 et 33.5.

³³ L.Q. 2005, c. 51 (ci-après « Loi 136 »).

³⁴ L'article 178 L.S.F.S.E. faisait auparavant référence à des « rentes à terme fixe ».

³⁵ *Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 70 (ci-après « Loi de 2002 »), art. 187.

Dans cette affaire, M. Thibault avait souscrit un REÉR autogéré dit « protégé » de Scotia McLeod auprès de la Société de fiducie de la Banque de Nouvelle-Écosse. M. Thibault avait également un emprunt en défaillance auprès de la Banque de Nouvelle-Écosse. Celle-ci décide de saisir le REÉR de M. Thibault auprès de sa société affiliée! La banque prétend que les sommes sont saisissables, M. Thibault ne s'étant pas défait de son capital (donc, pas d'aliénation du capital) puisqu'il est autorisé à effectuer des retraits. La Cour supérieure donne raison à la banque. Scotia porte le jugement en appel et soutient que le contrat peut être qualifié soit de rente, soit de fiducie et qu'il est donc insaisissable. La Cour d'appel confirme la décision de la Cour supérieure³⁶. Une première loi est alors adoptée (la Loi de 2002) avant que la Cour suprême entende la cause. Cette loi édicte principalement que les retraits totaux ou partiels n'empêchent pas un contrat de rente de se qualifier comme tel. Fait particulier de cette affaire en Cour suprême : la banque n'a pas contesté l'appel de sa société affiliée. La Cour suprême a plutôt désigné un *amicus curiae* pour soutenir les prétentions de la banque. En dépit de cette situation, la Cour suprême a décidé en faveur de la banque : le contrat n'était pas un contrat de rente en raison de l'absence d'aliénation du capital principalement parce que M. Thibault avait gardé le contrôle des sommes placées dans son REÉR...

Selon la Cour suprême dans l'arrêt *Thibault*, pour qu'un contrat soit qualifié de contrat de rente, les cinq conditions suivantes, tirées de l'article 2367 C.c.Q., doivent être remplies; il doit y avoir :

- 1) un débirentier;
- 2) un crédirentier;
- 3) une aliénation de capital;
- 4) une obligation de payer;
- 5) l'établissement d'un montant périodique déterminé dans le temps³⁷.

³⁶ [2001] R.J.Q. 2099 (C.A.).

³⁷ Voir l'analyse de Jean-François MICHAUD, « L'insaisissabilité de certains contrats émis par des assureurs : une mise à jour », dans *Formation permanente Barreau du Québec, Développements récents en droit des assurances*, vol. 222, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 119.

À la suite de l'arrêt *Thibault*, d'autres décisions ont été rendues dont principalement l'affaire *Bagnoud*, mentionnée antérieurement, où la Cour d'appel a conclu à l'absence de rente (mais à la présence d'une fiducie). Deux autres décisions devant la Cour supérieure (affaires *Gervais (Syndic de)* et *Bélanger c. Cie d'assurance Standard Life*) concernant des contrats de rente de deux assureurs ont donné des résultats diamétralement opposés³⁸.

Ayant comme objectif de dissiper les incertitudes à la suite de ces décisions des tribunaux, principalement l'arrêt *Thibault*, la Loi 136 contient des dispositions transitoires à portée rétroactive³⁹. En effet, tous les produits offerts à titre de contrat de rente par les assureurs et les sociétés de fiducie avant le 1^{er} mars 2006 se qualifient comme rente bien que toutes les conditions pour se qualifier comme contrat de rente puissent ne pas être présentes.

Par contre, si une procédure a été signifiée ou un jugement rendu avant le 6 décembre 2005 touchant un contrat offert à titre de rente alors que le contrat n'est pas conforme à l'article 2367 C.c.Q. et que le capital a été remis à un tiers, l'assureur ou la société de fiducie doit rétablir le capital accumulé aux termes du contrat⁴⁰ et rembourser les frais engagés.

La Loi 136 modifie la *Loi sur les assurances* et la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* en établissant que des choix de placements offerts par l'assureur ou la société de fiducie peuvent être prévus au contrat de rente sans entacher son statut⁴¹. Cela vient contrer l'argument soulevé par la juge Deschamps dans l'arrêt *Thibault* sur la notion de contrôle. La Loi 136 réitère le principe également énoncé dans la Loi de 2002 selon lequel une

³⁸ R.E.J.B. 2005-94731 (C.S.) (ci-après « *Gervais* »); J.E. 2006-1496 (C.S.) (ci-après « *Bélanger* »); *Castonguay (Syndic de)*, J.E. 2005-1623 (C.S.) (ci-après « *Castonguay* »), en appel. Sur les décisions *Gervais* et *Castonguay*, voir Nathalie BÉDARD, « L'épargne retraite : insaisissable ou non? », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 55:1-40; voir également Suzanne HARDY-LEMIEUX, révisé en avril 2007 par Geneviève FARIBAULT, *L'assurance de personnes au Québec*, Longueuil, Qué., Publications CCH, feuilles mobiles, par. 55-125.

³⁹ Loi 136, art. 7 et 8.

⁴⁰ Loi 136, art. 9 et 10. Des questions de nature fiscale sur le rétablissement de contrats qui étaient enregistrés comme REÉR ou FERR peuvent se poser. Voir la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans la cause *Patrice Beaudoin c. La Reine*, C.C.I. n° 2003-615 (IT) I, 24 septembre 2003, j. Angers.

⁴¹ *Loi sur les assurances*, art. 33.4; art. 178.1 L.S.F.S.É.

faculté de retrait total ou partiel du capital peut être stipulée dans un contrat de rente.

La Loi 136 vient également préciser dans la *Loi sur les assurances* et la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* que l'insaisissabilité est subordonnée à la désignation d'un bénéficiaire privilégié prévu au *Code civil du Québec* tel qu'il a été mentionné auparavant⁴². Cela vient dissiper une autre incertitude dont il était fait mention par la juge Deschamps dans l'arrêt *Thibault*.

Enfin, la cinquième condition mentionnée dans l'arrêt *Thibault* (l'établissement d'un montant périodique déterminé dans le temps) est clarifiée : le montant de la rente qui sera servie périodiquement doit être, au moment de la conclusion du contrat, sinon déterminé, du moins déterminable en fonction de variables et selon un mode de calcul indiqués au contrat⁴³.

Les assureurs et les sociétés de fiducie ont dû réviser leurs contrats de rente offerts à partir du 1^{er} mars 2006 afin de s'assurer qu'ils répondaient à cette exigence. Pour ce faire, certains comportent des taux minimums garantis et une table de mortalité. Ce taux correspond au montant minimum que l'assureur s'engage à verser. Le titulaire ou participant pourrait toujours bénéficier d'un taux plus élevé qui serait en vigueur au moment du service de la rente.

À notre connaissance, aucune décision depuis l'entrée en vigueur de la Loi 136 n'a analysé en détail les critères relatifs au contrat de rente. Les décisions ont plutôt interprété le cadre dans lequel un assureur ou une société de fiducie doit rétablir le contrat lorsque le capital accumulé a été remis au créancier saisissant⁴⁴ à la suite d'une procédure signifiée avant le 6 décembre 2005. La Loi 136 est toutefois brièvement mentionnée dans l'arrêt *Deschênes* de la Cour d'appel. Cette cause qui impliquait depuis plusieurs années la succession du défunt (les enfants du premier mariage) et sa deuxième conjointe dans le cadre de l'interprétation d'un testament ne traitait pas principalement de l'insaisissabilité. La Cour a toutefois jugé que le FERR établi auprès de la Société de Fiducie Computershare du Canada n'était pas une rente puisqu'il n'y avait aucune aliénation du capital en raison du fait que des retraits étaient

⁴² *Loi sur les assurances*, art. 33.5; art. 178 L.S.F.S.É.

⁴³ *Supra*, note 41.

⁴⁴ *Bélanger*, précité, note 38 : les deux conditions pour le rétablissement du contrat s'appliquent – le contrat n'était pas une rente et les fonds avaient été remis au syndic. *Re Guay (Syndic de)*, J.E. 2006-1696 (C.S.); *Neault (Syndic de)*, J.E. 2007-359 (C.S.) : la Cour a décidé que la faillite (survenue avant le 6 décembre 2005) n'était pas une procédure.

permis. Le juge explique que la Loi 136 ne changeait rien à la situation alors que cette loi prévoit pourtant que les retraits ne font pas échec au statut de la rente... Si le FERR établi auprès d'une société de fiducie n'est pas une rente au sens du *Code civil du Québec* et de la Loi 136, ce ne serait pas en raison des retraits permis par le contrat, mais plutôt en raison des autres composantes du contrat de FERR avec la société de fiducie en question...

Il est intéressant de savoir que les provinces de common law n'ont pas de tels critères : le contrat de rente est simplement un engagement de l'assureur de verser une rente. Dans les autres provinces, le débat sur l'insaisissabilité qui a surtout eu cours vers 1995 en ce qui concerne les produits de rente des assureurs⁴⁵ n'a pas eu la même portée qu'au Québec.

4. EXCEPTIONS ET PRÉCISIONS À L'ÉGARD DE L'INSAISSABILITÉ

L'insaisissabilité est exceptionnelle, le principe général étant que le patrimoine d'un débiteur est le gage commun de ses créanciers. On ne peut donc parler d'insaisissabilité sans parler d'exceptions, car l'insaisissabilité n'est jamais absolue.

La couronne fédérale (l'Agence du revenu du Canada par exemple) peut s'estimer non soumise aux règles d'insaisissabilité prévues par les lois provinciales⁴⁶.

En matière de faillite, le syndic a la saisine de tous les biens même ceux insaisissables, sauf qu'il ne peut toucher ces derniers pour rembourser les créanciers à moins que la désignation n'ait été faite en fraude des droits des créanciers⁴⁷.

Le conjoint marié ou uni civilement a droit, quant à lui, à la moitié de la valeur des REÉR et régimes de retraite dans le cadre du partage du patrimoine familial⁴⁸. Les sommes accumulées dans les régimes de retraite peuvent faire

⁴⁵ *Minister of National Revenue c. Anthony*, (1995) 32 C.B.R. (3^e) 109 (Nfld. S.C., C.A.); *Sikes, Re*, (1998) 156 D.L.R. (4^e) 105 (B.C.C.A.).

⁴⁶ *Sun Life Assurance Co. c. Young*, (1992) 4 W.W.R. 504.

⁴⁷ *Banque Royale du Canada c. La Nord-Américaine, compagnie d'assurance-vie et Balvir Singh Ramgotra*, [1996] 1 R.C.S. 325; *Graf c. Gagnon*, J.E. 97-550 (C.Q.).

⁴⁸ Il est possible que le produit soit protégé si le bénéficiaire qui n'est pas le conjoint est privilégié, par exemple l'enfant. L'exécution du partage est une créance et non un droit dans le bien.

l'objet de saisies par le conjoint qui se qualifie⁴⁹ dans le cadre d'un partage de régime de retraite ou de dettes alimentaires, le tout étant assujéti à une limite de 50 %⁵⁰.

Il faut savoir que les règles que nous venons de voir s'appliquent au capital accumulé au contrat de rente et qu'elles doivent être adaptées lorsque l'assureur ou la société de fiducie commence à servir la rente. Les versements de rente pourraient être saisis dès qu'ils sont payés au crédirentier⁵¹, sauf dans le cas des prestations provenant de régimes de retraite.

5. MODIFICATIONS À LA LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ⁵²

Certaines modifications à cette loi ont été sanctionnées le 14 décembre 2007, mais elles ne sont toujours pas encore entrées en vigueur⁵³, et on ne sait pas encore quand elles le seront. Il faut noter que depuis 2005, c'est le troisième projet de loi qui traite du sujet de l'insaisissabilité des REÉR en matière de faillite. Le premier projet de loi, C-55, a même été sanctionné en 2005, mais il n'est jamais entré en vigueur⁵⁴.

Selon le Projet de loi C-12, les biens détenus dans un REÉR, un FERR ou tout autre régime prescrit par règlement (on peut penser aux RPDB ou aux régimes enregistrés d'épargne-études), qu'ils soient émis par un assureur, une société de fiducie ou une banque, seraient protégés sauf les cotisations effectuées au cours des 12 derniers mois de la faillite. Aucune exigence de désignation d'un bénéficiaire particulier ne s'applique. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, qui est de compétence fédérale, prévoit expressément que les règles en matière d'insaisissabilité prévues par les lois provinciales peuvent être

⁴⁹ Le conjoint marié, uni civilement ou le conjoint de fait; art. 85 L.R.C.R.

⁵⁰ Art. 426 C.c.Q.; art. 553 C.p.c.

⁵¹ S. HARDY-LEMIEUX, *op. cit.*, note 38.

⁵² L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I. »).

⁵³ *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le Chapitre 47 des lois de 2005*, L.C. 2007, c. 36 (ci-après « Projet de loi C-12 »). Modifications à l'alinéa 67(1)b) L.F.I. Le Projet de loi C-12 remplace le Projet de loi C-62.

⁵⁴ *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, c. 47. Modifications à l'alinéa 67(1)b) L.F.I.

invoquées en matière de faillite et cette règle tient toujours selon le Projet de loi C-12. Notons que le Projet de loi C-55 était différent à cet égard.

Il était prévu selon, notamment, le rapport final publié par le Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle (GTIP) mis sur pied par le Bureau du surintendant des faillites du Canada en 2000 traitant du Projet de loi C-55⁵⁵, qu'il y aurait une limite maximale aux sommes pouvant bénéficier de l'insaisissabilité pour les REÉR et FERR. Aussi, il était fait référence à des exigences selon lesquelles les sommes protégées devraient être immobilisées. Cela n'a pas été repris dans le Projet de loi C-12 qui établit l'insaisissabilité des REÉR et des FERR sans autres conditions, à l'exception des cotisations effectuées dans les 12 mois précédant la faillite, qui, elles, peuvent être saisies par le syndic.

Pour ce qui est des REÉR et FERR au Québec, il s'ensuit que les règles que nous avons vues antérieurement sur l'insaisissabilité des contrats de rente au Québec ne trouveraient application que dans le cadre d'une saisie administrative ou judiciaire. Ces règles pourraient toutefois être invoquées aux fins de rendre insaisissables les cotisations effectuées au cours des 12 mois précédant la faillite. Il deviendra donc un peu plus complexe de répondre à la question de savoir si un REÉR, ou un autre produit d'épargne, est protégé à l'égard des créanciers. Des nuances devront être faites entre les REÉR et les autres types de régimes ainsi qu'entre les contextes de faillite ou de saisie.

CONCLUSION

Pendant plusieurs années, seuls les REÉR et les FERR émis par les assureurs vie pouvaient donner une protection à l'égard des créanciers. Au Québec, comme nous l'avons vu, les REÉR-rentes auprès des sociétés de fiducie peuvent également bénéficier de cette protection depuis 1987. Pour être insaisissable, un REÉR doit, au Québec, être conforme à certaines conditions (présence d'un contrat de rente, de bénéficiaires privilégiés ou constitution d'une fiducie sans droits de retraits).

Dans les dernières années, certaines provinces ont étendu la protection à l'égard des créanciers à tous les REÉR et FERR indépendamment de la

⁵⁵ CANADA, Bureau du surintendant des faillites, *Rapport du Groupe de travail sur l'insolvabilité personnelle*, Ottawa, 2 août 2002, pp. 20 et suiv.

désignation d'un bénéficiaire ou du fait qu'il s'agisse d'une rente⁵⁶. Les efforts pour protéger les entrepreneurs qui n'ont pas accès à un régime de retraite privé comme ceux visés par les lois de ces provinces ou par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* sont bienvenus. Avec cet amendement en matière de faillite, la question de l'insaisissabilité des REÉR au Québec risque de moins faire couler d'encre à l'avenir.

Les tableaux présentés en annexe du présent texte font état des particularités de chaque province selon l'état actuel du droit en matière de protection à l'égard des créanciers pour ce qui est des produits d'épargne. Dans notre société où les gens sont appelés à se déplacer davantage de province en province, il devient important pour les conseillers en la matière de connaître ces particularités. Il faut enfin user de prudence et ne jamais brandir l'insaisissabilité d'un produit comme une caractéristique de vente sans faire les réserves qui s'imposent.

⁵⁶ Le Manitoba, la Saskatchewan, Terre-Neuve, l'Île-du-Prince-Édouard aussi, mais dans ce cas le bénéficiaire désigné doit être privilégié; *supra*, notes 10, 11, 12, 13 et les tableaux en annexe.

ANNEXE

Protection à l'égard des créanciers⁵⁷

Catégorie ⁵⁸	Nouvelle-Écosse	Nouveau-Brunswick	Île-du-Prince-Édouard	Terre-Neuve-et-Labrador	Québec	Ontario	Manitoba	Saskatchewan	Alberta	Colombie-Britannique
Régime de retraite CRUIRY ⁵⁹ aussi les prestations	Oui	Oui	Oui ⁶⁰	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Tous les REER/FERR RPD (sommes accumulées)	Non	Non	Si bénéficiaire privilégié ⁶¹	Oui	Non	Non	Oui	Oui	Non	Non
Faillite seulement ⁶²	Oui ⁶³	Oui ⁶³	Oui ⁶³	Oui ⁶³	Oui ⁶³	Oui ⁶³	Oui ⁶³	Oui ⁶³	Oui ⁶³	Oui ⁶³
Remises/assurance auprès d'un assureur vie (valeur du contrat)	Si bénéficiaire privilégié	Si bénéficiaire privilégié	Si bénéficiaire privilégié	Si bénéficiaire privilégié	Si bénéficiaire privilégié	Si bénéficiaire privilégié	Si bénéficiaire privilégié	Si bénéficiaire privilégié	Si bénéficiaire privilégié	Si bénéficiaire privilégié
Remises auprès d'une société de fiducie (valeur du contrat)	Non	Non	Non	Non	Si bénéficiaire privilégié	Non	Non	Non	Non	Non
Fiducie du Code civil du Québec	s. o.	s. o.	s. o.	s. o.	Oui, si pas de droits de retrait ⁶³	s. o.	s. o.	s. o.	s. o.	s. o.

⁵⁷ Il y a des exceptions à l'insaisissabilité : saisies par la couronne fédérale, dettes alimentaires, partage du patrimoine, actes frauduleux en matière de faillite.

⁵⁸ Les catégories ne sont pas exclusives : un produit peut entrer dans une autre catégorie. Par exemple, un REER peut être protégé s'il est provisionné par une rente auprès d'un assureur.

⁵⁹ Sur les contributions volontaires dans certaines provinces.

⁶⁰ Il n'y a pas de lois sur les régimes de retraite, mais si le régime est immobilisé, le créancier ne peut avoir plus de droits. Aussi, si le bénéficiaire est « privilégié », le régime est protégé par la loi (*Designation of Beneficiaries under Benefit Plans Act*).

⁶¹ Par bénéficiaire privilégié, on entend : le conjoint marié et le conjoint de fait (sauf au Québec : conjoint marié/uniquement), l'enfant, le petit-enfant ou le parent (au Québec : ascendant/descendant) et le bénéficiaire irrevocable (au Québec : préemption d'irrevocabilité si conjoint marié/uniquement). En Alberta, on utilise l'expression « les partenaires adultes interdépendants » au lieu de « conjoints de fait ». Le divorce n'a pas les mêmes effets dans toutes les provinces. Par exemple, au Québec, la désignation de bénéficiaire est rendue caduque par le divorce depuis 1982, mais ce n'est pas le cas dans les autres provinces. Dans les autres provinces, même si le divorce ne rend pas caduque la désignation, celle-ci perd son caractère privilégié. Au Québec : la relation du bénéficiaire s'établit avec le titulaire. Dans les autres provinces : la relation s'établit avec la vie assurée/rentier.

⁶² Sous réserve des cotisations versées dans les 12 derniers mois avant la faillite. Voir les modifications proposées dans la Loi sur la faillite et l'insolvabilité. Projet de loi C-12, sanctionné le 14 décembre 2007, mais elles ne sont pas encore entrées en vigueur.

⁶³ *Bagnoud*, précité, note 19.

FAILLITE OU PROPOSITION? IMPACT DE L'AFFAIRE *MARCHESSAULT* SUR LA QUESTION DES ANNÉES D'IMPOSITION

SANDRA HASSAN, M. FISC., AVOCATE GÉNÉRALE, DIRECTRICE
DIRECTION DU MINISTÈRE DES FINANCES,
DIVISION DU DROIT FISCAL
MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA

PRÉCIS

Le 2 novembre 2007, la Cour d'appel fédérale a rendu un jugement dans l'affaire *La Reine c. Marchessault*. La question à trancher était de savoir si l'alinéa 128(2)d) L.I.R., qui prévoit qu'une année d'imposition en cours est réputée se terminer la veille de la date de la faillite d'un contribuable, s'applique à une proposition faite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel fédérale a décidé que l'alinéa 128(2)d) L.I.R. n'est pas applicable dans le cadre d'une proposition. Ainsi, lorsqu'un contribuable choisit la proposition par opposition à la faillite, il ne peut produire deux déclarations pour l'année en cause ni exiger que l'ARC établisse deux cotisations.

ABSTRACT

On November 2, 2007, the Federal Court of Appeal released its decision in *The Queen v. Marchessault*. At issue was whether paragraph 128(2)(d) ITA (which deems a taxation year to end on the day preceding a taxpayer's bankruptcy) applies where a taxpayer files a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*. In a unanimous decision, the Federal Court of Appeal decided that paragraph 128(2)(d) ITA does not apply in the context of a proposal. Hence, where a taxpayer chooses a proposal over bankruptcy, he/she is not entitled to file two returns for the given year nor to require CRA to assess two returns.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	269
1. FAITS	269
2. QUESTION EN LITIGE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES	270
3. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	271
4. LES DÉCISIONS <i>GOLLNER</i> ET <i>BERNIER</i>	273
5. ARRÊT DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE	277
CONCLUSION	279

INTRODUCTION*

Le 2 novembre 2007, la Cour d'appel fédérale infirmait une décision de la Cour canadienne de l'impôt (procédure informelle)¹ et rendait un jugement unanime et favorable au ministère public dans la cause *La Reine c. Marchessault*². Le litige portait sur l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ dans le cadre d'une proposition faite en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁴. Ce jugement a permis d'apporter un éclairage sur l'interaction entre ces deux lois et sur le fait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'applique pas de la même manière en cas de faillite qu'en cas de proposition.

1. FAITS

Le 20 mai 2003, M. Marchessault (ci-après « contribuable ») a fait une proposition concordataire à ses créanciers, parmi lesquels figurait l'Agence des douanes et du revenu du Canada – maintenant l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »). La réclamation de l'ARC s'élevait à 25 287 \$. La proposition fut acceptée et, par la suite, ratifiée par la Cour supérieure du Québec dans un jugement du 10 juillet 2003.

Le contribuable a fait parvenir deux déclarations à l'ARC relativement à l'année de la proposition : une première pour la période du 1^{er} janvier au 19 mai 2003 (pré-proposition) et la seconde pour la période du 20 mai au 31 décembre 2003 (post-proposition).

Le ministre du Revenu national (ci-après « MRN ») n'a établi qu'une seule cotisation pour l'année 2003 au motif que le contribuable n'a pas fait faillite en 2003. Le MRN a pris la position que le contribuable ne pouvait pas diviser en deux (période pré-proposition et période post-proposition) l'année d'imposition

* L'auteure tient à remercier M. Greg Macdonald, parajuriste, de son assistance à la recherche et M. Chikwa Zahinda, avocat, de sa collaboration à la révision du présent texte. Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que l'auteure et ne correspondent pas nécessairement à celle du gouvernement fédéral (notamment les ministères de la Justice et des Finances du Canada).

¹ *Marchessault c. La Reine*, [2006] C.C.I. 445, [2006] 5 C.T.C. 2481 (C.C.I.).

² [2007] C.A.F. 345 (ci-après « *Marchessault C.A.F.* »).

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁴ L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I. »).

au cours de laquelle il fait une proposition, contrairement au contribuable qui fait faillite comme le lui permet le paragraphe 128(2) L.I.R.

2. QUESTION EN LITIGE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

La question que devaient trancher les tribunaux est la suivante : l'alinéa 128(2)d) L.I.R., qui prévoit qu'une année d'imposition en cours est réputée se terminer la veille de la date de la faillite d'un contribuable, s'applique-t-il à une proposition faite en vertu des articles 50 et suivants L.F.I.?

Les dispositions législatives pertinentes se retrouvent dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Loi de l'impôt sur le revenu

« 128(2) Lorsqu'un particulier est en faillite, les règles suivantes s'appliquent :

[...]

d) sauf pour l'application des paragraphes 146(1), 146.01(4) et 146.02(4) et de la partie X.1 :

(i) l'année d'imposition du particulier est réputée avoir commencé au début du jour où il est mis en faillite,

(ii) sa dernière année d'imposition ayant commencé avant ce jour est réputée avoir pris fin immédiatement avant ce jour;

[...]

248.(1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

“failli” / “bankrupt” S'entend au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. »

Loi sur la faillite et l'insolvabilité

« 2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

“failli” / “bankrupt” Personne qui a fait une cession ou contre laquelle a été rendue une ordonnance de faillite. Peut aussi s’entendre de la situation juridique d’une telle personne.

[...]

66.(1) Toutes les dispositions de la présente loi, sauf la section II de la présente partie, dans la mesure où elles sont applicables, s’appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux propositions faites aux termes de la présente section. »

Le contribuable est d’avis que par le jeu de la présomption énoncée à l’article 66 L.F.I., qui fait en sorte que le régime général de la faillite s’applique dans certaines situations à la proposition, l’alinéa 128(2)d) L.I.R. s’appliquerait en matière de proposition. Le syllogisme se résume ainsi : en général, le paragraphe 66(1) L.F.I. fait en sorte que toutes les dispositions visant la faillite s’appliquent à la proposition; la définition de « failli », prévue au paragraphe 248(1) L.I.R., s’applique à la personne qui fait une proposition; par conséquent, les renvois, dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*, au concept de failli/faillite s’appliquent également au contribuable qui fait une proposition.

Pour sa part, le ministère public a avancé que l’article 128 L.I.R. ne se prêtait pas à une telle interprétation, mais qu’il devait plutôt être interprété selon ses termes; la disposition ne mentionnant que la faillite ne devait pas s’appliquer à la proposition en l’absence d’une mention claire par le législateur à cet effet. Ainsi, l’année d’imposition d’un contribuable ne peut être scindée dans l’année d’une proposition comme c’est le cas dans l’année d’une faillite.

3. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L’IMPÔT

La juge Lamarre a accueilli l’appel de la cotisation. Elle fonde son raisonnement sur les jugements *Gollner c. ADRC*⁵ et *Bernier, Re (2000)*⁶, qui, selon elle, « semblent tous les deux appuyer la position de l’appelant selon laquelle le paragraphe 128(2) de la LIR s’applique également aux propositions, même s’il ne traite que des cas où un particulier fait faillite »⁷ (nous reviendrons sur ces jugements plus loin). Elle souligne que la politique administrative de l’ARC relativement à l’établissement du revenu lorsqu’il y a dépôt d’une

⁵ [2004] 1 C.T.C. 254 (C.S. Ont.) (ci-après « *Gollner* »).

⁶ [2000] R.D.F.Q. 7 (C.A.) (ci-après « *Bernier* »).

⁷ *Marchessault (C.A.F.)*, précité, note 2, par. 10.

proposition mentionne que l'obligation fiscale pré-proposition doit être traitée différemment de la dette post-proposition⁸. La juge est d'avis que ces jugements soutiennent la thèse du contribuable et que « l'obligation fiscale découlant des opérations qui avaient eu lieu au cours de la période précédant le dépôt de la proposition était assujettie aux modalités de la proposition »⁹.

La juge Lamarre refuse de suivre la décision *Agard c. Canada*¹⁰ de la Cour canadienne de l'impôt. Dans l'affaire *Agard*, le contribuable a déposé une proposition concordataire le 11 juillet 1990, qui prévoyait notamment l'obligation de liquider ses régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») afin de payer ses créanciers. Le contribuable a produit trois déclarations : une pour la période pré-proposition, une deuxième pour la période post-proposition et une troisième pour les revenus de REÉR. Le ministère a recotisé le contribuable en prenant comme position qu'il n'y avait qu'une année d'imposition. Le juge Sobier a donné raison au ministère et est venu à la conclusion que le paragraphe 128(2) L.I.R. ne s'appliquait qu'à la faillite et non dans le cas d'une proposition :

« The appellant claimed the right to file returns on a split year basis relying on the provisions of subsection 128(2) which in effect splits the taxation year in two. The first portion being his own taxation year ending the day prior to becoming, as he claims, a bankrupt and the second commencing on the date he claims he became a bankrupt. The appellant claims that on filing his proposal with the trustee, he was a bankrupt. Since there is no definition of a bankrupt, we must turn to the Bankruptcy Act. [...] »

The difficulty with the appellant's position in alleging that he was a bankrupt is that the definition of a "bankrupt" does not include a person making a proposal in bankruptcy only a person who has made an assignment or one against whom a receiving order has been made.

The case law is also clear that a person making a proposal is not a bankrupt nor does he have the status of a bankrupt¹¹. »

⁸ *Id.*, où la juge Lamarre fait référence à la directive DRC 95-07 portant sur les réclamations provisoires de la Couronne en cas de faillite.

⁹ *Marchessault (C.A.F.)*, précité, note 2, par. 14, où la juge reprend la règle de l'arrêt *Jones c. La Reine*, [2004] 1 C.T.C. 65, 175 O.A.C. 263 (C.A. Ont.) (ci-après « *Jones* »).

¹⁰ [1994] 1 C.T.C. 2407 (C.C.I.) (ci-après « *Agard* »).

¹¹ *Id.*, par. 3 à 5.

La juge rejette ce précédent en se fondant sur une autre décision, soit l'arrêt *Jones* de la Cour d'appel de l'Ontario (cette décision porte sur l'interprétation et l'application de certaines dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* à une dette fiscale).

La juge en vient à la conclusion suivante :

« [...] même si le paragraphe 128(2) de la LIR ne mentionne pas expressément le mot “proposition”, l'effet de l'ensemble des dispositions de la LFI et l'esprit de la LFI et de la LIR font en sorte que, dans les cas où une proposition est déposée, deux cotisations doivent être établies : une pour la période précédant le dépôt de la proposition et une pour la période suivant le dépôt de la proposition, et que la cotisation relative à la première période est assujettie aux modalités de la proposition¹². »

Le ministère public a interjeté appel de cette décision. Avant de passer à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, il convient de se pencher sur les décisions citées par la juge de première instance à l'appui de sa décision.

4. LES DÉCISIONS *GOLLNER* ET *BERNIER*

L'affaire *Gollner* est une décision qui a été rendue le 11 avril 2003 par la Cour supérieure de justice de l'Ontario, siégeant en matière de faillite. M. Gollner a fait une proposition le 3 mai 1999. M. Gollner n'avait que quatre créanciers ayant des réclamations de 250 \$ ou plus. La somme de ses créances était de 695 000 \$; la valeur de la créance de l'ARC était de 690 000 \$ (650 000 \$ pour les impôts personnels et 40 000 \$ pour la TPS). La proposition a fait l'objet de modifications et d'ajustements à la demande de l'ARC (nous référons ci-après à cette proposition telle que modifiée comme « entente »). Toujours à la demande de l'ARC, la proposition fut amendée afin de prévoir, notamment, que les impôts personnels dus au moment de la proposition devaient y être inclus. M. Gollner a fait tous les paiements requis par l'entente et il fut mis en preuve que l'ARC avait bénéficié d'une large part du gâteau.

Lorsque le syndic a préparé la déclaration de revenus de M. Gollner pour l'année d'imposition 1999, il a inclus 264 220 \$ de revenus tirés d'une profession libérale pour la période pré-proposition et a déduit le même montant au motif que M. Gollner n'avait pas gagné d'autres revenus au cours de l'année. Il a été mis en preuve que M. Gollner avait gagné des revenus de profession entre le 1^{er} janvier et le 3 mai 1999 et que, par la suite, il avait exercé sa

¹² *Id.*, par. 15.

profession par l'entremise d'une société, mais n'en avait retiré aucun salaire ni dividende pour l'année 1999. La lettre de transmission des déclarations, rédigée par le syndic, mentionnait que la déclaration avait été préparée conformément à l'entente et en reconnaissance du fait que la proposition couvrait la dette fiscale pré-proposition.

L'ARC a refusé de traiter la déclaration telle qu'elle avait été soumise. L'ARC a effectué une répartition des revenus de M. Gollner au prorata (fort probablement selon le nombre de jours de l'année entre le 1^{er} janvier et la date de la proposition et, par la suite, jusqu'au 31 décembre). La dette fiscale pour les impôts sur le revenu gagné au cours de la période post-proposition s'élevait, selon l'ARC, à 88 317 \$.

TABLEAU 1 : Illustration chiffrée des prétentions des parties

Revenus gagnés entre le 1 ^{er} janvier et le 3 mai (période pré-proposition)	264 220 \$
Revenus gagnés entre le 4 mai et le 31 décembre (période post-proposition)	0 \$

Position de l'ARC

Revenu proraté pour la période pré-proposition (123 sur 365 jours)	89 038 \$
Revenu proraté pour la période post-proposition (242 sur 365 jours)	175 181 \$
Dette fiscale pour les revenus attribués à la période post-proposition	88 317 \$

Position du contribuable

Revenu pour la période pré-proposition	264 220 \$
Montant couvert par la proposition	264 220 \$
Revenu de la période post-proposition	0 \$
Dette fiscale pour les revenus gagnés au cours de la période post-proposition	0 \$

M. Gollner a contesté la position du ministère devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (tribunal de la faillite et non devant la Cour canadienne de l'impôt) au motif que la déclaration pour l'année 1999 avait été préparée conformément aux termes de l'entente. C'est sur cette base, et uniquement sur cette base, que la Cour supérieure de l'Ontario a accueilli la requête de M. Gollner et a déclaré que la totalité de la dette fiscale se rapportant aux revenus gagnés pendant la période pré-proposition était couverte par les termes de la proposition.

Dans l'affaire *Jones*, la Cour d'appel de l'Ontario a tranché la question à savoir si les paiements d'impôt sur le revenu faits par un débiteur après la date de la proposition à ses créanciers (en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*) pouvaient réduire sa dette fiscale pour la période pré-proposition.

M. Jones était un travailleur autonome exerçant la profession d'avocat. Il est devenu insolvable et a déposé une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* le 13 avril 1999. Celle-ci a été acceptée par ses créanciers et entérinée par la Cour. L'ARC était un des principaux créanciers; sa créance était de 203 000 \$ alors que la dette totale de M. Jones était de 288 375 \$. L'entente prévoyait que M. Jones devait notamment effectuer une série de paiements en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et produire ses déclarations de revenus dans les délais. En juin 1999, M. Jones a commencé à effectuer les paiements requis à l'ARC par l'entremise de BDO Dunwoody Ltd. (ci-après « BDO »), un fiduciaire. À chaque remise, BDO précisait que les sommes étaient versées pour la période post-proposition. À la fin de l'année 1999, M. Jones avait remis près de 79 000 \$ à l'ARC.

La déclaration de revenus de M. Jones pour l'année 1999 fut produite en avril 2000. Un remboursement de 15 674 \$ était réclamé. BDO a joint une lettre à la déclaration, indiquant que la déclaration avait été préparée en respectant la politique de l'ARC pour les propositions. Conformément à cette politique, BDO avait calculé l'impôt payable pour la période pré-proposition (24 920 \$) et post-proposition (63 391 \$) et avait déduit de cette deuxième somme le montant des remises mensuelles, ce qui expliquait le remboursement réclamé. L'ARC a pris une position différente. L'ARC a appliqué 23 432 \$ des 79 065 \$ de remise aux impôts dus pour la période pré-proposition et le solde à la période post-proposition, c'est-à-dire qu'elle a réparti les paiements de façon proportionnelle entre la période précédant la proposition et la période suivant la proposition. Il

en résultait un manque à gagner d'approximativement 7 757 \$¹³ plutôt qu'un remboursement.

TABLEAU 2 : Illustration chiffrée des prétentions des parties

Dette fiscale pré-proposition	24 920,93 \$
Dette fiscale post-proposition	63 391,12 \$
Remises depuis proposition	79 065,96 \$

Position de l'ARC

Dette fiscale pré-proposition	24 920,93 \$
Moins portion des remises (prorata)	<u>23 432,07 \$</u>
Montant dû pour la période pré-proposition	1 488,86 \$

Dette fiscale post-proposition	63 391,12 \$
Moins solde des remises (prorata)	<u>55 633,89 \$</u>
Montant dû pour la période post-proposition	7 757,23 \$

Total dû par le contribuable	<u>9 246,09 \$</u>
------------------------------	---------------------------

Position du contribuable

Dette fiscale couverte par la proposition	24 920,93 \$
Montant de remise devant y être affecté	0,00 \$

Dette fiscale post-proposition	63 391,12 \$
Moins solde des remises	<u>79 065,96 \$</u>
Remboursement	<u>15 674,84 \$</u>

¹³ Le jugement indique un manque à gagner de 3 787 \$, mais, selon nos calculs, le manque à gagner est de 7 757 \$, comme il est démontré dans le tableau 1.

En première instance, le juge a donné raison à l'ARC. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé cette décision. Elle a donné préséance aux termes de l'entente qui prévoyait que les créanciers seraient compensés au prorata. Elle a aussi noté que l'entente (la proposition) couvrait la réclamation de l'ARC jusqu'à la date de la proposition. Elle a aussi souligné que l'entente prévoyait le respect de certaines obligations fiscales par M. Jones à compter de la date d'acceptation de la proposition (en plus de son obligation de faire des versements pour les dettes visées par la proposition). Permettre à l'ARC de traiter ainsi la déclaration pour l'année 1999 revenait à lui permettre de recouvrer 100 « cents dans la piastre ».

Dans les deux affaires *Gollner* et *Jones*, le facteur déterminant a été les termes de la proposition. Dans les deux cas, le tribunal semble avoir été d'avis que l'ARC avait, en consentant aux termes de l'entente, accepté que la dette pour la période pré-proposition soit couverte par les termes de celle-ci¹⁴. De plus, à notre avis, ces décisions des tribunaux siégeant en matière de faillite ne portaient pas directement sur les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Revenons maintenant à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Marchessault*.

5. ARRÊT DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Dans une décision unanime, datée du 2 novembre 2007¹⁵, la Cour d'appel fédérale a annulé la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Marchessault*.

D'entrée de jeu, la Cour d'appel fédérale a pris position et a très clairement énoncé qu'« [a]u paragraphe 128(2) de la Loi, le législateur ne vise aucunement le contribuable qui a déposé une proposition concordataire en vertu de la LFI »¹⁶. La Cour souligne que ce constat est fondé sur l'affaire *Agard* (précédent judiciaire que la juge de première instance avait refusé de suivre).

La Cour d'appel fédérale a analysé la décision *Gollner* ainsi que la directive DRC 95-07¹⁷ de l'ARC et en conclut que le juge de première instance dans

¹⁴ Au paragraphe 5 de l'affaire *Gollner*, le juge prend la peine de souligner que l'ARC avait demandé que deux ajustements soient apportés à la proposition et que ceux-ci ont été faits avant sa conclusion.

¹⁵ *Marchessault C.A.F.*, précité, note 2.

¹⁶ *Id.*, par. 32.

¹⁷ *Supra*, note 8.

l'affaire *Marchessault* leur a accordé trop d'importance. Selon la Cour d'appel fédérale, dans la décision *Gollner*, l'argument principal était que l'ARC s'était appuyée sur sa directive interne pour approuver la proposition du débiteur qui voulait que la partie de son obligation fiscale pré-proposition soit assujettie aux termes de la proposition. La Cour d'appel fédérale analyse la politique administrative et l'écarte ainsi :

« [...] parce que je suis d'avis que l'alinéa 128(2)d ne souffre d'aucune ambiguïté, c'est sans aucune hésitation que j'écarte la Directive [DRC] 95-07. Je suis d'accord que cette directive n'a aucun fondement statutaire¹⁸. »

La Cour écarte également l'arrêt *Jones* au motif que cet arrêt ne portait pas sur l'alinéa 128(2)d L.I.R. et n'était, par conséquent, pas pertinent aux fins du litige.

Enfin, la Cour d'appel fédérale en profite pour énoncer son désaccord avec l'arrêt *Bernier* de la Cour d'appel du Québec sur lequel la juge de première instance avait fondé sa décision. En effet, dans l'affaire *Bernier*, la Cour d'appel du Québec avait entériné le raisonnement préconisé par le contribuable et avait, dans le contexte de l'équivalent québécois de l'alinéa 128(2)d L.I.R., soit l'article 779 de la *Loi sur les impôts*¹⁹, permis de scinder la cotisation d'un contribuable en deux dans l'année d'une proposition. La Cour d'appel fédérale rejette cette interprétation, car il s'agit, selon elle, d'« un ajout au texte qui relève du législateur et non des tribunaux »²⁰.

La Cour d'appel fédérale termine par un énoncé des principes pertinents d'interprétation des lois que l'on pourrait résumer ainsi : la loi est claire et il n'y a pas lieu d'ajouter au texte de celle-ci.

« En l'espèce, le législateur n'a pas prévu qu'il y avait lieu de renvoyer à d'autres dispositions de la LFI en vue d'interpréter l'alinéa 128(2)d et le paragraphe 248(1) de la Loi. De plus, on ne peut oublier que l'article 128 de la LFI constitue une règle spéciale applicable en certains cas, tel que spécifié par le titre de la section dont il fait partie.

Encore une fois, les objectifs de la LFI sont louables, mais il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter aux textes législatifs d'autres lois pour en permettre la réalisation,

¹⁸ *Marchessault C.A.F.*, précité, note 2, par. 50.

¹⁹ L.R.Q., c. I-3 et mod.

²⁰ *Marchessault C.A.F.*, précité, note 2, par. 65.

surtout lorsque le législateur s'est exprimé clairement et sans ambiguïté, comme c'est le cas ici.

Il y a lieu de faire "preuve de circonspection dans l'emploi de moyens d'interprétation des lois permettant de s'écarter d'un libellé clair et non ambigu" (65302 *British Columbia Ltd. c. R.*, [1999] 3 R.C.S. 804 (C.S.C.)). [...] ²¹. »

CONCLUSION

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale a permis de remettre les pendules à l'heure en énonçant que, nonobstant la politique administrative de l'ARC, l'alinéa 128(2)d) L.I.R. ne peut être interprété de manière à le rendre applicable dans le cadre d'une proposition concordataire. Le texte est clair et ne renvoie qu'au failli; par conséquent, l'alinéa 128(2)d) L.I.R. ne peut donner droit à un contribuable qui fait une proposition de produire deux déclarations et d'exiger que l'ARC établisse deux cotisations pour l'année en cause. Le résultat peut paraître « sévère » pour le contribuable qui choisit la proposition par opposition à la faillite, mais il s'agit du choix du législateur. Depuis l'arrêt *Marchessault C.A.F.*, il appert qu'un changement à ces règles et à la politique fiscale sous-jacente relève du Parlement et non pas des tribunaux. Enfin, bien que cette question semble réglée pour le moment, certaines autres restent en suspens, notamment celles à savoir si l'obligation fiscale d'un contribuable naît au fur et à mesure que les revenus imposables sont gagnés ou encore comment doit-on déterminer les montants de réclamation du fisc pour les périodes pré- et post-proposition.

²¹ *Id.*, par. 72-74.

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, dont 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 de formation continue (*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 *Stratège* (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 *Stratège* et des cours de formation continue 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, le faire parvenir à l'APFF, accompagné d'un chèque de **340 \$ + taxes = 383,78 \$** (dans le cas d'étudiants ou de professeurs à temps plein : **110 \$ + taxes = 124,16 \$** et dans le cas de fonctionnaires à temps plein : **170 \$ + taxes = 191,89 \$**).

MEMBRES CORPORATIFS DE L'APFF

L'APFF accueille, à titre de membres corporatifs, plus de 90 entreprises provenant de différents secteurs d'activités, ainsi que des 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 de **1 000 \$ + taxes = 1 128,75 \$** annuellement, sous forme de cotisation de membre corporatif, à l'APFF.

SIÈGE SOCIAL DE L'APFF

Le siège social de l'APFF est sis au 1100, boul. René-Lévesque O., bureau 660,
Montréal, Québec, Canada H3B 4N4

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

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

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

L'APFF SE VEUT UN PHARE DE PROGRÈS DANS LE DOMAINE DE LA PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE POUR L'ENSEMBLE DE LA COMMUNAUTÉ

CONSEIL D'ADMINISTRATION 2008-2009

Président du conseil

Jean Groleau, avocat

Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L.

1^{re} vice-présidente et trésorière

Renée Gallant, CA, M. Fisc.

Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.

2^e 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

Membres

Gaétan Bisson, 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.

Maurice Fréchette, CGA

Power Corporation du Canada

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.

Présidente-directrice générale

Pascale Mongrain, CA, avocate

APFF